

# X CONGRESSO DA ABRASD

55 ANOS DE ENSINO DA  
SOCIOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL

**ANAIS**  
TRABALHOS COMPLETOS

ISSN 2358-4270





# X CONGRESSO DA ABRASD

55 ANOS DE ENSINO DA  
SOCIOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL

**ANAIS**  
TRABALHOS COMPLETOS

ISSN 2358-4270

RECIFE • UNICAP/UFPE  
2019



ISSN 2358-4270

## Anais do X Congresso da ABraSD: trabalhos completos

55 anos de ensino da Sociologia Jurídica no Brasil

### Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito

#### DIRETORIA (BIÊNIO 2018-2019)

##### Diretores

Presidente: Fernando Rister de Sousa Lima (MACKENZIE-SP) • 1º Vice-Presidente: Guilherme de Azevedo (UNISINOS-RS) • 2º Vice-Presidente: José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS-RS)

##### Conselho Deliberativo

Fernanda Busanello Ferreira (UFG) • Igor Suzano Machado (UFES) • Marília Montenegro (UFPE/UNICAP) • Olga Krel (UFAL) • Virgínia Leal (UFPE)

##### Conselho Fiscal

David Oliveira (UFC) • Marcelo Pereira de Mello (UFF-RJ) • José Antônio Callegari (UFF)

#### COMISSÃO ORGANIZADORA

Alexandre da Maia (UFPE) • Artur Stamford da Silva (UFPE) • Fernando Rister de Sousa Lima (MACKENZIE-SP) • Manuela Abath (UFPE) • Marcelo Labanca (Unicap) • Maria Lúcia Barbosa (UFPE) • Mariana Pimentel Fischer (UFPE) • Marília Montenegro (UFPE/Unicap) • Pedro Parini (UFPE) • Virgínia Leal (UFPE)

#### Comissão Executiva

David Oliveria (UFC) • Fernando Mangianelli Bezzi (USP) • Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (UNIP/USP) • Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira (Unisanta/USP)

#### Comissão Científica

Ana Cláudia Torrezan Andreucci (Mackenzie-SP) • Antonio Callegari (UFF) • Alessandra de Lucca (Universidade de Firenze) • Artur Stamford da Silva (UFPE) • David Oliveira (UFC) • Fernanda Busanello (UFG) • Fernanda Rosenblatt (Unicap) • Fernando Rister de Sousa Lima (Mackenzie-SP) • Germano Schwartz (UNILASSALE) • Guilherme de Azevedo (UNISINOS) • Igor Suzano Machado (UFV) • João Paulo Allain Teixeira (UFPE/UNICAP) • José Roberto Xavier (UFRJ) • José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS) • Kelly Gianezini (UNESC) • Leonel Severo Rocha (UNISINOS) • Marcelo Mello (UFF) • Marília Montenegro (UFPE/Unicap) • Olga Jubert Krell (UFAL) • Orlando Villas Bôas Filho (USP/Mackenzie-SP) • Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM) • Rebecca Sandefur (Universidade de Illinois) • Sandra Regina Martini (UNIRITTER) • Susana Henriques da Costa (USP) • Virgínia Leal (UFPE)

#### EDITORIAÇÃO

##### Diagramação

Carolina Leal Pires (UNIBRA)

##### Normatização e revisão

Os autores

#### REALIZAÇÃO



#### PATROCÍNIO



#### APOIO



# SUMÁRIO

- 10 CONFERÊNCIA – MESA DE ABERTURA**  
Cláudio Souto
- 13 GP 01 – A CULTURA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS NOVAS PERSPECTIVAS PARA O ASSEGURAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER**  
Coordenação:  
Arnelle Rolim Peixoto (GEDAI/UFC)  
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (UFMA)
- 88 GP 02 – A “MULTIDÃO QUEER”: SEXUALIDADES, CORPORALIDADES E TRANSGRESSÕES EM DIÁLOGOS INTERSECCIONAIS**  
Coordenação:  
Jorge Luiz Oliveira dos Santos (UNAMA)  
Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith(UFPA)
- 100 GP 03 – AS AGÊNCIAS DE CONTROLE E A(S) JUVENTUDE(S) NO BRASIL: COMPREENDENDO A RACIONALIDADE NORMATIVA E CONSTRUINDO ITINERÁRIOS DE RESISTÊNCIA**  
Coordenação:  
Erica Babini (UNICAP)  
Mariana Chies Santiago Santos (IBCCRIM-SP)  
Ana Paula Motta Costa (UFRGS)
- 143 GP 04 – A TUTELA JURÍDICA PROTETIVA DOS GRUPOS SOCIALMENTE VULNERABILIZADOS**  
Coordenação:  
Andréia Garcia Martin (UEMG)  
Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (FJÁU/ANHANGUERA-Jaú)  
Carolina Valença Ferraz (UNICAP)
- 216 GP 05 – BIOPODER, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS**  
Coordenação:  
Camila Holanda Marinho (UECE)  
Karyna Batista Sposato (UFS)  
Lídia Valesca Pimentel (UNIFB)
- 261 GP 06 – (BIO)POLÍTICAS MIGRATÓRIAS BRASILEIRAS: ENTRE DEMOCRACIA E AUTORITARISMO**  
Coordenação:  
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ/UNISINOS)  
Paulo Velten (UFES)  
Daiane Moura de Aguiar (ANHEMBI MORUMBI)
- 336 GP 07 – CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SOCIEDADE BRASILEIRA: URGÊNCIAS TEMÁTICAS E DESAFIOS METODOLÓGICOS**  
Coordenação:  
Salo de Carvalho (UFRJ/UNILASALLE)  
Renata de Almeida Costa (UNILASALLE)

- 389 GP 08 – CRÍTICA DO DIREITO: DESIGUALDADES DE CLASSE, RAÇA, GÊNERO, NACIONALIDADE**  
Coordenação:  
Fabiana Severi (USP-Ribeirão Preto)  
José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS)  
Marcus Dantas (UFJF)
- 419 GP 09 – DESIGUALDADES E NOVOS PARADIGMAS PARA A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO**  
Coordenação:  
Bruna Guapindaia Braga da Silveira (ESTÁCIO-PA/USP)  
Bruno Takahashi (USP)  
Daniela Monteiro Gabbay (FGV-SP/USP)  
João Eberhardt Francisco (USP)  
Luciana Gross Cunha (FGV/USP)  
Maria Cecília de Araujo Asperti (FGV/USP)  
Susana Henriques Costa (USP)
- 430 GP 10 – DIREITO E DESIGUALDADE(S) NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS**  
Coordenação:  
Artur Stamford da Silva (UFPE)  
Guilherme de Azevedo (UNISINOS)
- 475 GP 11 – DIREITO E DISCURSO: DESIGUALDADE EM CONFLITOS E LUTAS POR RECONHECIMENTO DE IDENTIDADES ÉTNICAS, RACIAIS E RELIGIOSAS**  
Coordenação:  
Mônica Rugai Bastos (FAAP)  
Douglas de Castro (FGV-SP)  
Danielle Mendes Thame Denny (UNISANTOS)
- 485 GP 12 – DIREITO, ECONOMIA E TEORIA SOCIAL NA PESQUISA EMPÍRICA**  
Coordenação:  
Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (USP/UNIP-SP)  
Lucas Fucci Amato (USP/EDB-SP)  
Gabriel Ferreira da Fonseca (FACSAL/UNICEUSA/TCE-BA)  
Luiz Felipe Rosa Ramos (USP)
- 557 GP 13 – DIREITO E MIGRAÇÕES**  
Coordenação:  
Marcelo Pereira de Mello (UFF)  
Luiz Cláudio Moreira Gomes (UFRJ)  
Livia Salvador Cani (FBM-ES)
- 664 GP 14 – DIREITO E MÚSICA**  
Coordenação:  
Germano Schwartz (UNIRITTER)  
Martorelli Dantas (UNIFG-PE)
- 680 GP 15 – DIREITO E SOCIOLOGIA AMBIENTAL**  
Coordenação:  
Rogerio Borba da Silva (UVA)  
Daniel Braga Lourenço (UNIFG-BA)

- 690 GP 16 – DIREITO INTERNACIONAL E DESCOLONIALISMO: REPENSANDO A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**  
Coordenação:  
Tatiana Cardoso Squeff (UFU)  
Cícero Krupp da Luz (FDSM)  
Gustavo Pereira (PUCRS)
- 705 GP 17 – DIREITO, PLURALISMO E SOCIOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO**  
Coordenação:  
João Paulo Allain Teixeira (UNICAP/UFPE)  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FMP-RS/FURG-RS)
- 751 GP 18 – DIREITO, RACISMO E DESIGUALDADES RACIAIS**  
Coordenação:  
André Augusto Pereira Brandão (UFF)  
Carlos Alberto Lima de Almeida (ESTÁCIO)  
Delton Ricardo Soares Meirelles (UFF)
- 815 GP 19 – DIREITO, TECNOLOGIA E SOCIEDADE DE CONTROLE**  
Coordenação:  
Márcio Pugliesi (USP)  
Nuria López (DIGITAL HOUSE-SP)
- 876 GP 20 – GÊNERO, MINORIAS E DIREITOS SOCIAIS**  
Coordenação:  
Lúcio José Dutra Lord (UEMG)  
Luísa Helena Marques de Fazio (IMES)  
Marco Aurélio Serau Júnior (IBDP)  
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNIP)  
Solange Bassetto de Freitas (UNIP)
- 936 GP 21 – GÊNERO, SEXUALIDADE, CRIME E VIOLÊNCIA**  
Coordenação:  
Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP/UFPE)  
Roberto Efrem Filho (UFPB)  
Mariana Pimentel Fischer Pacheco (UFPE)
- 1020 GP 22 – GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO**  
Coordenação:  
Caroline Ferri (UFSC)  
Crishna Mirella Andrade Correa (UFSC)  
Fernanda da Silva Lima (UFSC)
- 1106 GP 23 – JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA**  
Coordenação:  
Flavianne Nóbrega (UFPE)  
Bruno Galindo (UFPE)  
Jayme Benenuto (UNILA/UFPE)  
Lorena Freitas (UFPB)
- 1259 GP 24 – JUSTIÇA FISCAL E GÊNERO**  
Coordenação:  
Luciana Grassano de Gouvêa Mélo (UFPE)  
Ana Pontes (UFRPE)  
Marciano Seabra de Godoi (PUC-MG)

- 1260 GP 25 – JUSTIÇA RESTAURATIVA: AVANÇOS E DESAFIOS**  
Coordenação:  
Fernanda Fonseca Rosenblatt (UNICAP)  
Raffaella Pallamolla (UNILASALLE)  
Daniel Achutti (UNILASALLE)
- 1345 GP 26 – JUSTIÇA SOCIAL, EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS**  
Coordenação:  
Kelly Gianezini (UNESC)  
Fabiola Garrido (UFRRJ)
- 1387 GP 27 – LINGUAGEM E DIREITO**  
Coordenação:  
José Antonio Callegari (UFF)  
Rosalice Pinto (UNL-Portugal)  
Virgínia Leal (UFPE)
- 1517 GP 28 – MODERNIDADE E DIREITO NA SOCIOLOGIA E NA HISTÓRIA**  
Coordenação:  
Orlando Villas Bôas Filho (USP/UPM)  
Alexandre da Maia (UFPE)  
Gustavo Angelelli (UNIV. CRUZEIRO DO SUL)  
Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira (UNISANTA)
- 1551 GP 29 – METODOLOGIA DA PESQUISA E DO ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA**  
Coordenação:  
Aleteia Hummes Thaines (UNOSOCIESC)  
Celso Fernandes Campilongo (USP)  
Fernanda Busanello Ferreira (UFG)  
Fernando Rister de Sousa Lima (UPM)
- 1564 GP 30 – MÍDIA, JUSTIÇA E NEOLIBERALISMO**  
Coordenação:  
Sylvio Gadelha (UFC)  
Karina Valença (UFPE)  
David Oliveira (UFC)
- 1586 GP 31 – MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E MOVIMENTOS SOCIAIS: IMPACTOS ACADÊMICOS E POLÍTICOS**  
Coordenação:  
Celly Cook Inatomi (INCT-INEU)  
Fabiola Fanti (CEBRAP)
- 1628 GP 32 – O ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA E A PRÁTICA DA ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR**  
Coordenação:  
Emiliano Maldonado (IPDMS)  
Fernando Goya (UNILASALLE)

**1665 GP 33 – PERSPECTIVAS SOCIOLOGICAS E JURÍDICAS ACERCA DAS INFÂNCIAS E ADOLESCÊNCIAS NOS 30 ANOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA**

Coordenação:

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci (USP/UPM)

Michelle Asato Junqueira (UPM)

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro (UFMS-CPTL)

Laura N. Lora (UBA-Argentina)

Paula Noelia Bermejo (UBA-Argentina)

**1713 GP 34 – O IMIGRANTE E OS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO HUMANITÁRIA À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS**

Coordenação:

Cynara de Barros Costa (UEPB/UFCEG)

Dayse Amâncio dos Santos Veras Freitas (UFPE)

**1723 GP 35 – PROCESSO PENAL, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A SUA CRÍTICA**

Coordenação:

Ana Cláudia Pinho (UFPA)

André Carneiro Leão (FADIC)

Manuela Abath Valença (UFPE/UNICAP)

**1813 GP 36 – SISTEMAS DEMOCRÁTICOS EM CRISE, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE**

Coordenação:

Carina Barbosa Gouvêa (UFPE)

Jayme Benvenuto (UFPE)

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco (IESP/UERJ)

**1872 GP 37 – SOCIOLOGIA DO DIREITO E POLÍTICA SOCIAL**

Coordenação:

Evilasio da Silva Salvador (UNB)

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua (USP)

Maria Lúcia Barbosa (UFPE)

Maria Raquel Lino de Freitas (PUC-MG/USP)

**1947 GP 38 – SOCIOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO: CRISES E REFORMAS**

Coordenação:

Flávia Santiago Lima (UPE)

Jairo Lima (UENP)

João Andrade Neto (PUC-MG/FACULDADE ARNALDO)

Vanice Regina Lírio Valle (UNESA)

**2060 GP 39 – SOCIOLOGIA DO PROCESSO E DA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS**

Coordenação:

Paulo Eduardo Alves da Silva (USP)

Pedro Heitor Barros Geraldo (InEAC/UFF)

José Mário Wanderley Gomes (UNICAP/CESMAC)

**2105 GP 40 – TEORIA SOCIOLOGICA E PESQUISA DO DIREITO**

Coordenação:

Igor Suzano Machado (UFES)

Paula Pimenta Velloso (UFJF)





Cláudio Souto (Professor Titular Emérito de Sociologia do Direito da UFPE)



## SUBSTANTIVANDO O DIREITO

**Cláudio Souto**

Professor Titular Emérito (UFPE). Sócio Emérito da ABraSD.

É preciso substantivar a Sociologia do Direito: dar-lhe um objeto tanto quanto possível preciso para que possa operar de maneira cientificamente causal.

Em uma perspectiva científica substantiva não cabem decerto definições apenas formais do direito. Seja a forma definidora “aceitação estatal” ou mesmo “aceitação grupal”. O destino dessas formas tradicionais é ensejar, sob a designação “direito”, conteúdos específicos vagos ou agudamente contraditórios, inviabilizando-se uma operacionalização rigorosa.

A deficiência teórica é internacional: as definições apresentadas, sem serem excetuadas as definições de autores clássicos da Sociologia do Direito, podem abrigar conteúdos específicos agudamente contraditórios, em não cientificidade evidente.

Qualquer que seja o campo de estudos jurídicos: filosófico, dogmático ou sociológico, continuamos acriticamente influídos de indefinidas definições ilustres. É necessário, pois, tentar um novo caminho: o da definição do direito, não por qualquer forma, mas por sua substância, por seu conteúdo genérico.

A chave para o deslinde do multissecular e essencial problema das definições do direito, da moral e da equidade, estará na mente humana. Esta se reduz basicamente a sentimento, ideia e vontade (*siv*).

O mental seria fundamentalmente o *siv* e o *intersiv* (sendo *intersiv* a interação entre polos mentais). O social seria o *intersiv* quando *exteriorizado* no espaço de polos interativos em comunicação *siv*.

Justiça ou justeza seria o sentimento de agradabilidade diante do que se acha (ideia) que deve ser. Direito e moral seriam esse sentimento informado, respectivamente, de uma ideia acorde com dados de ciência empírica (direito) ou de metaciência (moral).

Equidade seria o sentimento de justiça ou de justeza informado da ideia adequada das circunstâncias particulares de um caso concreto. Simples assim. E o problema de uma definição substantiva do direito é decerto crucial do ponto de vista da teoria científica e de uma prática racional quanto ao jurídico.

Ninguém nega: objetivos fundamentais do direito são justiça e segurança. Ora, define-se aqui a justiça de modo definido, tornando-se ela pesquisável por métodos e técnicas de pesquisa

científica. E o conhecimento científico-empírico, que, na definição acima exposta, é o informativo do direito, é o conhecimento menos inseguro que se conhece.

Torna-se mesmo possível realizar-se cientificamente um velho ideal: uma definição do direito que pudesse alcançar qualquer cultura (definição “universal” do jurídico).

Essa definição seria simplesmente a seguinte: em relação a qualquer cultura, “primitiva” ou “civilizada”, é direito o sentimento normal de agradabilidade informado de conhecimento geral faticamente comprovável (conhecimento científico-empírico, metodologicamente sofisticado, no caso das sociedades “civilizadas”).

O direito, como foi aqui entendido, é conteúdo genérico que se expressa por qualquer forma, social, estatal, ou mesmo apenas mental.

O magistrado não terá como regra geral a não aplicação da lei, pois esta última significa alguma previsão aproximada do comportamento do poder judiciário. Entretanto, diante da injustiça manifesta à luz de um conhecimento objetivo (objetivamente testável), atuará, como servidor do direito, *praeter legem* (além da lei) e, excepcionalmente, *contra legem* (contra a lei).

Em nosso país o foro é assoberbado por processos, mas não se notam aqui esforços significativos para a necessária simplificação legislativa e processual. Tem-se uma realidade legal de efeitos postergatórios, com o predomínio irracional da forma sobre o conteúdo. É típico o caso do novo Código de Processo Civil brasileiro que, embora apresente avanços, continua como o CPC anterior, milionário de artigos.

Quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948, é de notar-se, à luz da definição ora apresentada do direito: o princípio cardeal orientador dessa Declaração (do qual defluem seus artigos), o da dignidade do ser humano, repousa sobre um dado científico incontestado, o do maior desenvolvimento mental do homem (sem prejuízo da dignidade, embora menor, dos outros animais). Assim, correspondendo também esse princípio, ao sentimento de agradabilidade do homem normal (mente não patológica), tem o princípio natureza jurídica e não apenas moral. Será isso que impregna de juridicidade, na Declaração, todos os princípios derivados de seu princípio cardeal, e mais geral, o da dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva tradicional a ser superada, fala-se, usual e illogicamente, de direitos opostos e pertinentes a uma mesma situação fática, motivando, na expressão de Roberts, um “retorno atormentado a problemas de definição”.

Os espaços de manifestação do jurídico são sempre plurais, populares ou não. Todavia o critério de juridicidade será unificado: consonância com a ciência empírica e com o sentimento de justiça ou de justeza (sentimento de agradabilidade do homem normal) – por trás do qual se encontra o impulso de conservação individual e da espécie.

O mais são espaços secundários, apenas modos de manifestação possível desse conteúdo basilar. Assim, por exemplo, os espaços muito formais da lei e do STF, ou os muito informais da rua e do campo.

O critério de juridicidade, definido por conteúdo, será unificado porque não pode haver direitos opostos e relativos a uma mesma situação fática. Apenas um será direito, ou nenhum o será. Pois, logicamente, uma afirmação e sua negação não podem ser todas duas verdadeiras a propósito da mesma situação de fato.

Sabe-se que a atividade científica teórica alcança seu nível máximo de rigor na construção axiomática.

Axiomas ou postulados são proposições gerais básicas, necessariamente em pequeno número, obtidas por *indução* (vai-se do particular concreto para o geral), proposições essas comprovadas ou comprováveis por pesquisa empírica, das quais se podem *deduzir* proposições menos gerais, os teoremas. Essas proposições menos gerais seriam assim *explicadas* pelos postulados e seriam também comprovadas ou comprováveis por pesquisa empírica. Nenhum postulado poderia ser deduzido de outros postulados.

Na construção de postulados determinísticos, neles caberia a palavra “sempre”, implícita ou explícita, significando aqui um alto grau de probabilidade.

Quem se interesse por construção teórica axiomática, poderá, a esse respeito, encontrar publicações nossas recentes nas Editoras Nossa Livraria, Fabris Editor, .Editora UFPE e na Revista Brasileira de Sociologia do Direito:

- *Natureza, Mente e Direito: para além do usual acadêmico*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2009. 2ª. edição, 2014.
- *Natureza, Mente e Direito: para além do usual acadêmico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. 3ª. edição, revista.
- “Reconstruindo Axiomaticamente a Sociologia do Direito”. Recife: Editora UFPE, 2016.
- “Pontes de Miranda: a ênfase na ciência”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 3, set/dez. 2017, pp. 7-16 (on-line).
- “Teoria Geral Unificada dos Campos Físico, Mental e Social”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 5, n. 3, set./dez. 2018, pp. 7-13 (on-line).
- “For a General Theoretical Unified Axiomatic Reduction of the Natural Spaces”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 2, maio/ago. 2019, pp. 1-11 (on-line).



# GP 01

**A CULTURA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS NOVAS  
PERSPECTIVAS PARA O ASSEGURAMENTO DOS  
DIREITOS HUMANOS DA MULHER**

**Coordenação:**

Arnelle Rolim Peixoto (GEDAI/UFC)

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (UFMA)



## A VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES A PARTIR DA ZONA DO NÃO SER: ENSAIANDO CAMINHOS

**Daniela dos Santos Almeida**

Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio)

### APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

A publicação de estudos qualitativos e, sobretudo, quantitativos a respeito de determinadas formas de violência orientados por uma análise centrada no gênero tem recebido maior notoriedade na última década. No entanto, abordagens centradas no gênero têm frequentemente universalizado a categoria “mulher” a partir de uma experiência provinciana de opressão e resistência à opressão patriarcal, desconsiderando processos que influíram na própria constituição do “ser mulher” enquanto posição social inscrita em relações de poder. Os resultados discriminatórios de tais modos de conduzir “estudos de gênero” têm sido denunciados por mulheres negras, racializadas, lésbicas, bissexuais, transsexuais e pessoas não-cisgêneras. Têm se mostrado, também, pelo registro ou ausência deste quando análises quantitativas versam (ou deixam de versar) sobre corpos submetidos a outras formas de opressão.

Pensar a violência contra mulheres desde a *zona do não ser* se inscreve em o esforço de, em vez de disputar brechas em perspectivas totalizantes e universalizantes criadas pela branquidade, pavimentar caminhos de compreensão da violência e elaboração de estratégias e agendas que efetivamente viabilizem a emancipação de mulheres. Trata-se do esforço de ensaiar uma rota analítica que não se coloca em relação à *zona do ser*, a despeito da permanente tensão por ela imposta, mas que, ciente de que a imposição de uma divisão maniqueísta de mundo deriva da colonialidade, propõe a assunção de novos pontos de partida e de olhares situados para informar estudos a respeito da violência contra mulheres.

### CONSTRUINDO UMA ABORDAGEM FEMINISTA À LUZ DA OPÇÃO DECOLONIAL E DO PENSAMENTO AFRODIASPÓRICO

#### A ordem moderno/colonial e a hegemonia euronorcêntrica

A opção decolonial traz consigo o compromisso de leitura da realidade à luz da busca por compreender os processos históricos sociopolíticos fundacionais que constituíram as sociedades geradas a partir da dominação colonial, além de suas consecutivas reiteraões, atualizações, rearranjos e permanências (MIGNOLO; WALSH, 2018). Isso se deve ao esforço, atrelado a tal opção, de contribuir com o desfazimento, a desobediência e a desconexão com a matriz de poder colonial. O termo “decolonial” não significa a suspensão ocasional dos efeitos da colonização,

tampouco designa uma organização temporal-cronológica dos efeitos do empreendimento colonial. A decolonialidade nomeia a pluralidade de momentos, ações e eventos de resistência política e epistêmica à lógica moderno-colonial, às reiterações e reproduções de modelos específicos de sociedade, relações econômicas, relações existenciais e com a natureza forjadas sob o regime moderno/colonial (BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSFOGUEL, 2019).

Este trabalho toma como decoloniais ações, posturas e movimentos, em sentido lato, individuais e/ou coletivos, de oposição a um regime hegemônico designado na matriz de poder colonial, que integram um processo de liberação em múltiplas esferas da vida, que contestam formas e estruturas dominantes, sejam elas linguísticas, ideológicas ou de outra natureza, que exorcizam a relação colonizador/colonizado, suas percepções, representações e instituições (hooks, 1992). É a partir da produção intelectual afrodiáspórica e decolonial que serão tecidas as considerações que seguirão e que, explicitadas, trazem como implicação jurídico-política primeira a concepção da violência contra mulheres em termos próprios.

A opção decolonial altera o modo como se opera categorias a partir das quais são organizadas as hierarquias sociais. Dentro dessa perspectiva, não se parte, por exemplo, de uma noção de “gênero” ou “mulher” totalizantes.<sup>1</sup> Torna-se impossível tomar o gênero como um vetor isolado e dissociado de categorias como sexualidade e raça, por exemplo, na medida que se reconhece a existência de desdobramentos em termos de privilégios e ônus sociais derivados dos sistemas de hierarquização social que deram a luz a tais categorias. A opção decolonial nos impõe um olhar analítico atento à dimensão relacional das categorias e princípios organizadores da vida em sociedade. Nesse sentido, a leitura efetuada é despida de uma perspectiva totalizante, sendo orientada pela preocupação de visibilizar conexões e correlações que emergem da imbricação dos sistemas de hierarquização social. Essa postura, como se pode inferir do já exposto, traduz um ponto de partida diverso do universo de binarismos moderno/colonial. Assim é que, informo, as denúncias, práticas de resistência e estudos quantitativos ora apresentados são avaliados dentro de uma perspectiva que toma em consideração diferenças coloniais e a dinâmica socio-histórico-cultural em que a violência está inserida.

Parto da premissa de que a Colonialidade é constitutiva da Modernidade, razão pela qual as reputo como noções inseparáveis. Essa relação é frequentemente designada pelo uso da expressão Modernidade/Colonialidade, que explicita a sua interdependência. O marco temporal de emergência da Modernidade/Colonialidade é o empreendimento colonial realizado no território que fora nomeado pelos povos colonizadores como América Latina (QUIJANO, 1992). Compreende, portanto, o período relativo aos últimos cinco séculos, ante a inauguração de uma nova ordem global com a chamada Era das Grandes Navegações (HALL, 2003). Para situar o período compreendido pela Modernidade, consigna-se alguns eventos emblemáticos, tais como (i) o sequestro, tráfico e escravização de povos africanos e ameríndios, com a consecutiva produção da diáspora africana; (ii) a colonização europeia sobre os continentes africano, americano e asiático; (iii) o desenvolvimento industrial e o desenvolvimento do capitalismo como modelo hegemônico das relações econômicas; (iv) o estabelecimento de Estados-nação; (v) o aprofundamento das disparidades regionais no sistema-mundo; e (vi) a emergência do racismo e do cisheteropatriarcado como modelos de formatação das relações de poder através dos quais houve a exploração de pessoas e a estratificação de sociedades (OYĚWÙMÍ, 2002). A Modernidade, mais do que designar um período específico da história da humanidade, nomeia um

---

<sup>1</sup> Na medida em que designo o “gênero” como umas das chaves que identifica posicionalidades na matriz de poder, não o coloco como sinônimo de “mulher”, mas neste momento o pontuo entre aspas haja vista que problemas “de gênero”, questões “de gênero” e violência “de gênero” são locuções frequentemente empregadas para designar problemas que acometem as mulheres e formas de violência contra as mulheres.

conjunto de narrativas coerentes entre si e pertencentes a uma cosmologia específica: uma versão Cristã Ocidental da humanidade gestada sob referencial eurocêntrico (MIGNOLO; WALSH, 2018).

Pressupondo-se que a Modernidade “organiza o mundo ontologicamente em termos de categorias homogêneas, atômicas, separáveis” (LUGONES, 2014, p. 935), assume-se que os conflitos de poder e os regimes de saber-poder não se restringem temporalmente ao período durante o qual a Colônia esteve sob vínculo jurídico-formal de subserviência à MetrÓpole, mas que se estendem no tempo-espaço ao longo do tecido social, conformando relações intersubjetivas e dos indivíduos com as instituições. A Colonialidade nomeia o destituído, a lógica e os processos de destituição da Modernidade, designando um padrão mundial de poder (QUIJANO, 2005; MIGNOLO; WALSH, 2018). Traz consigo o encobrimento das premissas, enunciados e *modus operandi* da Modernidade que, se ditos expressa e publicamente, conflitam com as promessas e ilusões propagandeadas pelas narrativas modernas. De um lado, a narrativa dos colonizadores apresentaria territórios indígenas como “descobertos” e a imposição da dominação-exploração pautada no genocídio, no trabalho escravo e na prática de torturas como o veículo de civilização de povos ameríndios e africanos. A escravidão seria discursivamente justificada e significada positivamente, assumindo a qualidade de medida através da qual seres “não-humanos” e “primitivos” poderiam ser disciplinados (MALDONADO-TORRES, 2019). Fazer dizível a Colonialidade é fazer visíveis tais narrativas, pondo sob luzes uma história ostensivamente encoberta. Desvela-se a Colonialidade, especialmente, voltando-se o olhar para a *zona do não ser*, constituída sob o signo da violência colonial. Pôr em evidência a violência do colonialismo e os produtos que sobreviveram à ruptura do vínculo jurídico-formal entre MetrÓpole e Colônia traz um impacto às instituições modernas, uma vez que as contra-narrativas que partem da perspectiva epistemológica de sujeitos/sujeitas subalternizados/subalternizadas põem em cheque os elementos que sustentam e justificam a ordem moderno/colonial.

### **A universalização da categoria “mulher”**

Uma perspectiva totalizante em estudos de gênero quanto a categoria “mulher” desconsidera que o surgimento da Modernidade/Colonialidade viera acompanhado do estabelecimento de uma hegemonia euro-estadunidense – ou *euronorcêntrica*<sup>2</sup>, como tenho chamado (HALL, 2001). Como bem explicitado por Oyěwùmí (2002), isso permitira a solidificação do euronorcentrismo no âmbito da produção de conhecimento, de modo que houve a racialização do conhecimento. A apropriação da posição de detentores da produção de conhecimento válido com a concomitante exclusão das pessoas não refletidas no paradigma de humanidade permitiu o enraizamento do privilégio branco e masculino na cultura da modernidade. O euronorcentrismo determina os termos em que o conhecimento pode ser produzido e reputado como científico, racional, válido. Pauta-se na desarticulação entre o “sujeito” produtor do conhecimento e seu corpo concreto. Esta operação esvazia o “sujeito” de determinações espaciais e temporais, descontextualizando-o e permitindo-lhe posicionar-se no centro da produção do conhecimento: é o meio pelo qual o “sujeito” passa a ser capaz de ditar enunciados universalmente aplicáveis. Trata-se, na realidade, de um processo de encobrimento de quem enuncia, revestindo-o de neutralidade ao fazer crer que o sujeito epistêmico é destituído de gênero, classe, raça, etnia,

---

<sup>2</sup> Falar em “euronorcentrismo” reconhece que a perspectiva epistemológica originada na Europa Ocidental – o eurocentrismo – beneficiara, em certa medida, os descendentes euronorte-americanos envolvidos na relação colonial e prejudicara as populações exploradas dos continentes africano e sul-americano. Desse modo, leva-se em consideração não somente o processo de estabelecimento da hegemonia europeia como também a emergência dos Estados Unidos da América como potência mundial e centro de produção de cultura global. Esse movimento, como bem explica Stuart Hall (2001), teria afetado internacionalmente a definição hegemônica de cultura, atribuindo centralidade à produção estadunidense.



sexualidade, nacionalidade, espiritualidade ou localização geopolítica dentro de uma dinâmica de poder. O encobrimento do *locus* epistêmico de enunciação torna possível a hegemonia de modelos universalizantes que são, em verdade, particularistas (GROSFOGUEL, 2012).

bell hooks (1995) lança luzes sobre o modelo euronorcêntrico – de caráter cisheteropatriarcal racista – que logra impor a universalização de uma posição particular ao denunciar que, paralela à afirmação de racionalidade do homem branco, especialmente em vista das dualidades razão/emoção e mente/corpo, há o afastamento de mulheres negras da ciência e sua aproximação da natureza. Mais do que isso, há uma percepção simbólica de mulheres negras como a “encarnação de uma perigosa natureza feminina que deve ser governada” (hooks, 1995, p. 469). hooks (1995) evidencia a racialidade que compõe acepções de gênero, registrando a centralidade e corporificação, no homem branco, de um dos polos das dualidades que caracterizam o modelo moderno/colonial. Podemos, a partir disso, perceber desdobramentos não duais, não binários, justamente por conta da pluralidade de uma posição racial-genderizada (dentre outros aspectos corpo-políticos) acarreta. Sua leitura não se desdobra em um binarismo homem/mulher e branco/negro totalizantes.

Logrando demonstrar que (i) o gênero é eminentemente uma construção sociocultural e que (ii) em grande medida a arquitetura dos estudos de gênero parte da experiência de mulheres brancas europeias e estadunidenses, Oyěwùmí (2002) questiona a centralidade do gênero como um modelo para explicar a subordinação e a opressão sobre mulheres de maneira global. Isto, aduz, universaliza tanto a categoria “mulher” quanto a sua subordinação. A autora argumenta que atribuir centralidade ao gênero beneficia particularmente o interesse político de mulheres brancas, indo ao encontro de teóricas que aduzem a impossibilidade de pensar a opressão de gênero de forma dissociada da raça. A autora partilha da ideia de que a diretriz mais adequada é evidenciar múltiplas formas/sistemas de opressão e o modo pelo qual se articulam, visibilizando desigualdades de raça, gênero e classe, sem que se deixe de levar em consideração modelos globais de estratificação social.

O trabalho de Barreto (2005) aborda os impactos de formulações de consensos sociais a respeito do feminino cuja manifestação fora assimétrica na sociedade brasileira. A partir de suas considerações, fica visível a racialidade na construção do mito da fragilidade feminina, que relegava mulheres brancas ao confinamento no espaço privado – a casa – e censurava-lhes o mercado de trabalho remunerado. Essa experiência, objeto de prioridade e ainda priorizada na agenda feminista, diz respeito a uma constituição específica do ser mulher. É que, como explica Raquel Barreto (2005), a mulher negra não seria contemplada pelo mito da fragilidade feminina tanto na escravidão quanto após o expurgo dessa figura jurídica da ordem constitucional brasileira. Isto, segundo a historiadora, porquanto o conceito de feminilidade estaria relacionado à brancura e à pureza, noções historicamente dissociadas da representação social de mulheres negras. Sueli Carneiro (2001) também denuncia que mistificações como a da fragilidade feminina, da mulher como rainha do lar e como subproduto do homem não integram uma narrativa originária de mulheres negras, que nunca precisaram transgredir as barreiras do espaço privado, que é a casa, para conquistar o mercado de trabalho, porque há séculos já trabalhavam.

Em *Ain't I A Woman: Black Women and Feminism*, bell hooks (1982) explicita como discursivamente os termos “homem”, “mulher” e “negros” são utilizados de forma a representar especificamente homens brancos, mulheres brancas e homens negros, suprimindo – ou deliberadamente deixando de reconhecer – a existência de mulheres negras. De acordo com Sueli Carneiro,

Mulheres negras tiveram uma experiência histórica diferenciada que o discurso clássico sobre a opressão da mulher não tem reconhecido, assim como não tem dado conta da

diferença qualitativa que o efeito da opressão sofrida teve e ainda tem na identidade feminina das mulheres negras (Carneiro, 2001, p. 1)

A crítica de Sueli Carneiro se alinha ao que outras intelectuais negras já citadas igualmente denunciaram, fazendo emergir uma proposta de reconfiguração da metodologia feminista que não universalize a experiência do confinamento ao espaço privado nos termos vividos pelas mulheres brancas como uma experiência histórica de todas as mulheres. Com efeito, a luta das mulheres contra a violência depende não apenas da superação da construção histórica de uma hegemonia masculina. Exige também que a superação de uma série de outras construções que com ela estão articuladas, tais como o racismo (CARNEIRO, 2001), a heterossexualidade compulsória (CURIEL, 2009) e o cissexismo (VERGUEIRO, 2012). Diante disso, postula-se a adoção de uma posição que, em vez de buscar unidade sob um signo pautado pela universalização de uma experiência particular de resistência, leve em conta a dimensão relacional das categorias que organizam hierarquias sociais. A partir de tais considerações, propõe-se, ademais, que a mobilização em favor da erradicação das formas de violência e discriminação contra mulheres é aprimorada quando construída não por uma gramática de *inclusão*, mas de múltiplas possibilidades de *nomeação*. Extrai-se das críticas de autoras feministas decoloniais e afrodiaspóricas a possibilidade de investir esforços na configuração da categoria desde as experiências (e suas implicações) daquelas situadas na *zona do não ser* sobretudo porque nela a violência é a regra.

### **A pluriversalidade decolonial como ponto de partida para processos de nomeação não universalizados**

Grada Kilomba (2019) chama atenção para nomeações, seu poder e significados. Além do poder que advém do ato de nomear, há também que se reconhecer os impactos de preencher o conteúdo de determinadas categorias. Dar forma e substância à realidade é resultado do processo de nomear e designar o conteúdo de categorias, decorre do exercício do poder de dizer o que “está dentro” e o que “está fora” de determinados contornos. Este processo viabiliza que se diga, por exemplo, o que é direito, propriedade, democracia, violência, liberdade; permite, como antes visto, que se defina o que é conhecimento e, por conseguinte, qual conhecimento é válido. A universalidade abstrata significa a dissolução de toda particularidade dentro de uma concepção que se pretende universalizada. Conceber a *pluriversalidade* como possibilidade que emana da própria ordem do real torna inviável pressupor a existência de uma produção de conhecimento não situado, de abstrações não engajadas em corpos concretos.

A exposição de uma *pluriversalidade* não é novidade e não significa assumir a relativização absoluta em oposição dicotômica a uma suposta possibilidade do universal. Elege-se como horizonte utópico “a diversidade epistêmica, sem o relativismo epistêmico”, de modo a viabilizar a “afirmação da existência e o conhecimento daqueles que foram apagados, invisibilizados e negados pela colonialidade” (BERNARDINO-COSTA, MALDONADO-TORRES E GROSGOQUEL, 2019, p. 16). Grosfoguel percebe a presença dessa noção no pensamento crítico de Aimé Césaire já em meados da década de 1950, citando a carta de demissão por ele apresentada ao Partido Comunista Francês. O trecho traduz o que se deve ter em memória ao conceber a noção de *pluriversalidade decolonial*:

Provincialismo? Absolutamente não. Não vou me confinar a um particularismo estreito. Mas também não pretendo me perder num universalismo desincorporado. Há duas maneiras de se perder: por meio de uma segregação fechada no particularismo ou por meio da dissolução no universal. Minha ideia de universal é um universal rico com todos os particulares, uma profunda coexistência de todos os particulares (Césaire, 1956 *apud* Grosfoguel, 2012, p. 95).

Não se trata aqui de rivalizar conhecimentos em dois amálgamas opostos homogeneizados, mas de romper com binarismos inventados na ordem moderno/colonial não através da ressignificação de uma relação binária, mas pela visibilização de *entrelugares*, fronteiras, posicionalidades e experiências incapturáveis por uma lógica binária. Por posições fronteiriças refere-se não somente a fronteiras geográficas, mas raciais, sexuais, epistêmicas, religiosas, linguísticas, nacionais, dentre outras possíveis (MIGNOLO e WALSH, 2018, p. 112). A partir da *decolonialidade pluriversal* incorpora-se a possibilidade de nomeações de categorias desde múltiplos espaços, geografias, contextos, experiências, subjetividades e cosmovisões. Concebe-se como possível uma dimensão *pluriversal* do que constitui as categorias “mulher” e “violência”, por exemplo. Assim é que postula-se, ademais, que se tome a *pluriversalidade* como derivada da ordem do real, de modo a viabilizar a construção de um projeto feminista nomeado por (e, portanto, *desde*) todas as mulheres, sem que se incorra em novas universalizações ou em estratégias pensadas *em relação a* perspectivas universalizadas.

## A MATRIZ DE PODER

A violência fora o instrumento por excelência de construção das estruturas fundantes da sociedade brasileira. Em virtude disso, algumas ações violentas não são episódicas ou anormais, mas instituídas como prática cultural e derivadas da eficácia das ordens estabelecidas na matriz de poder. Entende-se a violência como processo, como produto de relações históricas. Não é possível definir ou determinar o poder como algo que se remove cirurgicamente e se vislumbra de maneira isolada, o poder é atual, historicizado, manifesta-se nas relações sociais. Assumindo a dimensão colonial como constitutiva dos sistemas de hierarquização social que compõem a matriz de poder, atribuo centralidade aos processos genocidas inaugurados com a dominação colonial e o evento racial que o acompanhara. Não há privilégio sem dominação-exploração. A organização das relações sociais, políticas e econômicas nessa dinâmica, no processo histórico de constituição da sociedade brasileira, instituiu princípios organizadores e sistemas que determinariam os termos em que se dariam as relações de poder. Toma-se a organização da dinâmica Casa Grande/Senzala, o sistema de *plantation*, como proto-célula da sociedade brasileira. Percebe-se a figura de maior poder, refletida no paradigma de humanidade inventado, um corpo específico masculino, branco, heterossexual, cisgênero, proprietário, cristão, sem deficiências.

Frantz Fanon registra expressamente que “o mundo colonial é um mundo dividido em compartimentos” (FANON, 1968, p. 27). Percebe que o mundo colonial é organizado a partir de uma linha divisória, que se esforça a consolidar espaços de forma maniqueísta, alocando colonizadores e colonizados em zonas distintas, opostas, inconciliáveis. A partir da explicitação dessa cisão é possível também explicitar os princípios organizadores da sociedade e as hierarquias por eles estabelecidas. Essa linha divisória organiza o mundo a partir da raça entre humanos e não-humanos, entre homens e mulheres e machos e fêmeas. Dentro desse paradigma, “o colono faz do colonizado um subproduto humano, quando não uma quintessência do mal, e a ele se refere com uma linguagem zoológica” (MARTÍN-BARÓ, 2012, p. 378). Veja-se que o poder colonial distribui os corpos em *zona do ser* ou *zona do não ser*. A cisão descrita por Fanon (1968) produz espaços físicos, territoriais, geográficos e subjetivos distintos, povoados por indivíduos que ocupam múltiplas posicionalidades na matriz de poder. A divisão colonial da sociedade é a espinhal dorsal do Estado e do direito, que acabam por ser construídos sobre o sistema de *plantation* e a partir dele desenvolvidos, reiterando e atualizando as incisões do poder colonial sobre a vida e a morte.

Com efeito, o racismo “é um princípio constitutivo que organiza, a partir de dentro, todas as relações de dominação da modernidade, desde a divisão internacional do trabalho até as

hierarquias epistêmicas, sexuais, de gênero, religiosas” (BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSFUGUEL, 2019, p. 11). A codificação das diferenças entre colonizadores e colonizados foi traduzida racialmente, produzindo um processo de subjetivação profundamente entrelaçado nas racialidades e estabelecendo um padrão de poder racialmente determinado. Veja-se que “tão crucial é o racismo como princípio constitutivo, que ele estabelece uma linha divisória entre aqueles que têm o direito de viver e os que não o têm” (BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSFUGUEL, 2019, p. 11). Disso decorre a invenção da não-humanidade, da organização das hierarquias sociais por um processo que institui o *não ser* como fundamento do *ser*, a bestialidade como fundamento da humanidade, que dita quem é ou não humano com todos os recursos possíveis: materiais e imateriais. Nessa operação, mobiliza-se toda sorte de agressão, o apagamento da história como tecnologia para ruptura da identidade (NASCIMENTO, 1985) e até a linguagem:

Por vezes este maniqueísmo vai até ao fim de sua lógica e desumaniza o colonizado. A rigor, animaliza-o. E, de fato, a linguagem do colono, quando fala do colonizado, é uma linguagem zoológica. Faz alusão aos movimentos réptis do amarelo, às emanções da cidade indígena, às hordas, ao fedor, à pululação, ao bulício, à gesticulação. O colono, quando quer descrever bem e encontrar a palavra exata, recorre constantemente ao bestário (FANON, 1968, p. 31).

A violência que instaura e consolida a opressão tem como resultado a escravização e desumanização dos envolvidos na ação, produz a instrumentalização de seres humanos e, portanto, desumaniza. Há ainda que se perceber que as dimensões a respeito da violência e seus aspectos operam de maneiras distintas, sob lógicas distintas, na *zona do ser* e na *zona do não ser*. as zonas do ser e do não ser são heterogêneas, uma vez que o privilégio racial não é o único princípio organizador social. A complexificação dessas zonas se verifica ao admitir a existência de uma matriz de poder complexa, composta por múltiplos sistemas de dominação que produzem privilégios não apenas dentro de sua própria verticalidade, mas – e principalmente – na transversalidade, na imbricação, com outros sistemas.

Não obstante, a explicação de Pires (2018, p. 1057), para quem a *zona do ser*

(...) é tomada como régua de humanidade, a partir da qual serão identificadas as ideias de lícito/ilícito, moral/imoral, homem-mulher/macho-fêmea, civilidade/primitivo, racional/bestial, humano/não humano. A condição geral de aplicação da legalidade na zona do ser tem sido sustentada na violência, como regra, na zona do não ser.

Perceber o racismo enquanto sistema de opressão significa compreender que, em sua dimensão estrutural, o racismo é responsável por conformar brancos, não brancos e instituições racistas (Pires, 2018). Neste trabalho não se toma os corpos não brancos como aqueles racialmente marcados, mas se reconhece na branquidade também a racialidade. Isto porque

O fato da branquidade apresentar-se como racialidade não nomeada tão somente evidencia que se impõe como representativa do universal, do parâmetro a partir do qual são organizadas as relações e as instituições (a exemplo do que ocorre com a masculinidade e a cis/heteronormatividade) (PIRES, 2018, p. 1057).

Do mesmo modo que se percebe que essa linha divisória faz com que o negro seja constantemente lembrado da sua racialidade (BERNARDINO-COSTA, 2016), existem uma série de engrenagens e violências que marcam para a mulher a sua condição de subalternidade em relação ao homem, à pessoa transgênero a inexistência do reconhecimento conferido a pessoas cisgênero. É de se notar que além de não humanos, existem sub-humanos. Estes, ao mesmo tempo em que habitam a *zona do não ser*, produzem um não-ser ainda menos privilegiado, ainda mais oprimido (BERNARDINO-COSTA, 2016). Embora a *zona do ser* e do não ser possam se materializar em posições geograficamente concretas (Fanon, 1968), entende-se que elas traduzem a posição localizada no âmbito das relações raciais de poder em transversalidade com outras relações de

poder. Essa posição é reiterada em relações sociais especialmente através da explicitação de marcas de corporalidade, o que confina aquele ser na posição de “outro”. Para Gonzalez (1988), o negligenciamento dos aspectos raciais que constituem o “ser mulher” nas sociedades latino-americanas é refletido também no movimento feminista branco e hegemônico construído dentro dessas sociedades. Isto porque a conjugação de sistemas de opressão busca confinar mulheres negras em posições piores dentro da hierarquia social. De acordo com Gonzalez (1988), a constituição da mulher se dá, antes de tudo, a partir da racialidade, a opressão racial antecedendo a que advém do cisheteropatriarcado.

Para Curiel (2016), a heterossexualidade é um regime político que não se esgota nas experiências sexuais, mas que atua também em todas as relações sociais e guarda relação com instituições forjadas a partir do colonialismo e da modernidade ocidental, tais como a família nuclear e o binarismo sexual. A partir da família nuclear são construídas as concepções e expectativas que recaem sobre o ser mulher e o ser homem. Por seu turno, é o binarismo sexual que consagra a ideia de que existe uma diferença sexual fundamental e canaliza a hierarquia produzida pelo sistema moderno-colonial de gênero, permitindo a apropriação e exploração dos corpos e da força de trabalho feminina. A dominação patriarcal e a heterossexualidade compulsória são vistas por Curiel como indissociadas uma vez que o sistema de dominação patriarcal se sustenta justamente a partir da sujeição de mulheres forçosamente em uma dinâmica heterossexual (CURIEL, 2007). Isto, por exemplo, com a instituição da obrigatoriedade de matrimônio, da maternidade e da significação da mulher a partir de desejos masculinos (CURIEL, 2014). Curiel (2007) explicita como o pensamento de feministas negras lésbicas permitiram a compreensão de que a heterossexualidade compulsória opera, de fato, como regime político, articulando-se à dominação patriarcal na opressão de mulheres e, portanto, sendo dela indissociável.

Reconhece-se que a cisgeneridade é uma dentre as infinitas possibilidades de interpretação de gênero, e não a premissa a partir da qual há que se definir corpos ‘normais’ e ‘anormais’ (VERGUEIRO, 2012). Tomado o gênero como ficção, Vergueiro (2012) contata que a opressão de gênero é inseparável do cissexismo. Daí porque se afirma a impossibilidade de se pensar um patriarcado enquanto sistema de hierarquização social imbricado em uma hierarquização de humanidades em termos que reafirmem: (i) a construção da diferença de gênero binária em dois gêneros fixos e (ii) a inserção forçada de corpos e subjetividades nas ficções “homem”/“mulher” para a constituição de uma individualidade inteligível. A aglutinação do prefixo “cis” ao “heteropatriarcado” se coloca como descentramento da cisgeneridade e a exposição da construção dessa forma de ser e existir no mundo como régua que atravessa a constituição do que é lido como humano/inumano. Uma vez desenhada a matriz de poder colonial e compreendida a cisgeneridade constitutiva do patriarcado que a compõe, não é de todo surpreendente o abalo gerado pela visibilidade de corpos ininteligíveis por essa lente binária. Como salienta Vergueiro (2012, p. 3), as transgeneridades e não-cisgeneridades produzem o questionamento da “construção social da diferença entre corpos humanos e entre corpos não-humanos a partir de critérios binários e imutáveis”. Para Vergueiro (2012),

Questionar essa ‘fundação ficcional’ de gênero, portanto, significa problematizar também a constituição do humano, e por consequência a ideia de que existam homens e mulheres ‘biológicxs’, uma vez que sua biologia se assenta sobre esta ficção. Além de, evidentemente, denunciar a fantasia transfóbica que desumaniza individualidades transgêneras e não-cisgêneras sem nos deixarmos ludibriar por argumentações infrutíferas sobre a verdade ou inverdade dos discursos transfóbicos, focando-nos nos “efeitos de poder que produzem ou [n]a maneira que se desdobram dentro de sistemas de práticas discursivas e institucionais” (VERGUEIRO, 2012, p. 4).

Se a violência é processosocial estrutural das sociedades latino-americanas e, em especial, da brasileira, com mais propriedade se pode falar do caráter estruturante da violência historicamente exercida contra mulheres negras na conformação desta última. Mais do que isso, verifica-se que um olhar sobre a noção de violência informada pelo conceito de racismo-genderizado (KILOMBA, 2019) lhe atribui novos contornos. Racismo-genderizado nomeia a indissociabilidade de gênero e raça, demonstrando que a matriz de poder colonial a que me refiro é uma máquina cisheteropatriarcal branca, bem como que o cisheteropatriarcado, sobretudo na ordem social brasileira, é racialmente constituído. É dizer: o racismo é constitutivo do cisheteropatriarcado e é dele absolutamente inseparável. A constatação da indissociabilidade do racismo e do cisheteropatriarcado nos permite perceber que é impossível a aniquilação de um desses sistemas de opressão se não aniquilado o outro. É dizer que não há potencial verdadeiramente – radicalmente – emancipatório em uma luta feminista não racializada. Em outras palavras: é impossível ir para a cama com o racismo e não dormir com o cisheteropatriarcado. O mesmo se aplica quanto ao cissexismo e à heterossexualidade compulsória: impossível aniquilar o patriarcado sem aniquilá-las.

Pertinente o apontamento de Oliveira (2018, p. 45) ao tratar da existência de contextos facilitadores da execução eficaz da violência, mencionando especialmente o racismo e cisheteropatriarcado:

Isso porque a ordem escravocrata é atravessada profundamente pelo ordenamento patriarcal. A unidade produtiva no escravismo colonial eram as grandes famílias dos latifundiários, tendo o patriarca (o homem, latifundiário) como o centro do poder, as mulheres e filhos como subordinados e os trabalhadores escravizados como subalternos. Esse ordenamento social não se modificou radicalmente com o fim do sistema de trabalho escravo e a independência dos países da América Latina porque se manteve a colonialidade do poder de que fala Quijano e também porque não houve mecanismo de integração dos escravizados na sociedade (em função da transfiguração para o capitalismo dependente marcado pela superexploração da mão de obra). (OLIVEIRA, 2018, p. 45)

A matriz de poder é como nomeio o tecido composto pelos sistemas de hierarquização social da sociedade brasileira, sendo eles, pelo menos, o racismo, o capitalismo e o cisheteropatriarcado, todos estes concebidos de forma contextualizada e historicizada e enquanto gestados dentro da dimensão colonial. A explicitação do capitalismo como um dos sistemas de hierarquização social que compõem a matriz de poder se dá pelo reconhecimento do vínculo histórico entre as articulações raciais e cisheteropatriarcais no campo das relações econômicas. Noutro giro, a própria compreensão da constituição do cisheteropatriarcado racista do sistema casa grande/senzala, as expressões da escravidão no Brasil colonial e hoje, questões raciais e de política sexual, têm subjacentes uma lógica economicamente orientada (Mignolo e Walsh, 2018).

Uma vez que o sistema da *plantation* é marcado pela escravização e pelo genocídio, a categoria violência acaba por ser determinada de forma parcial e instrumentalizada para assegurar a hegemonia cis-heteropatriarcal branca (KILOMBA, 2019). A violência é o processo através do qual a matriz de poder permanece estruturada por sistemas de dominação que distribuem privilégios e ônus sociais, que instituem o que é humano, que determinam o que será ilícito ou lícito, e estabelece uma ordem que não lê como violência ações violentas exercidas instrumentalmente para reificar tais sistemas. Tomando a imbricação como lente de análise para apreender a realidade e entendendo o evento racial como o rasgo que organizou o mundo em *zona do ser* e do *não ser* (FANON, 1968; 2008), percebe-se que as múltiplas opressões produzidas pelos sistemas de hierarquização são transversalizadas pela raça. Portanto, há que se perceber que as dimensões e aspectos da violência operam de maneiras distintas, sob lógicas distintas, na *zona do ser* e na *zona do não ser*.

Falar da imbricação dos sistemas de hierarquização social é perceber que as hierarquizações produzem múltiplas ordens de subjetividades, distribuindo ônus e bônus sociais, acumulando recursos e capitais de um lado a partir da expropriação destes mesmos recursos e capitais de outro. Não se trata aqui de somar opressões de raça e gênero, de gênero e sexualidade, por exemplo, para visibilizar uma forma particular de violência imposta sobre o corpo situado na interseção de categorias. É que isto significa assumir a possibilidade de um gênero sem sexualidade e não racializado, ao passo que se sabe que a não articulação de gênero e raça frequentemente diz respeito a um racialidade específica e, como dito, não nomeada: a branquidade. Reconhecer a existência de uma matriz de poder que nasce da imbricação de racismo, capitalismo, cisheteropatriarcado – matizadas pelo colonialismo, seus efeitos e produtos – é expor que os sistemas de dominação e hierarquização social instituem posicionalidades não binárias que conformam os corpos de todas as pessoas inseridas na matriz, trazendo implicações seja para homens e mulheres brancas, homens e mulheres negras, *cis*, *trans*, lésbicas, gays e tantas implicações possíveis quanto a ordem do real possibilitar. Não se trata de considerar que a categoria gênero visibiliza mulher, que a categoria raça visibiliza o negro, mas de considerar como o sistema de dominação produz ordens de subjetividades e busca encerrá-las em uma perspectiva binária de mundo.

Levar em consideração a existência da matriz de poder colonial, tal como apresentada, modifica sobremaneira os pressupostos que se assume no compromisso com a construção da luta feminista. Isto porque daí deriva a constatação de que a posição de poder que goza o homem não é exclusivamente calcada no sexo biológico, mas alcança sua completude em um corpo-político que é simultaneamente masculino-branco-cisgênero-heterossexual. Nessa medida, faz-se visível que, estando imbricados, esses sistemas de hierarquização social se sustentam mutuamente, protegendo-se de forma recíproca e se retroalimentando. A aniquilação de qualquer forma de opressão, portanto, pressupõe a destruição da possibilidade de instituição de todos os sistemas de privilégios. À luz de todo o exposto, postula-se que o enfrentamento a qualquer sistema de hierarquização social só é efetivamente possível mediante o compromisso com a aniquilação de *todos* os sistemas que compõem a matriz de poder.

## ENSAIANDO CAMINHOS

As considerações anteriormente tecidas reposicionam o ponto de partida de pesquisas no campo dos estudos de gênero, especialmente no que concerne à temática da violência contra mulheres. Em síntese, postula-se a adoção de uma posição que, em vez de buscar unidade sob um signo pautado pela universalização de uma experiência particular de resistência, leve em conta (i) a imbricação das categorias que organizam hierarquias sociais; (ii) a pluriversalidade como derivada da ordem do real, de modo que se construa um feminismo nomeado por (e, portanto, desde a experiência) de todas as mulheres; (iii) que o enfrentamento a qualquer sistema de hierarquização social só é efetivamente possível mediante o compromisso com a aniquilação de todos os sistemas que compõem a matriz de poder.

Visibilizar a Modernidade/Colonialidade na gestação das bases sobre as quais a sociedade brasileira fora constituída provoca a perseguição pela construção de olhares e lentes de análise que partam da experiência particular de violência, resistência e tentativas de preservação e reconexão das populações indígena e negra. Produz, por si, a percepção de que a unidade celular que se desenvolveu até constituir a sociedade brasileira como hoje a conhecemos fora pautada em genocídio e desumanização, tornando este um dado impossível de ser desconsiderado. É perceber que não é possível tratar de “questões de gênero” colocando a raça entre parênteses, suspendendo-lhe momentaneamente, como se fosse possível trata-las como categorias

atomizáveis. Daí porque é importante tomar nota da universalização de uma experiência provinciana de “ser mulher” e perceber que os conteúdos substantivos inseridos nessa ficção, nos termos em que hegemonicamente estabelecida, são informados pelo racismo – quando se fala da fragilidade feminina, por exemplo –, pela heterossexualidade compulsória e pelo cissexismo – como quando se fala do cumprimento do papel social de contrair matrimônio e exercer a maternidade, de se vestir, falar, parecer e se comportar “como mulher”. Que pessoa é essa, em concreto, que reflete com perfeição o conteúdo da ficção “mulher” hegemonicamente construída?

A questão conduz à percepção de que não há corpo que escape à matriz de poder colonial. Compreendê-la a partir do que Frantz Fanon nomeia como *zona do ser* e *zona do não ser* é perceber que (i) todos os sistemas de hierarquização social nela presentes são racialmente constituídos. Toma-se essa cisão como moderno/colonial e, elegendo como marco inicial a Modernidade/Colonialidade, observa-se que mesmo que se repute “homem” e “mulher” como ficções já existentes, há processos de resignificação e reconfiguração de noções fundamentais a partir do evento racial. É também perceber que (ii) as posicionalidades assumidas na matriz de poder pelos corpos nela inseridos são não estáticas, mas dinâmicas e heterogêneas, sendo todas elas transversalizadas pelo racismo. Ademais, compreender a matriz de poder a partir do pensamento fanoniano traz uma implicação jurídico-política fundamental: a de que existem duas gramáticas distintas de violência. Com isso, torna-se necessário tanto para o direito quanto para o movimento de mulheres enquanto luta política, refletir como constituir-se desde um lugar capaz de lidar com a pluriversalidade de gramáticas de violência. Este trabalho busca, a partir da análise da produção de intelectuais afrodiaspóricas/afrodiaspóricos e críticos do colonialismo e da colonialidade, reunir contribuições e ensaiar caminhos rumo a esse horizonte. Haja vista ser a violência processo social, atual, incutido nas múltiplas relações de poder que se manifestam na matriz de poder colonial, desconstitui-se a premissa não nomeada de que existiria uma gramática universal de violência e um subtipo particular que seria a violência de gênero. Uma vez que não há corpo que escape à matriz de poder, não há violência que se manifeste sobre corpo nela não inserido. Nessa medida, não há violência que não se constitua na interação entre racismo e cisheteropatriarcado, sobretudo diante da pluriversalidade de gramáticas que exsurtem da cisão entre *zona do ser* e *zona do não ser*.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Raquel de Andrade; Pamplona, Marco Antonio Villela. **Enegrecendo o Feminismo ou Feminizando a Raça: Narrativas de Libertação em Angela Davis e Lélia Gonzalez**. Rio de Janeiro, 2005, 128p. Dissertação de Mestrado – Departamento de História, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

BERNARDINO-COSTA, Joaze. A prece de Frantz Fanon: Oh, meu corpo, faça de mim sempre um homem que questiona! **Civitas**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 504-521, jul./set. 2016.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGUÉL, Ramón. Introdução. Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico. In: BERNARDINO-COSTA, J.; MALDONADO-TORRES, N.; GROSGUÉL, R. (org.). **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. p. 9-26.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. **Lola Press**, Durban, África do Sul, nov. 2001.

CURIEL, Ochy. Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. **Nómadas**, Bogotá, Colombia, n. 26, p. 92-101, 2007.



- CURIEL, Ochy. Hacia la construcción de un feminismo descolonizado. *In: MINŌSO, Yuderlys Espinosa et al. Tejiendo de otro modo: Feminismo, eistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014. p. 325-333.
- FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- GONZALEZ, Lélia. Por um Feminismo Afrolatinoamericano. **Revista Isis Internacional**, Santiago, v. 9, p. 133-141, 1988.
- GROSFOGEL, Ramon. Decolonizing Western uni-versalisms: decolonial pluri-versalism from Aimé Césaire to the Zapatistas. **Transmodernity: jornal of peripheral cultural production of the luso-hispanic world**, Merced, Califórnia, v. 1, n. 3, p. 88-104, 2012.
- HALL, Stuart. Que “negro” é esse na cultura popular negra? **Lugar comum**, Rio de Janeiro: UFRJ, n. 13-14, p. 147-159, jan./ago. 2001.
- hooks, bell. **Ain't I a Woman: Black Women and Feminism**. London: Pluto Press, 1982.
- HALL, Stuart. **Black Looks: Race and Representation**. Boston: South End Press, 1992.
- HALL, Stuart. Intelectuais negras. **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 464-478, jul./dez. 1995.
- KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano**. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. *In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGEL, Ramón (org.). Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. p. 27-53.
- MARTÍN-BARÓ, Ignacio. Violencia y agresión social. *In: MARTÍN-BARÓ, Ignacio. Accion y ideologia: psicología social desde Centro América*. San Salvador: UCA, 2012, p. 359-423.
- MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine E. **On Decoloniality: concepts, analytics, praxis**. Durham: Duke University Press, 2018.
- NASCIMENTO, Beatriz. O conceito de quilombo e a resistência cultural negra. **Afrodiaspora**, n. 6-7, p. 41-49, 1985.
- OLIVEIRA, Dennis de. A violência estrutural da América Latina na lógica do sistema da necropolítica e da colonialidade do poder. **Extraprensa**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 39-57, jan./jun. 2018.
- OYĔWÙMÍ, Oyèrónkẹ. Conceptualizing gender: the eurocentric foundations of feminist concepts and the challenge of African epistemologies. **Jenda: A journal of Culture and African Women Studies**, 2.1, p. 1-9, 2002.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura Militar no Rio de Janeiro. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1054-1079, 2018.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. **Perú Indíg.**, Lima, Peru, v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectiva latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005. p. 227-278.

VERGUEIRO, Viviane. Pela descolonização das identidades trans. *In*: Congresso Internacional de Estudos Sobre a Diversidade Sexual e de Gênero da ABEH, VI, 2012, Salvador, **Anais** [...]. Disponível em: [https://www.academia.edu/2562141/Pela\\_descoloniza%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_identidades\\_trans\\_pr%C3%A9-projeto\\_para\\_a\\_disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Por\\_inflex%C3%B5es\\_decoloniais\\_de\\_corpos\\_e\\_identidades\\_de\\_g%C3%AAnero\\_inconformes\\_](https://www.academia.edu/2562141/Pela_descoloniza%C3%A7%C3%A3o_das_identidades_trans_pr%C3%A9-projeto_para_a_disserta%C3%A7%C3%A3o_Por_inflex%C3%B5es_decoloniais_de_corpos_e_identidades_de_g%C3%AAnero_inconformes_). Acesso em: 10 out. 2019.

**Fagner Roberto Ferreira Freire**

Graduando em Direito (UNIT)

**Josicleide de Oliveira Freire**

Mestra em Serviço Social (UFAL)

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a violência contra a mulher à luz dos Direitos Humanos, considerando que na trajetória humana a mulher tem sido vítima de uma série de violências, em decorrência do não reconhecimento do seu direito humano enquanto mulher.

Foi na luta pela igualdade de direitos entre homens e mulheres que, após um lapso temporal de omissão, o Estado passou a reconhecer esse direito, implementando legislação e políticas de combate à violência contra a mulher.

No entanto, apesar de um conjunto de normas que disciplinam a temática, cresceram os casos de mulheres que tiveram sua vida ceifada pelo preconceito oriundo de uma sociedade patriarcal, o que exigiu, por parte do Estado, não apenas legislação e políticas públicas para uma maior efetivação no enfrentamento à violência contra a mulher, mas a conscientização dos atores envolvidos no crime, visto que a aplicação da lei é ineficaz sem essa consciência.

Nessa direção, propomo-nos inicialmente a expor a concepção de Direitos Humanos, tão marginalizada na sociedade, por não concebê-la como um direito de todo ser humano, independentemente de sua raça, gênero, cor ou credo. Na sequência, abordaremos a violência contra a mulher a partir da concepção de uma estrutura patriarcal e, por fim, nos dedicaremos a situar a construção da Política de Combate à Violência contra a Mulher no Brasil, desde os tratados internacionais de Direitos Humanos à legislação nacional vigente.

## VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E DIREITOS HUMANOS

Neste tópico, abordaremos a concepção atual de Direitos Humanos, levando em consideração seu processo histórico, que traz, a partir de 1948, uma nova visão de Direito e Dignidade Humana, seguido dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, destinados a Políticas de Combate à Violência contra Mulher, do qual o Brasil tornou-se signatário, tendo como objetivo a fomentação de uma série de medidas protetivas e construção de uma rede de atendimento que interliga diversas políticas públicas no atendimento às mulheres vítimas de violência.

Os seres humanos distinguem-se dos demais seres pela sua faculdade de produzir o novo e de se relacionar com seus pares, como seres únicos, dotado de razão; as diferenças entre um indivíduo e outro encerram-se apenas em aspectos biológicos e/ou culturais. Dessa capacidade intrinsecamente humana e do reconhecimento de respeito e igualdade entre os homens, conclui-se que “[...] ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais” (COMPARATO, 2015, p. 13).

É a partir dessa premissa de respeito e igualdade entre os homens, tendo como requisito a sua humanidade, haja vista que são abstraídas diferenças como raça, gênero e cor, que teremos

na lei escrita o surgimento de normas dirigidas a todos os membros que vivem em sociedade, tendo como objetivo a sua efetiva aplicação. Assim,

Essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada (COMPARATO, 2015, p. 24).

Nessa direção, a partir da compreensão de que todos os seres humanos devem ser tratados com igualdade e respeito, independentemente de suas diferenças biológicas ou culturais, e tomando como prisma a dignidade da pessoa humana, nasce a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida após o impacto das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, na qual está disposto que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (COMPARATO, 2015, p. 240).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, expressa uma trajetória de luta e de afirmação dos direitos humanos, precedido pela Declaração da Independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, a qual “levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião” (COMPARATO, 2015, p. 240).

É a partir dessa premissa que “O Direito Internacional dos Direitos Humanos deixa de examinar os seres humanos como sujeitos neutros, tidas suas diferenças em segundo plano, e passa a analisá-los em sua concretude” (SPIELER et al, 2010, p. 137). Nesse sentido, as peculiares diferenças, como raça, gênero e cor, ficam em segundo plano, considerando-se o ser humano em sua complexidade e totalidade, isto é, enquanto um sujeito de direito.

No entanto a opressão da mulher advinda por uma cultura patriarcal, no qual, tem na sua história a submissão da mulher ao homem, irá promover ao longo da história humana um círculo de violência que se perpetuará no tempo, o que irá impor ao segmento feminista um entrave com o Estado para o reconhecimento do seu direito humano enquanto mulher, que até então, não podiam ocupar os espaços públicos, sendo eles pertencentes apenas aos homens, cabendo a ela o espaço privado, mas especificamente o cuidado do lar e filhos, com uma função social meramente reprodutiva. Assim,

A invisibilidade da violência contra a mulher encontra-se arraigada na construção desigual de homens e mulheres que, desde crianças, apreendem papéis e atributos considerados inerentes a cada sexo, cabendo ao homem ser o dominador da relação, forte, racional e chefe de família; enquanto à mulher, a dominada, frágil, emotiva e domesticada (SOUSA et. al, 2018, p. 05).

É nessa relação desigual entre homens e mulheres que nascem as maiores arbitrariedades, entre elas a violência contra a mulher. Durante anos a mulher não teve direito ao voto, ao trabalho e nem mesmo ao seu corpo, sendo ela um instrumento de prazer e poder masculino. Por isso, o surgimento de leis no tocante à prevenção e proteção à mulher expressa um processo de luta feminina.

A história do Estado de Direito, do constitucionalismo democrático, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é a história das lutas contra o absolutismo do poder, contra a liberdade indiscriminada, desmedida, e a favor da dignidade humana e da vida. Nesse processo histórico se vai progressivamente lutando contra o absolutismo dos poderes econômicos e empresariais, por meio de leis trabalhistas e da garantia de direitos aos trabalhadores, diminuindo o poder patriarcal doméstico através de reformas do direito de família, igualdade de gênero e outros. Nenhuma dessas conquistas, contudo, implica um ponto final. São apenas transições, conquistas temporárias para a garantia de direitos.

Muitas outras lutas surgem diariamente e continuarão surgindo. Por essa razão, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais não podem ser vistos em um sentido estático. Pelo contrário, estão em uma perene conformação dinâmica (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 714).

E no que se refere à Política de Combate à Violência contra a Mulher, temos como marco legal a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres, adotada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). E em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, local onde foi concluída, foi adotada no mesmo ano pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), vindo a ser ratificado pelo Estado Brasileiro em 1995 e promulgada por meio do Decreto de nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Ressalta-se a sua importância no contexto histórico internacional na tentativa de coibir a violência contra a mulher.

No tópico seguinte, nos dedicaremos a expor a violência contra a mulher, tendo como raiz, o modo como as relações entre homem e mulher se dão, considerando que nela se expressam mecanismos de poder.

## **PATRIARCALISMO E VIOLÊNCIA CONTRA MULHER**

Patriarcalismo não é um conceito facilmente homogêneo para o entendimento da dominação sobre a mulher por parte do pensamento feminista. Abordagens tradicionais do tema têm sido desconsideradas, gerando até mesmo um debate em torno do uso dos termos patriarcalismo e gênero. Heleieth Saffioti (2004) traz reflexões significativas para o seu entendimento, oferecendo base para o debate que se instaura no movimento feminista na aproximação com o marxismo. Tal tendência não se identifica com a predominância da subjetividade ou da identidade para explicar qualquer fenômeno social, mas se debruça objetivamente sobre a vida social e suas determinações na constituição das relações sociais, entre as quais as relações de gênero.

Segundo Saffioti (2004), as categorias gênero e patriarcado, embora usadas para expressar um mesmo tipo de violência, aquela dirigida à mulher pelo homem, tem um duplo significado. A expressão violência de gênero estende-se à violência tanto do homem contra a mulher, quanto da mulher contra o homem; isso porque seu sentido é mais amplo e atinge aos dois sexos, homem e mulher; já o termo patriarcado faz um recorte, direcionando o tipo de regime que está tratando, nesse caso, a dominação-exploração a que a mulher está submetida pelos homens.

Para a autora, isso se justifica porque há características na categoria gênero que devem ser consideradas, dentre elas, o fato de não se resumir a analisar apenas uma única categoria, fato desconhecido, e de possíveis equívocos para alguns estudiosos dessa linha. E também, pelo seu valor histórico. Enquanto categoria histórica, Saffioti (2004) explica que ela pode ser concebida nas mais diversas instâncias e, para demonstrar isso, reuniu os mais diferentes conceitos sobre gênero. Conforme indica, em referência a diversos autores:

Como aparelho semiótico (LAURETIS, 1987); como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos, como grade de interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva (SCOTT, 1988); como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (FLAX, 1987); como, numa certa instância, uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-mulher, mas também relações homem-homem e relações mulher-mulher (SAFFIOTI, 2004).

Em sua acepção, considerando que gênero consiste em uma representação social daquilo que poderia ser homem e mulher, esse termo não poderia evidenciar a desigualdade entre os sexos, embora ela seja hierarquicamente presumida. No entanto, apesar de uma possível recusa

ao termo, a autora também observa, nas linhas finais de seu livro, que a ampla, profunda e rápida penetração deste termo no meio acadêmico, nas militâncias feministas, em órgãos internacionais e/ou mesmo nas possíveis concessões de verbas em projetos através do Banco Mundial, deve-se ao seu significado geral, portanto mais palatável ou ainda neutro. Esse aspecto foi posteriormente rejeitado, por se entender que, numa sociedade capitalista, nada se mostra passível de neutralidade. Entende a possibilidade do uso de um conceito ou outro, gênero ou patriarcado, sendo que o primeiro tem um conceito mais amplo e cobre toda a história da humanidade; já o segundo é mais específico e permite qualificar o primeiro. Por seu caráter histórico e por carregar mais ideologia do que o termo patriarcado, o termo gênero é mais amplo e toma a história na sua totalidade, levando em conta os 250 mil anos, no mínimo, da humanidade.

Considera-se que a estrutura de classes é altamente restritiva quanto às potencialidades humanas, por limitar a possibilidade que determinados contingentes da sociedade os quais, ainda que aptos a venderem a sua força de trabalho, ficam às margens do processo produtivo, formando um exército industrial de reserva. Safiotti afirma que isso pode, inclusive, explicar por que são criadas crenças renováveis de limitações em que se tomam como base características naturais, que possam funcionar como um mecanismo para a manutenção do sistema produtivo.

A autora adverte que esses determinantes podem justificar a posição da mulher na sociedade capitalista e não devem ser analisados isoladamente, mas antes ser apreendidos como partes integrantes de um todo, que contribui para o funcionamento dessa estrutura exploratória. Para tanto, é necessária uma análise da totalidade, discutida por Marx, indo da aparência para a essência, da mesma forma que a relação trabalho pago e trabalho não pago deve ser desvendada.

Nessa vertente, Safiotti considera como caminho necessário a se percorrer, para sair da aparência fenomênica do objeto em questão, a análise da categoria trabalho, em todas as suas determinações e mediações, uma vez que é a partir dessa categoria que se constitui a práxis, a relação do homem com a natureza e dos homens entre si. Assim, é possível desvendar por que determinadas camadas da sociedade ocupam posição hierárquica e historicamente inferiores, dada a contradição inerente à sociedade capitalista, bem como as relações que estabelecem entre si e com o todo social no qual estão inseridas. Nas palavras da autora: “Enquanto categorias subalternas operam segundo as necessidades e conveniências do sistema produtivo de bens e serviços, assumindo diferentes feições de acordo com a fase de desenvolvimento do tipo estrutural da sociedade” (SAFIOTTI, 1976, p. 30).

Por isso, não se pode pensar em uma emancipação da mulher na sociedade capitalista, apenas por uma ou outra concessão que o capital possa vir a oferecer, por se tratar de uma emancipação apenas num escopo político e que não tem a ver com uma emancipação humana, visto que ela estaria condicionada à superação desse sistema, entendendo que “o sexo operaria como fator de discriminação social enquanto perdurasse o modo de produção baseado na apropriação privada dos meios de produção” (SAFIOTTI, 1976, p. 31). Isso ocorreria devido à marginalização de determinados grupos na sociedade, fato que atende aos interesses do capital, e ainda a algumas características naturais que podem ser anuladas ao longo do tempo, pelas quais o sistema responderá, encontrando outros fatores que possam se justificar como marcas sociais, uma vez que ele ao “imprimir as soluções para os problemas que gera, encontra sério limite para o próprio capital” (SAFIOTTI, 1976, p. 31).

Desse modo, conclui-se que a atribuição à esfera produtiva como forma de equalizar a disparidade com que mulheres e homens são absorvidos pelo capital, atribuindo a escassez de emprego ou mesmo a falta de inserção da mulher como força de trabalho a uma condição de nível de educação, camufla os interesses de produção e reprodução do capital, assim como caracteriza

a ideia de um exército industrial de reserva a fim de atender as oscilações de absorção de mão de obra do capital, bem como de baratear a força de trabalho feminina.

Nesse sentido, considerando a relevância da discussão do fenômeno em tela, no tópico seguinte, faremos uma análise do surgimento das políticas públicas de combate e prevenção à prática de violência em função de gênero no Brasil.

## **A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO COMBATE E PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL**

No Brasil as primeiras implementações de políticas públicas destinadas ao enfrentamento à violência contra a mulher datam de 1985, quando são inauguradas as primeiras delegacias de Defesa da Mulher e criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), por meio da Lei 7.353 (BRASIL, 1985). Após um ano, é criada pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo a primeira Casa Abrigo para mulheres em situação de risco de morte. Tais ações foram, durante anos, o eixo central de atuação do Estado voltadas a esse segmento.

De 1985 a 2002, a ação do Estado no tocante a essa problemática gravitou entre a segurança pública e a assistência social na oferta de delegacias especializadas no atendimento à mulher e com a criação das Casas Abrigo.

Em 2002, teremos a criação do Programa Nacional de Combate à Violência contra a Mulher, gerenciado pela Secretaria de Estado de Direitos da Mulher, vinculado ao Ministério da Justiça, que tem como diretriz o atendimento à mulher voltado para a segurança pública e assistência social. Há também a elaboração da norma técnica para prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual, desenvolvida pelo Ministério da Saúde, que passou a garantir o atendimento às mulheres vítimas de violência sexual nos serviços de saúde, possibilitando o acesso imediato a adolescentes e/ou mulher nos cuidados à saúde na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, bem como numa gravidez indesejada.

Mas é em 2003, com a promulgação da Lei 10.778 (BRASIL, 2003), que foi instituída a notificação compulsória dos casos de violência contra mulher atendida nos serviços de saúde, seja ele público ou privado. E a criação da Secretaria de Políticas para mulheres ganhará maior força com sua ampliação e investimento na promoção de serviços, como o Centro de Referência de Atendimento às Mulheres, as Defensorias da Mulher, os Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor, as Promotorias Especializadas, além da construção de redes de atendimento às mulheres em situação de violência.

O Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, em agosto de 2007, incorpora na agenda do Estado estratégias de integração entre os governos federal, estadual e municipal, no que tange às ações de enfrentamento à violência contra a mulher e na descentralização das políticas públicas concernentes ao problema, que se dá por meio de um acordo federativo, tendo como base a transversalidade de gênero.

No que tange à Lei Maria da Penha, de nº 11.340, sancionada em 07 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006), representa um marco na sociedade, visto que, além de definir o que é violência, cria mecanismos próprios para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, os quais consistem em promover a criação de juzizados de violência doméstica e familiar contra mulher. Até então, que os casos eram tratados pelos juzizados especiais criminais, que consideravam esse crime de menor potencial ofensivo, fator que levava a um abrandamento da pena, normalmente cumpridas com cestas básicas ou prestação de serviço comunitário. Com a criação da lei, tais práticas passaram a ser proibidas.

Vale ressaltar que a lei que institui o crime de feminicídio, lei 13.104 (BRASIL, 2015), alterou o Código Penal Brasileiro, incluindo mais uma modalidade de homicídio qualificado: o crime praticado contra a mulher em razão de condição de sexo feminino.

Frente ao que foi exposto, no tópico seguinte trataremos de como a legislação nacional concernente a violência contra mulher se insere no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando a importância desse dispositivo e o lapso temporal para a sua vigência.

## **DA CRIAÇÃO DA LEI 11.340/06 COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA**

No que tange à legislação nacional, importa assinalar o lapso temporal no Brasil para incorporação de uma legislação específica no combate a violência contra a mulher, além de mecanismos para esse fim. Isso só ocorreu em 1998, após uma petição produzida pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), em parceria com Maria da Penha Maia, referente ao caso de violência por ela sofrido, uma vez que, decorridos quinze anos, ainda não havia uma sentença condenatória emitida pelos Tribunais Brasileiros.

Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio e foi vítima de graves violências perpetradas por seu companheiro, Marco Antônio Herédia Viveiros. A primeira delas, em 29 de maio de 1983, quando simula um assalto e faz uso de uma espingarda para atirar em suas costas, enquanto dormia. Após essa tentativa, Maria da Penha ficou internada por quatro meses e retornou ao lar, paraplégica e submetida a um completo isolamento. Foi nesse contexto que ocorreu a segunda tentativa: seu companheiro sabendo de suas limitações, tentou matá-la com uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. O fato narrado demonstra que “A morte de mulheres por seus companheiros, pais, namorados, conhecidos ou desconhecidos encontra uma raiz comum na subordinação e opressão que elas ocupam na hierarquia dos papéis sociais” (BARUFALDI et al., 2017, p. 2935).

A denúncia de Maria da Penha aos órgãos internacionais evidenciava a omissão e a negligência do Brasil no que se refere à violência contra a mulher, haja vista que, apesar de ratificar e promulgar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, não haviam sido criados mecanismos para coibir esse tipo de violação aos direitos humanos. O autor dos crimes só veio a ser responsabilizado em 2001, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que lhe impôs uma série de medidas.

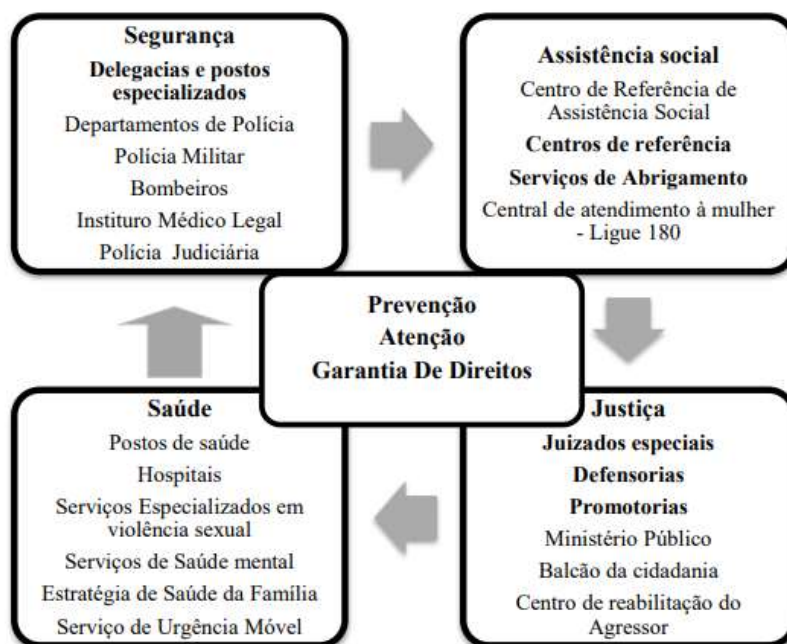
Como antecessor da lei que versa sobre a Violência contra a Mulher, temos alguns dispositivos legislativos, entre eles, a Lei 10.455 de 2002, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099 a previsão de medida cautelar no âmbito penal, nos casos de violência doméstica, impondo o afastamento do agressor do lar conjugal. Em 2004, é criado um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, previsto na Lei 10.886, artigo 129 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 2004), devido ao qual também há o aumento na pena de três a seis meses de detenção ao agressor.

Tendo como objetivo discutir a elaboração de uma proposta de medida legislativa e de outros mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher, é criado, em 2004, o Grupo de Trabalho Interministerial. Após uma série de audiências no âmbito regional e nacional, bem como no Congresso Nacional, temos a aprovação da Lei de nº 11.340 (BRASIL, 2006), que irá tratar da violência doméstica e familiar contra a mulher, comumente conhecida como Lei Maria da Penha.



Importa assinalar que o atendimento à mulher vítima de violência envolve a articulação de diversos atores, entre eles: a segurança, assistência social, saúde e justiça, partindo da concepção de que a rede de atendimento à mulher vítima de violência deve ter como norte uma “Atuação articulada entre as instituições/ serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção; e de políticas que garantam o empoderamento das mulheres e seus direitos” (MARQUES; CARVALHO; NOGUEIRA JÚNIOR, 2018, p. 21). O fluxograma abaixo demonstra como deve ser o trabalho em conjunto desses diferentes órgãos.

**Imagem 1** – Fluxograma de atuação de diferentes órgãos



Fonte: Pereira, 2018

Considera-se, assim, que “A prevenção e o enfrentamento da violência contra a mulher passam necessariamente pela redução das desigualdades de gênero e requerem o engajamento de diferentes setores da sociedade”. (GARCIA, 2016, p. 02). Desse modo, as diferentes esferas públicas e/ou privadas somam esforços para fazer valer o direito previsto a todo ser humano, que é o de liberdade, respeito e dignidade humana. Neste artigo, particularmente, se expressa o direito humano de toda mulher de viver em condições de igualdade e não sofrer nenhum tipo de violência em razão de gênero.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Leva-se em consideração, no presente artigo, a construção histórica desvirtuada da figura da mulher, edificada a partir de uma visão machista e preconceituosa, que ao longo dos anos gerou círculos de violência contra o gênero feminino.

Tal concepção contribuiu para que o Estado fosse omissivo à problemática da violência contra a mulher, incorporando no seu ordenamento jurídico a Lei Maria da Penha, de nº 11.340 (BRASIL, 2006), após um longo período de silêncio e aceitação, o que contribuiu para uma série de arbitrariedades contra a mulher, configurando numa verdadeira violação aos direitos humanos.

Apesar da existência de legislação e de políticas públicas voltadas à proteção do gênero feminino, compreende-se que a ausência de conscientização sobre o crime imputado de nada

contribuirá para a sua erradicação, haja vista que fomos marcados por uma sociedade machista e preconceituosa; prova disso é o número cada vez crescente de mulheres que tiveram sua vida ceifada por companheiros que não reconheciam nelas o sujeito de direito e sim um objeto disposto atender seus anseios e devaneios.

Assim, todas as formas de violência e opressão ao gênero humano, são uma violação aos Direitos Humanos, um direito fundamental, preconizado pela carta magna de 1988 e seus antecessores. Tal direito é banalizado e desvirtuado por não se compreender que os direitos humanos são o sinônimo de um direito a todos os seres humanos. Essa condição humana, independentemente de fatores externos, os torna únicos e iguais entre si.

## REFERÊNCIAS

BARUFALDI, L. A. et al. **Violência de gênero**: comparação da mortalidade por agressão em mulheres com e sem notificação prévia de violência. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2017.v22n9/2929-2938/pt>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Lei no 7.353**, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM – e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7353.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 9.099**, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm#art69p](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm#art69p). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 10.455**, de 13 de maio de 2002. Modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10455.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 10.778**, de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 10.886**, de 17 de junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 13.104**, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher**. Disponível em: [http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica\\_nacional](http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica_nacional). Acesso em: 20 mai. 2019.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CADEMARTORI, L. H. U.; GRUBBA, L. S. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, dez. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 20 mai. 2019.

GARCIA, L. P. A magnitude invisível da violência contra a mulher. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, v. 25, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: [http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-49742016000300451](http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000300451). Acesso em: 25 mai. 2019.

MARQUES, V. T.; CARVALHO, G. B. V. de; NOGUEIRA JÚNIOR, G. R. Políticas públicas e violência doméstica: reflexões sobre programas para agressores - o ciclo da violência em questão. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 599-627, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1928>. Acesso em: 25 mai. 2019.

PEREIRA, T. da S. **Violência contra a mulher: uma análise das políticas públicas de proteção à mulher no município de Maceió**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas) - Centro Universitário Tiradentes UNIT/AL, Maceió – AL.

SAFFIOTI, H. I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**; prefácio de Antônio Cândido de Mello e Souza. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004 (Coleção Brasil Urgente).

SOUSA, A. R. de. Violência conjugal: discurso de mulheres e homens envolvidos em processo criminal. **Escola Anna Nery**, Salvador, v. 22, n. 1, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/ean/v22n1/pt\\_1414-8145-ean-2177-9465-EAN-2017-0108.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ean/v22n1/pt_1414-8145-ean-2177-9465-EAN-2017-0108.pdf) Acesso em: 25 mai. 2019.

SPIELER, P; MELO, C. C.; CUNHA, J. R. et al. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: FGV – Direito – Rio. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direitos\\_humanos\\_2014-2\\_aluno.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direitos_humanos_2014-2_aluno.pdf). Acesso em: 23 mai. 2019.

## A MULHER ENCARCERADA É TRIPLAMENTE DISCRIMINADA

**Josiane Pantoja Ferreira**

Mestra em Planejamento e Políticas Públicas (UECE). Técnica em Assunto Educacionais (UNIFAP).

**Maria Helena de Paula Frota**

Doutora em Sociologia (UFAL). Professora (UECE).

### INTRODUÇÃO

O Brasil apresenta 42.355 mulheres privadas de liberdade, e o sistema penitenciário disponibiliza 27.029 vagas, apresentando assim um déficit de 15.326 vagas. O Brasil tem a quarta maior população de mulheres presas no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia. Ao levar em consideração “(...) à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figura na terceira posição entre os países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia” (DEPEN-MJ, 2017, p. 13).

O número de mulheres encarceradas vem aumentando vertiginosamente, sendo diariamente noticiado nos meios de comunicações, logo devemos olhar para esse fato, pois historicamente as pessoas encarceradas de alguma forma são marginalizadas e rotuladas pela sociedade.

Para amenizar essa estigmatização estudos enfocando as penitenciárias e a educação prisional, são fundamentais, pois contribuem disseminando informação com intuito de que os governantes e a sociedade percebam que as pessoas que habitam o sistema carcerário brasileiro são frutos das injustiças sociais que assolam esse país. Desse modo, as políticas educacionais são imprescindíveis, uma vez que por meio da educação, a mulher presa terá a possibilidade de deixar a prisão com a perspectiva de uma vida melhor e longe da criminalidade.

Dessa maneira, a finalidade da pena será além da punição, proporcionar um tratamento digno, onde a mulher encarcerada tenha no futuro uma vida fundada na responsabilidade social, sem ações criminosas, para isso, é fundamental respeitar suas particularidades e oferecer uma educação capaz de ampliar seus horizontes.

### A MULHER ENCARCERADA É TRIPLAMENTE EXECRADA

O gênero ainda define espaços sociais, segundo Freire, 2007, p.18 “(...) o sexo com que cheguei ao mundo não pode ser esquecido na análise do que faço, do que penso, do que digo”. As transformações são inevitáveis, as mulheres, no contexto atual desempenham inúmeras atividades que perpassam pela economia, política, intelectualidade, ou seja, por todas as esferas da sociedade, antes reservada somente aos homens.

As reflexões sobre o papel da mulher na sociedade são fundamentais para entender como a construção social vem dando a mulher um papel secundário, pois ao estudar as relações de gênero verifica-se que é por meio dele que ocorre a primeira relação de poder, “A diferenciação sexual foi concebida em termos de dominação e de controle de mulheres” (FROTA, 2004, p. 29).

De acordo com Del Priore (1988, p.19) A mulher ao longo da história é fruto de estereótipos que pregam que ela deve ser submissa, recatada, delicada e frágil, que sua função é

cuidar da educação dos filhos, da casa, do marido, “Elas têm uma casa a governar, um marido a fazer feliz e filhos que educar na virtude”. Essa representação da mulher de elite que é reclusa materialmente e submissa sexualmente, se contrapõe as mulheres populares.

As mulheres de classe subalterna, deslocada, portanto da fantasia da pureza e da delicadeza, eram empurradas devidos às precárias condições materiais de vida a lutarem pela sobrevivência. “Eram mulheres que trabalhavam e muito, em sua maioria não eram formalmente casadas, brigavam na rua, pronunciavam palavrões, fugindo, em grande escala, aos estereótipos atribuídos ao sexo frágil” (SOIHET 2004, p.167 apud MOURA 2005, 16).

As mulheres populares, na visão de Soihet representam grande parte das mulheres que cumprem pena restritiva de liberdade, uma vez que a reclusa não se enquadra nesse perfil de mulher pura, recada, delicada, inofensiva e do lar. O ambiente prisional foi edificado para punir quem transgredir as leis civis e eclesiásticas.

Segundo Onofre (2007),

Os presos fazem parte da população dos empobrecidos, produzidos por modelos econômicos excludentes e privados de seus direitos fundamentais de vida. Ideologicamente, como os “pobres”, são jogados em um conflito entre as necessidades básicas vitais e os centros de poder e decisão que as negam. São, com certeza, produtos da segregação e do desajuste social, da miséria e das drogas, do egoísmo e da perda de valores humanitários. Pela condição de presos, seus lugares na pirâmide social são reduzidos à categoria de “marginais”, “bandidos”, duplamente excluídos, massacrados, odiados. (ONOFRE, 2007, p. 12)

Esse contexto nos faz refletir a respeito da condição histórica e social das mulheres encarceradas, pois a exclusão começa antes da mulher entrar no sistema carcerário, logo, as mulheres em privação de liberdade sofrem os impactos da tripla exclusão, primeiro por serem das camadas populares da sociedade e não terem seus direitos garantidos, segundo por estarem presas e terceiro por serem mulheres (discriminação de gênero). Discriminação essa que vai reverberar, também, no cárcere, pois

Historicamente, a ótica masculina tem se potencializado no contexto prisional, com reprodução de serviços penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o universo das mulheres, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. (DEPEN, 2015, p. 5)

Portanto, é notório, que apesar da crescente presença das mulheres nas penitenciárias, elas são tratadas de forma diferenciada, como se o objetivo da prisão para as mulheres fosse o de culpabilizar, humilhar e assim tentar moldar suas atitudes tentando encaixá-las no perfil de mulher dócil e gentil, ao fazer isso o Estado nega a realidade biopsicossocial dessas mulheres, e acaba contribuindo para que as mulheres encarceradas sejam triplamente discriminadas. As internas precisam ter suas individualidades respeitadas, para isso é necessário a criação e implementação de políticas públicas, e a participação da sociedade na luta para que as mulheres presas deixem de ser invisíveis e passem a ser reconhecidas como mulheres portadoras de direitos e assim, se livrem dessa realidade perversa que lhe furta direito e autonomia.

## **PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

O método utilizado para a concretização desse estudo científico foi o dialético, de acordo com Gil (2008), ele possibilita uma compreensão dinâmica da realidade, ao considerar os fatores econômicos, políticos, ou seja, o contexto histórico e social. A pesquisa seguiu as seguintes etapas:

pesquisa bibliográfica do objeto de estudo; visita de campo e observação. Os instrumentos e as técnicas para coleta de dados foram: questionários; análise documental e grupo focal.

A abordagem qualitativa será empregada, por proporcionar por meio das respostas aos questionários e grupos focais verificar por meio das discussões dos grupos focais e das respostas ao questionário, como o ensino ofertado na Escola Estadual São José, influência o processo de ressocialização das internas, uma vez que esse tipo de abordagem possibilita a compreensão de fenômenos sociais. Nesta perspectiva (Godoy, 1995, p. 21 apud Souza, 2012, p.51) diz que “a pesquisa qualitativa ocupa um reconhecido lugar entre as várias possibilidades de se estudar os fenômenos que envolvem os seres humanos e suas intrincadas relações sociais, estabelecidas em diversos ambientes”.

O estudo foi construído com pesquisa bibliográfica em jornais, livros, dissertações, artigos e outros. Tais estudos foram imprescindíveis para conhecer melhor o ambiente a ser estudado. A bibliografia atinente ao assunto abordado, "(...) oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente". Constituindo assim, base para o trabalho que está sendo desenvolvido e apontando novos rumos a se trilhar (MANZO, 1971, p. 32 APUD LAKATOS; MARCONI, 2012, p.51)

Nesse sentido, Lakatos; Marconi (2012, p.51) relatam que: “a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mais propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”.

Com o intuito de verificar a rotina do estabelecimento prisional foi realizada a observação não participante, segundo Lakatos, Marconi (2003, p. 193), essa técnica “Presencia o fato, mas não participa dele; não se deixa envolver pelas situações; faz mais o papel de espectador. Isso, porém não quer dizer que a observação não seja consciente, dirigida, ordenada para um fim determinado”.

O questionário foi um dos instrumentos de coleta de dados, por minimizar a possibilidade de distorção, pela não influência do pesquisador, por dar maior liberdade nas respostas, em virtude do anonimato (LAKATOS; MARCONI, 2003).

O grupo focal é a reunião de pessoas que convivem em uma situação em comum, essa metodologia é utilizada por estimular a participação dos envolvidos, favorecendo o relato de vivências pessoais e a troca de experiências, essa é uma metodologia qualitativa de caráter subjetivo (DEBUS, 1997).

O grupo focal buscou por meio das respostas aos questionamentos saber quais os sentimentos, pensamentos e representações dos indivíduos sobre determinado assunto, no caso em tela, da oferta da educação no ambiente prisional e a influência na vida da pessoa encarcerada ao retornar para a sociedade (BAUER, GASKEL, 2002).

O questionário foi aplicado às presas que não estudam. A única exigência para a aplicação dos questionários para as mulheres encarceradas era de que não estivessem estudando, quem aplicou esse questionário e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE foi a Assistente Social da Penitenciária Feminina, juntamente com os educadores sociais. Deixamos com ela em um dia e no outro fomos buscar, responderam ao questionário somente 26 mulheres presas. Na discussão da pesquisa denominamos os sujeitos de Q1, Q2... Q26.

Para saber qual a concepção das mulheres egressas a respeito da educação, foi aplicado o questionário para as mulheres que estão em regime domiciliar aberto que vão mensalmente a Vara de Execuções Penais – VEP, justificar suas atividades e atualizar seu endereço e

documentos. O critério para participar era ter estudado na Escola Estadual São José. Aplicamos os questionários no período de duas semanas, com pretensão de fazer um recorte dos três últimos anos das egressas da penitenciária, devido à falta de dados tanto do IAPEN como da VEP, não foi possível.

A aplicação do questionário ocorreu da seguinte forma: na medida em que as mulheres chegavam a VEP, nos apresentávamos, perguntávamos seu nome e se tinha estudado na EESJ. Se a resposta fosse positiva prosseguíamos explicando a finalidade da pesquisa e perguntávamos se gostaria de participar. Se respondesse sim, entregávamos o TCLE juntamente com o questionário para leitura e assinatura e posteriormente responder o questionário. Realizamos este procedimento com todas as participantes. Na entrega dos questionários ou quando a mulher egressa informava que não estudou na EESJ agradecíamos sua atenção e informávamos que esse era o critério para participar do estudo. As respostas dos questionários das mulheres egressas na discussão da pesquisa foram identificadas como QE1, QE2.... QE12.

O grupo focal ocorreu em data previamente agendada com a direção da escola e a coordenadora da COPEF. Participaram do grupo somente as mulheres encarceradas que estudam. Foram realizados dois grupos focais, um pelo turno da manhã, que contou com 4 (quatro) participante e o outro com 7 (sete) integrantes. Na discussão dos dados denominamos GF1 manhã, e GF2 tarde.

Esse artigo é oriundo de um recorte realizado na dissertação de Mestrado da Universidade Estadual do Ceará, intitulada, EDUCAÇÃO ENTRE MUROS E GRADES: ESTUDO REALIZADO NA “PENITENCIÁRIA FEMININA DO ESTADO DO AMAPÁ”, que teve seu projeto encaminhado ao Comitê de Ética e Pesquisa da Universidade Federal do Amapá-UNIFAP, tendo sido aprovado por meio do parecer: 3.271.452.

## **VISÃO DE EDUCAÇÃO NO INTERIOR DA PRISÃO: DISCUSSÃO DO GRUPO FOCAL**

A educação escolar, no ambiente prisional, tem importância fundamental no processo de ampliação de perspectivas de vida, uma vez que, segundo Serrão; Baleeiro (1999 *apud* LUZ; PEREIRA, 2014),

Abre a possibilidade de se transformar o homem anônimo, sem rosto, naquele que sabe, que pode escolher, que é sujeito participante de sua reflexão, da reflexão do mundo e de sua própria história, assumindo a sua responsabilidade de seus atos e das mudanças que fizer acontecer. Esta chave nos permite modificar a realidade, alterando o seu rumo, provocando as rupturas necessárias e aglutinando as forças que garantem a sustentação de espaços onde o novo seja buscado, construído, refletido. (SERRÃO; BALEEIRO, 1999 *apud* LUZ; PEREIRA, 2014, p.251 - 252),

A escola, além da escolarização, trabalha a formação humana buscando refletir, construir, reconstruir e viver a eterna avaliação de suas práticas educativas, buscando a melhoria da sociedade e contribuindo para que as pessoas consigam por meio da educação condições mínimas para sua sobrevivência, e assim contribuir para erradicação ou amenização de crimes. Beccaria (2005) relata que:

Finalmente, o meio mais seguro, porém mais difícil, para prevenir os delitos é aperfeiçoar a educação, assunto demasiado vasto que excede os limites que me impus. Ouso também dizer que ele está muito intimamente ligado à natureza do governo, razão para que seja sempre um campo estéril, só cultivado aqui e acolá por alguns poucos sábios, até nos mais remotos séculos da felicidade pública. (BECCARIA, 2005, p.36-37)

A educação é o poderoso antídoto contra a criminalidade, porém é carente de investimento e de implementação de políticas educacionais, na busca de poder verificar como a

educação escolar vem se materializando perguntamos: Em sua opinião o que deve melhorar na escola?

Uma aluna do GF1 sinaliza que o que deve melhorar na EESJ, é:

A estrutura do colégio não está muito boa, você está vendo né, escuro e as vezes isso é muito ruim para gente, porque tem vez que a gente não consegue ver direito no quadro, porque estão demais escuras as salas, e alguns outros meios como as vezes a gente quer fazer uma pesquisa não tem como aqui dentro, a biblioteca não tem os livros suficientes para fazer uma pesquisa boa, então eu acho que deveria melhorar sobre isso.

Nesse enfoque, o GF2 expõe:

- A falta de merenda.
- Material escolar.
- Uma quadra que a gente tem que fazer educação física, dentro da sala de aula.
- Material escola e merenda.
- Acho que a Secretaria de Educação tem que olhar mais para essa escola aqui do IAPEN.
- Olha tem dias que não tem aula, porque a sala fica assim, cheia de água, quando chove e muita goteira.

Por meio dos relatos constata-se a precariedade da escola do ambiente penitenciário, pois a estrutura é mínima, permeada por goteira, faltam lâmpadas, falta quadra poliesportiva, merenda e outros. A Resolução Nº 02 de 2010 da CEB, em seu artigo 8 assegura que o Governo é o responsável pelo fornecimento de material didático e escolar e alimentação para as pessoas que frequentam a escola (BRASIL, 2010).

A escola do ambiente carcerário enfrenta farias dificuldades, mesmo com os empecilhos as alunas permanecem frequentando, diante disso indagamos: Você está estudando por quê?

- Eu no começo era só para remir minha pena, mas hoje em dia eu já mudei o meu jeito de ver a escola, porque eu quero levar daqui um aprendizado melhor lá pra fora, porque eu não tinha e vim adquirir isso já aqui dentro do Instituto.
- Eu também no começo eu pensava assim de estudar de remir minha pena, e não queria saber nada com a vida não, mas passou um tempo depois e realmente eu pensei que isso vai servir para a gente lá fora, por mais que seja num ambiente que a gente não queira, mas isso vai servir para um lado bom e por outro melhor ainda porque isso vai garantir meu futuro daqui para frente, se realmente é isso que eu quero quando eu sair. (GF1)

A educação no primeiro momento é apontada como uma forma para remição, onde a pessoa presa ao estudar faz jus a esse instituto, que é o abatimento nos dias de sua pena em função do estudo. Porém, à medida que as alunas frequentam as aulas vão percebendo a relevância da escolarização, onde sua ida a escola vai ganhando novas significações, visto que descobrem no ensino uma apetência que não tinham, observemos as contribuições do GF2:

- Para remir minha pena, né? E para melhorar nossa situação de vida.
- Eu estudo para remir, né? e também para sair logo daqui e também para quando eu sair continuar fazendo uma faculdade lá fora, né? Não vou prometer, mas vou fazer lá fora.
- Eu meu objetivo é terminar, né?, continuar meu ensino médio, mas é... também uma ajuda o estudo para nossa remição, para quanto antes nos sai daqui, mas sobre estudo pra mim prevalece muito, porque antes, se fosse lá fora assim eu não ia terminar meu estudo, né?, mas como eu estou presa e não tenho outra função a não ser estudar eu optei pelo meu estudo e terminar, para mim esse já é o último ano e é isso, pra mim lá fora ter, entendeu ter assim., outros rumos assim como uma faculdade, porque eu sonho em fazer uma faculdade, então é isso.



- Eu, é para remir minha pena, terminar meu ensino médio e sair um pouco da cela, daquela agonia de lá de dentro.

Para esse grupo, assim como para o primeiro, a remição também é ressaltada, para uma aluna, a sala de aula representa a fuga da agonia da cela. É notório que a educação vai ganhando importância para as mulheres encarceradas, aonde, por meio do ensino, a esperança e a boniteza da vida vai brotando em seus pensamentos e se materializando na vontade de melhorar de vida, fazer uma faculdade e outros. É necessário perceber que as mulheres encarceradas que frequentam a EJA “(...) não são acidentados ocasionais que, ou gratuitamente, abandonaram a escola. Esses jovens e adultos repetem histórias longas de negação de direitos. Histórias coletivas. As mesmas de seus pais, avós, de sua raça, gênero, etnia e classe social” (ARROYO, 2015, P. 30).

Desse modo, as mulheres encarceradas, muitas vezes, são de um ambiente onde a educação não é vista como um direito social capaz de revelar uma realidade diferente do seu cotidiano cercado por mazelas. Dessa forma, é preciso ampliar a visão de educação das discentes encarceradas, para que elas enxerguem que a educação é fundamental para o desenvolvimento humano, para conhecer a motivação das alunas perguntamos: O que lhe motiva a estudar? O GF2, disse:

- Vontade de vencer.
- Mudar, terminar o estudo, para lá na frente ser alguma coisa, ter um futuro bom.
- Se eu tivesse lá fora eu não estaria estudando, agora vou sair daqui com meu certificado.
- Mostrar para sociedade que a gente não é um lixo. Porque tem muitos que nos trata como lixo, que acham que a gente está nesse lugar aqui, a gente não está fazendo nada e tem muitos que vencem, estando nesse lugar.

A vontade de vencer, a busca pelo certificado e o anseio para mostrar para a sociedade que as pessoas encarceradas têm o seu valor, que são seres humanos, que tem seus direitos negados historicamente e que não foi somente o delito que cometeram que as exclui da sociedade, não é só isso, tem toda uma conjuntura histórica e social que aos longos dos anos vem se reproduzindo e contribuindo para que o grupo de mulheres pobres, negras e sem educação, vá para o ambiente prisional, e a mulher ao ficar privada de liberdade, não encontra amparo nem nas políticas públicas e nem na sociedade. Vejamos o relato da mulher presa do GF2,

E porque para a sociedade na verdade, a gente entendeu., a gente não vale nada, a gente é um zé ninguém, então, precisamos estudar, para quando a gente chegar lá fora a gente não seja mais discriminada do que a gente é, porque para sociedade a gente, é entendeu., é um bicho de sete cabeça, então o estudo prevalece nesse lado para mim, por esse lado, para mim para minhas colegas que estão aqui estudando, entendeu., é isso.

Por meio da educação, a mulher encarcerada, invisibilizada, por não fazer parte da elite da sua sociedade, por viver até mesmo antes da sua prisão, a margem dos direitos sociais, a mulher encontra na escola da prisão a esperança de que ao sair da penitenciária possa se tornar alguém, detentora de direito, para que assim não seja mais discriminada do que já é. A trajetória das mulheres encarceradas deve ser lida e propalada na dimensão de que são trajetórias de direitos negados historicamente. Diante desse panorama de discriminação e negativas de direitos arguimos: você acha que frequentar a escola na penitenciária vai contribuir em seu processo de reintegração social? Por quê? O GF1, respondeu:

- Pelo menos eu aprendi muita coisa aqui dentro, e a escola me mudou muito, porque quando eu cheguei aqui eu era uma pessoa totalmente e.., e hoje em dia, eu já vejo é.. outro jeito eu tenho outros pensamentos daqui, se Deus quiser quando eu sair eu já vou terminar aqui dentro e quando eu sair daqui eu só pretendo fazer uma faculdade e mudar minha vida, do que eu quero porque aquela vida que eu vivia eu não quero mais não.

- Eu estou focando totalmente nos meus estudos, hoje em dia eu cada dia que passa eu me dedico mais a escola

A escolarização das mulheres com restrição de liberdade possibilita o reconhecimento de sua condição humana e a elevação de sua autoestima, a educação, deveria ou deve auxiliar a mulher presa a exercer a cidadania, possibilitando sua reinserção na sociedade e no mundo. A educação é o instrumento de aquisição e produção de conhecimento que possibilita a formação de uma consciência crítica sobre as condições de vida em que se encontram as pessoas.

## **EDUCAÇÃO NA PERCEPÇÃO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE, QUE NÃO ESTUDA**

A trajetória de vida das mulheres encarceradas vai sendo construída nas experiências sociais. Nessas vivências muitas pessoas acabam por entender que sua situação de vulnerabilidade social também é produzida e escamoteada pelo Estado, as formas de opressão e de invisibilidade dos sujeitos são muito sutis, Foucault (2018) relata que as massas

(...) sabem perfeitamente, claramente, muito melhor que eles; e elas dizem muito bem. Mas existe um sistema de poder que barra proíbe, invalida esse discurso esse saber. Poder que não se encontra somente nas instâncias superiores da censura, mas que penetra muito profundamente, muito sutilmente em toda a trama da sociedade. (FOUCAULT, 2018, p. 131)

Nesse sentido, a resposta do Q26 elucidada que a mulher presa tem consciência da inoperância do Estado em atender os anseios das camadas populares, vejamos:

Se a atividade é considerada ilícita pela sociedade e pelo Estado é porque o sistema tem deixado as pessoas agirem por falta de apoio e orientação, porque muitos se esforçam, fazem de tudo, mas mesmo assim o Governo e o sistema não se importam.

Essa resposta é fruto do seguinte questionamento: Como e porque você entrou nessa atividade considerada ilícita pela sociedade e pelo Estado? Essa narrativa revela que a mulher aprisionada tem consciência de que o próprio sistema não é capaz de oferecer condições de sobrevivência e que por isso algumas pessoas são levadas para a criminalidade. Observemos as demais narrativas:

Q4 - Tudo começou depois que perdi um bebê e logo em seguida o acidente do meu marido, tenho um filho de 03 anos, meu marido acidentado, meu filho me pedia comida e eu não tinha de onde tirar, faltava comida, faltava remédio para ambos, meu filho tem uma seria alergia, procurei trabalho e não me davam, foi quando me envolvi com o tráfico.

Q12 - Por falta de oportunidade de um emprego e dificuldades financeiras.

Q10- Porque eu me viciiei na droga e através do vicio comecei a roubar e fazer coisas ilícitas.

Q9 – Meu filho caiu da cama e foi para o hospital, aí sem ter dinheiro, resolvi pegar a droga para vender.

Q7- Por falta de trabalho e porque vi que ganhava dinheiro rápido.

Q6 – Pelo fato de passar necessidade, e pelo dinheiro.

Q5- Pela necessidade que estávamos passando, e pelo dinheiro.

Q2- Entrei nessa vida pela falta de emprego digno e pelas companhias erradas que andava.

Q1- Necessidades, meu marido foi preso e eu tenho meus filhos pequenos, e tinha que sustentar, não encontrei trabalho e não aguentava ver meus filhos passarem fome, no total são 6 (seis).

Essas falas evidenciam que os ilícitos praticados pelas mulheres encarceradas se apresentam majoritariamente como uma forma de conseguir recursos financeiros para suprir suas necessidades, devido ao desemprego estrutural que faz com que muitas mulheres entrem para o mundo do tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o tráfico de drogas deixa de ser somente uma infração da legislação e passa a ser percebido pelas mulheres privadas de liberdade “(...) como uma forma de oportunidade de trabalho, capaz de possibilitar, de alguma forma, a superação da difícil situação financeira que afeta não só suas próprias vidas, mas também do grupo familiar” (MOURA, 2005, P 54).

Os fatores econômicos, políticos e culturais, influenciam as trajetórias de vida das mulheres encarceradas, principalmente, escola e trabalho, tanto é que quando foram presas somente 4 (quatro) estudavam, 9 (nove) trabalhavam, 4 (quatro) estudava e trabalhava, 9 (nove) não estudava nem trabalhava. Desses dados é possível depreender que as mulheres encarceradas do Amapá laboravam em condições precárias, geralmente na informalidade, nesse questionamento fica cristalino que somente 8 (oito) mulheres estudavam antes da prisão. Dessa forma, a baixa escolaridade e a precariedade das suas ocupações, reflete na sua forma de ver e agir na sociedade, pois Chauí (1993, p.8) relata que “a história não é sucessão de fatos no tempo, não é progresso das ideias, mas o modo como homens determinados em condições determinadas criam os meios e as formas de sua existência social, (...)”.

É sabido, conforme os relatórios do DEPEN (2017), que 75% da população carcerária não possuem o ensino fundamental completo, sendo o grau de escolaridade baixíssimo, nesse sentido indagamos as mulheres encarceradas: Se você tivesse tido oportunidade de estudar você teria entrado para o tráfico de drogas, ou cometido o crime que lhe trouxe a prisão? 92% das mulheres presas responderam que não. O que revela que a educação contribui para que as pessoas busquem outras formas de viver que não seja a do crime. Mesmo tendo o direito a educação negado na sociedade extramuros, 92% das mulheres privadas de liberdade consideram importante uma escola dentro do complexo penitenciário amapaense.

Em seguida interrogamos: Você acha que as mulheres encarceradas que estudam poderão ter um futuro melhor? 96% responderam que sim, que o ensino no ambiente prisional pode contribuir com quem estuda. Em seguida foi questionado: Você não está estudando por quê? 3 (três) mulheres já concluíram o Ensino Médio, 3 (três) não se adaptaram na escola, 5 (cinco) não gostam da escola, 10 (dez) não tinha mais vaga e 5 (cinco) trabalham durante o dia.

Desse panorama, é compreensível que no mínimo 15 mulheres encarceradas estão tendo o seu direito a escolarização desrespeitado, pois informaram que não estão frequentando por falta de vaga, e outras porque trabalham durante o dia. A Escola Estadual São José só funciona nos turnos manhã e tarde. A falta de oferta de ensino noturno reduz o número de alunas atendidas e retira a oportunidade de educação de quem trabalha durante o dia e deseja estudar. Nesse sentido, Julião (2009, p. 64) corrobora falando que é preciso a criação de uma diretriz nacional que articule o direito à educação e ao trabalho, pois: “nas unidades onde tem vaga para trabalho, há grande evasão com relação à escola porque procuram o trabalho em detrimento da escola. Não existe articulação que compreenda que esse indivíduo deve estudar e também trabalhar”.

Quanto às mulheres privadas de liberdade que informaram que não gostam da escola e que não se adaptaram é possível que seja devido à falta de professores e a desmotivação de continuar frequentando a escola da prisão, pois as 6 (seis) mulheres presas que responderam ao seguinte questionamento: Se você estudava na escola da penitenciária parou de frequentar por quê? Marcaram a falta de docentes e a desmotivação, essas informações coadunam com as do grupo focal onde as alunas informam que o incentivo principalmente do educador é fundamental no prosseguimento dos estudos.

As mulheres que cumprem pena privativa de liberdade foram unânimes em dizer que a escola na penitenciária poderá contribuir com sua reintegração social. Ao serem perguntadas por quê? Informaram:

Q17 – Porque eu iria concluir meus estudos e iria ser mais inteligente, iria ter oportunidade de chegar a lugares na sociedade e saber me expressar.

Q12 – Porque quando eu sair desse lugar seria melhor para enfrentar o mercado de trabalho. Só aqui me dei conta que não somos nada sem o estudo.

Q18 – sim, para muitas mulheres sim, porque muitas não estudavam antes de estar aqui. Eu sou uma dessas mulheres.

Q4 – Porque é uma oportunidade que muitas não tiveram, por esse motivo se envolveram com algum crime.

Q2 – Para quem quer mudança na forma de viver sim, pois uma vida melhor lá fora e por meio da educação e de uma profissão.

Q25 – Porque em qualquer lugar que tenha um professor e uma escola, contribui com qualquer reintegração social.

Q24 – Porque é sempre bom estudar, quanto mais aprendemos melhor.

Q13 – Porque vou aprender coisas importantes, tanto pessoal como social, aprender a me tornar uma pessoa bem informada, educada e ter mais facilidade na comunicação com as pessoas da sociedade e ser mais informada no mercado de trabalho.

Q6 – Porque vai ajudar muito a gente na hora que estivermos lá fora.

Essas afirmativas testificam os ensinamentos de Freire (2007, p.27), que a educação muda a perspectiva de vida das pessoas e que os sonhos fazem parte da existência humana, e que a educação pode de alguma forma contribuir com a “reintegração” na sociedade, principalmente no mercado formal de trabalho. Em síntese, essas falas revelam que entre as mulheres privadas de liberdade, algumas almejam melhorar sua comunicação, desejam a aceitação social, para outras conseguirem um trabalho quando deixar a prisão, para que essas aspirações se concretizem é preciso

(...) coerência, valor tenacidade, senso de justiça, força para brigar, de todas e de todos os que a ele se entreguem é o sonho por um mundo menos feio, em que as desigualdades diminuam, em que as discriminações de raça, de sexo, de classe sejam sinais de vergonha e não de afirmação orgulhosa ou de lamentação puramente cavilosa. (FREIRE, 2007, p.27)

Desse modo, evidencia-se que o desejo das mulheres privadas de liberdade de trilharem novos rumos é indiscutível, porém é necessário que o Estado, principalmente por meio de políticas públicas crie mecanismo de incentivos para que elas alcancem o que almejam em meio a essa sociedade rugosa e arestosa.

## **A CONCEPÇÃO DE EDUCAÇÃO DAS MULHERES EGRESSAS**

Ao analisar o passado, o presente e o seu futuro longe dos muros, grades, e cadeados, as mulheres que passaram pelo cárcere amapaense, conseguem perceber os reflexos de suas ações no mundo e as ações do mundo na sua vida e até mesmo na vida de seus familiares. Indagamos as egressas: o que você aprendeu com a experiência de ter passado pela prisão, elas relataram:

QE11 - Que só quem quer o meu bem são os meus familiares.

QE2- Valorizar cada dia mais a minha vida.

QE7- Que devemos dar valor nas pequenas coisas, na família, e que tudo que vem fácil e de modo errado não vale a pena.

QE8- Valorizar o pouco que tenho e os pequenos momentos com meus familiares.

QE1- Aprendi a controlar minha raiva, pois alguns minutos de raiva pode levar a pessoa a passar anos na prisão, aprendi a dar mais carinho e atenção para meus filhos e minha família, hoje em dia eu evito qualquer tipo de confusão.

Isso demonstra que as relações familiares, ao serem rompidas, por meio do encarceramento, fazem a mulher na prisão refletir sobre a relevância dos momentos juntos com seus filhos e familiares, bem como valorizar sua vida e controlar seus impulsos, principalmente para retornarem o mais breve possível para a sociedade.

Ao deixar a prisão, uma ocupação acadêmica ou laboral é fundamental, por isso perguntamos as mulheres egressas: Você está fazendo o quê? As respostas foram as seguintes: 5 (cinco) estão estudando, 4 (quatro) trabalhando, 2 (duas) trabalhando e estudando e 1 (uma) respondeu: “em casa fazendo tapete de barbante”. Por meio dessas informações depreende-se que somente 50% das mulheres conseguiram colocação no mercado de trabalho, e que 58% estão dando continuidade no estudo.

As mulheres egressas que estudam, 7 (sete) estão cursando a educação básica, sendo 2 (duas) nas séries do ensino médio, 5 (cinco) no ensino fundamental e 1 (uma) está fazendo o curso técnico de enfermagem. Perguntamos, também você se considera reintegrada a sociedade? 8 (oito) pessoas informaram que sim, e 4 (quatro) que não, as mulheres que afirmaram que sim justificaram falando que:

QE7- Porque estou no caminho certo, estudando e trabalhando.

QE4-Eu retomei minha vida. Estou trabalhando graças a Deus.

As participantes ressaltaram a importância de estar trabalhando, estudando, o que vem reforçar a necessidade de que a educação e a oportunidade de emprego são decisivas na vida das pessoas, pois na outra ponta temos a mulher que não se sente reintegrada justamente pela discriminação que sofre por ter passado pela prisão e por não conseguir trabalho, é o que constatamos no relato abaixo:

QE1 - Porque é muito difícil para trabalhar, as pessoas quando sabem que eu sou ex presidiária não dão oportunidade de trabalho, isso é muito triste para quem tem sete filhos e paga aluguel.

O preconceito com a mulher que passou pela prisão também é citado quando indagamos: Qual a maior dificuldade que você enfrentou ao sair do sistema prisional? 10 (dez) egressas relataram a falta de emprego, 3 (três) preconceito e 1 (uma) Reconstituição dos laços familiares. A sociedade estigmatiza as mulheres que passaram pela prisão, principalmente as que não são escolarizadas e não detêm uma profissão, logo, se tornam mais indignas que antes da prisão, pois a sociedade imputa a elas características de desvalorização, por considerar que elas não possuem determinados saberes considerados valiosos como honra, idoneidade moral (GOFFMAN, 2015).

Freire (2007), em seus estudos aponta que a educação não muda as estruturas sociais injustas e carregadas de preconceito, ela muda os seres humanos, e esses transformam a sociedade, dessa forma perguntamos: Qual o significado de educação para sua vida? As mulheres egressas descrevem que:

Q10- Significa muita coisa, pois com educação eu obtenho sabedoria e respeito das pessoas.

Q12- Muito bom. Porque é através da educação que estou conseguindo caminhar aqui fora.

Q7- Necessária para poder entrar no concurso.

QE2- aprender mais e mais.

QE4- Tudo, sem educação você não é nada.

Como exposto, as mulheres egressas informam que a EESJ contribui com a sua reintegração, porém sabemos das mazelas do ambiente penitenciário, e na escola não é diferente, por isso, foi perguntado: Em sua opinião, o que a escola São José precisa melhorar? Elas informaram: 4 (quatro) infraestrutura, 2 (dois) corpo docente e 6 (seis) Recursos e materiais pedagógicos. A infraestrutura do anexo da escola EESJ na COPEF é precária, porque toda a estrutura física e recursos ficam no prédio principal, que está localizado na penitenciária masculina, o anexo da escola na penitenciária feminina é só uma sombra da sede, onde a iluminação é precária, tem inúmeras goteiras, e os recursos e materiais pedagógicos como Datashow, laboratório, sala de ciências e outros, não têm.

Além da precariedade do espaço escolar, as mulheres egressas relembram os empecilhos que enfrentavam para frequentar a EESJ, sendo que: 6 (seis) mulheres indicam a não liberação pelas agentes penitenciárias, 3 (três) revista, 5 (cinco) falta de material escolar e 3 (três) falta de professores, as respostas das egressas seguem a mesma direção das vozes das mulheres que ainda estão presas e estudam como evidenciado em suas respostas no grupo focal, revelando que as dificuldades vêm se perpetuando.

Mesmo com os empecilhos enfrentados para frequentar a escola no período da privação da liberdade é interessante registrar que as mulheres que não se sentem reintegradas na sociedade acreditam que a sua passagem pela escola no período do cárcere contribui com o seu retorno ao mundo extramuros, pois foi unanime esse posicionamento, quando perguntamos: você acredita que a educação escolar ofertada na Escola Estadual São José contribuiu com a sua ressocialização? De que forma? vejamos os depoimentos:

QE1 – com certeza, a escola é ótima, eles são pessoas boas que conversam com a gente, que falam coisas boas, como é para gente se comportar lá dentro não fazer coisas erradas, estudar para ter um futuro melhor. Eu aprendi muitas coisas boas, lá na escola mudei meu comportamento.

QE9 – Eu aprendi muita coisa que eu não sabia.

QE7 - aprendi que devemos estudar mais, adquirir conhecimento para voltar para a sociedade.

QE12- Me deu mais vontade de estudar.

QE11 – Abrindo porta para que eu possa melhorar.

Portanto, as falas se manifestam no sentido de que a escola está além do aprender a ler e escrever, pois abre a possibilidade de mudar de comportamento, melhorar de vida e adquirir conhecimentos para voltar à sociedade. Pois a educação carrega consigo o poder de oferecer subsídios para que as pessoas se comportem e se adéquem da melhor maneira possível. Essa adequação não no sentido de ser apático às problemáticas sociais, mas ter a capacidade humana de escolher, optar e entender, que cada ambiente exige um comportamento e o domínio da razão e emoção.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A prisão, não limita a mulher encarcerada de sonhar e acreditar que é possível mudar, nos discursos está o desejo de continuar a jornada escolar, conseguir um emprego, cuidar dos filhos, abrir uma empresa, fazer faculdade, ter uma profissão, ou seja, não aparece em suas falas o desejo de reincidir de voltar para a criminalidade, logo, para que as mulheres encarceradas ao sair consigam levar uma vida sem utilizar de meios ilegais é fundamental que os direitos sociais estabelecidos no art. 6 da Constituição Federal deixem de ser letra de lei morta e façam parte da

vida de milhões de brasileiros que vivem na miséria, pois todas as pessoas são sujeitos de direitos sociais.

Nos relatos das mulheres encarceradas percebemos o sonho, a esperança, a coragem, o desejo de participação e a confiança na educação, como diz Paulo Freire (2007), se a educação não pode tudo, ela pode alguma coisa. E essa alguma coisa, faz as pessoas desejarem continuar na busca pelo ensino, pois além da educação contribuir para melhoria econômica, resgata e traz autoestima, pois o sujeito começa a se expressar, conversar, a acreditar que as oportunidades e melhoria de vida vão chegar.

Concluimos, que mesmo o anexo da Escola Estadual São José funcionando sem estrutura adequada, sem material didático, recurso material e outros, as mulheres privadas de liberdade e as mulheres egressas, mesmo as que não conseguiram ainda emprego e que não estão frequentando a escola, reconhecem que a educação recebida na prisão está ajudando no seu retorno à sociedade. As injustiças sociais como: a estigmatização; falta de emprego; a falta de orientação de como continuar os estudos, bem como a falta de apoio do Estado às egressas contribui para que a luta das mulheres, pela sobrevivência na sociedade longe da criminalidade seja mais difícil, porém não impossível.

## REFERÊNCIAS

ARROYO, Miguel Gonzáles. “Educação de jovens-adultos: um campo de direitos e de responsabilidade pública” In: SOARES, L., GIOVANETTI, M. A., Gomes, N. L. (orgs.). **Diálogos na educação de jovens e adultos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

BAUER, M W.; GASKELL, G. Trad. Pedrinho Guareschi. **Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Legal Ferreira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen mulheres – junho de 2014**. Brasília. Ministério da justiça, Departamento penitenciário nacional, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2016**. Brasília. Ministério da justiça, Departamento penitenciário nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen mulheres**. 2. ed. Brasília. Ministério da justiça, Departamento penitenciário nacional, 2018.

BRASIL. Resolução CNE/CEB Nº 02 de 19 de Maio de 2010. **Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais**. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&id=14906&Itemid=866](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=14906&Itemid=866)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 36. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DEL PRIORE, Mary. **A mulher na história do Brasil**. São Paulo: Contexto, 1988.

DEBUS, M. **Manual para excelência en la investigacion mediante grupos focales**. Washington: Academy for Educational Development, 1997.

FOUCALT, Michel. **Microfísica do poder**. 7ª ed. Paz e Terra, 2018.

FREIRE, P. **Política e Educação**. 8.ed. Iduatuba-SP: Villa das Letras, 2007.

- FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 64 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- FROTA, Maria Helena de Paula. Interpretando a categoria gênero de Joan Scott. In: FROTA, Maria Helena de Paula, OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira (orgs). **Família, gênero e geração: Temas transversais**. Fortaleza: EDUECE, 2004.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LUZ, Araci Asinelli; PEREIRA, Ires Aparecida Falcade. A escola como espaço de (RE)socialização e (RE)inserção social para mulheres em privação de liberdade. In: LUZ, Araci Asinelli; PEREIRA, Ires Aparecida Falcade (orgs). **O espaço prisional: estudos, pesquisas e reflexões de práticas educativas**. Curitiba: Appris, 2014.
- MOURA, Maria Juruena de. **Mulher, tráfico de drogas e prisão**. Fortaleza: EdUECE; EDMETA, 2015.
- ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Escola da Prisão: Espaço de construção da identidade do homem aprisionado? In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano (org.). **Educação escolar entre as grades**. São Carlos: EdUFSCAR, 2007.
- SOUZA, Eudes Pavel Saraiva de. **A educação penitenciária no estado de Pernambuco: um olhar sobre o presídio professor Aníbal Bruno**. 2012. 142f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://recil.ulusofona.pt/handle/10437/4105>>. Acesso em: 29 jul. 2017.



# O RENASCIMENTO DO PARTO: A REESTRUTURAÇÃO DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA GESTANTE EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

**Juliana Frei Cunha**

Mestra em Direito (UNESP-Franca). Professora da Graduação em Direito (UNIP-São José dos Campos)

**Júlio Camargo de Azevedo**

Mestre em Direito (USP). Defensor Público no Estado de São Paulo.

## INTRODUÇÃO

A violência obstétrica apresenta-se como uma prática estrutural no Brasil e como uma espécie de violência de gênero que viola direitos fundamentais da mulher, dos nascituros e recém-nascidos. Esse problema social e de saúde germina no solo mais profundo da cultura, portanto, a despeito da existência de marcos normativos e políticas públicas destinadas a humanização do parto, estas são insuficientes quando apartadas de ações específicas para a transformação da realidade.

Preliminarmente, far-se-á uma breve contextualização sobre os nascimentos no Brasil para amparar o objetivo desse artigo que consiste em abordar a recente experiência da reestruturação da política de assistência à saúde da gestante no município de São José dos Campos/SP. A identificação e compreensão do problema brotou em 2014 como fruto da iniciativa de movimentos sociais – ÓPIS – Obstetrizes do Vale, Parto do Princípio, Roda Bebedubem e Centro Dandara de Promotoras Legais Populares - junto ao Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da Defensoria Pública Estadual (DPE).

Pautadas por perspectivas feministas, emancipatórias e de empoderamento social, essas protagonistas sociais privilegiaram a utilização de um modelo sustentável, cooperativo e extrajudicial fundamentado em uma ampla participação democrática para o enfrentamento da violência obstétrica e a humanização do parto.

Desse esforço conjunto, nasceu, em junho de 2018, o Termo de Ajustamento de Conduta nº 01/2018 por meio do qual o município comprometeu-se a cumprir as leis estaduais nº 10.241/99 a lei nº 15.759/15 que versam, respectivamente, sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde e o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde.<sup>1</sup>

## DAR À LUZ NO BRASIL

Conforme dados da Pesquisa Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento, 52% dos partos nacionais registrados são realizados por meio de cesariana o que coloca o país na posição de líder mundial em números de nascimentos cesarianos. Destaca-se que no setor privado essa proporção é bem maior atingindo 88% dos partos, já no setor público a proporção é de 46%. Segundo os pesquisadores “estima-se que, no país, quase 1 milhão de mulheres, todos os anos, são submetidas à cesariana sem indicação obstétrica adequada” (LEAL; DA GAMA, 2014, *online*). Os dados ainda revelam que 70% das entrevistadas inicialmente almejavam o parto natural, entretanto, poucas foram apoiadas em suas decisões.

---

<sup>1</sup> Matéria publicada pela Assessoria de Comunicação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo quando da assinatura do TAC. SP: Defensoria Pública firma TAC com Município para garantir assistência humanizada a gestantes e combate à violência obstétrica. (ASCOM/DPE - SP, 2018, *online*).

A cultura das cesáreas é fomentada por interesses econômicos da classe médica aliado ao despreparo profissional e a falta de informação adequada as mulheres. Essa combinação de fatores mantém no imaginário coletivo a ideia de que o parto natural é um momento de extrema dor e sofrimento e as cesarianas seriam mais cômodas e vantajosas. Porém, cesáreas são procedimentos cirúrgicos e envolvem riscos a vida da mulher e do nascituro que são amplamente abordados por pesquisas que demonstram as consequências negativas dessa via de nascimento:

A elevada percentagem de partos cesáreos representa um grande desafio para a política de saúde. Isso porque a realização indiscriminada de cesarianas envolve riscos desnecessários tanto para a mãe quanto para a criança, além de custos adicionais para o sistema de saúde. Para se ter uma ideia, mulheres submetidas a cesáreas correm 3,5 vezes mais risco de morrer (dados de 1992-2010) e têm cinco vezes mais chances de contrair uma infecção puerperal (dados de 2000-2011); sem contar a maior probabilidade de ocorrência de partos prematuros (IPEA, 2014).

Do solo da medicalização do parto e das intervenções excessivas nasce a violência obstétrica. Estima-se que 1 em cada 4 brasileiras já sofreu esse tipo de violência (VENTURI; GODINHO, 2010) cujo enfrentamento deve passar, necessariamente, pelos conceitos de interseccionalidade e racismo institucional:

“Tinha que ser! Olha aí, pobre, preta, tatuada e drogada! Isso não é eclampsia, é droga!” fala atribuída ao anestesista que foi chamado durante a madrugada (plantão de sobreaviso) para atender a uma cesárea de emergência de uma gestante adolescente com eclampsia cujo parceiro estava preso por tráfico de drogas. Maternidade Pró-Matre, Vitória-ES (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, *online*).

O racismo atinge as mulheres negras no âmbito dos atendimentos do pré-parto, parto e pós parto sujeitando-as a maiores riscos. De acordo com Fernanda Lopes (Agencia Brasil, *online*) “Mais da metade (54,1%) das mortes maternas no Brasil ocorrem entre as mulheres negras de 15 a 29 anos. A população negra feminina também tem duas vezes mais chance de morrer por causas relacionadas à gravidez, ao parto e ao pós-parto do que as mulheres brancas”.

Nesse contexto, é imperativo remontar ao conceito de interseccionalidade cunhado pela norte-americana Kiberlé Crenshaw (2002), reconhecida feminista expoente da teoria crítica da raça, que expõe as múltiplas exclusões causadas por distintos eixos de poder:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento.

No Brasil, esse conceito opera alinhado a uma história marcada por uma herança colonial e escravocrata que ainda mantém a população negra as margens da sociedade e do exercício efetivo dos direitos e garantias fundamentais. Essa mentalidade estruturou o país, de modo que:

O racismo institucional é revelado através de mecanismos e estratégias presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços. O acesso é dificultado, não por normas e regras escritas e visíveis, mas por obstáculos formais presentes nas relações sociais que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos. A ação é sempre violenta, na medida em que atinge a dignidade humana (SANTOS, 2013, p.27)

Em síntese, a transversalidade das discriminações perpetradas contra as mulheres dialoga com a cultura da cesárea e com a violência de obstétrica. Compreende-se essa como uma espécie de violência de gênero, pois direcionada aos corpos e as vidas das mulheres que encontrarão

tratamentos discriminatórios e violadores de direitos fundamentais durante o pré-parto, parto e pós-parto devido a marcadores sociais como raça e classe.

## O QUE É A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA?

Ainda não há um conceito jurídico que delinear o conteúdo violência obstétrica no país,<sup>2</sup> exigindo-se, portanto, que se recorra à esfera internacional latino-americana. Na Argentina (2009), a Lei de Proteção Integral as mulheres é o instrumento jurídico voltado a prevenção, sanção e erradicação da violência contra as mulheres nos âmbitos em que se desenvolvem suas relações pessoais. De acordo com este diploma legal, a violência obstétrica é definida como “*aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.*”

Já na Venezuela (2014), a Lei Orgânica sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência de 2014 dispõe que a violência obstétrica:

*Es la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres.*

A partir dessa definição, a lei venezuelana delinea quais os atos<sup>3</sup> executados por profissionais da saúde configuram essa espécie de violência e criminaliza as condutas impondo penas de multa e orientando que o Conselho Profissional realize o processo disciplinar.

Para compreender a violência obstétrica à luz da realidade e vivência das mulheres brasileiras, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, unidade de São José dos Campos, o Centro Dandara de Promotoras Legais Populares, ÓPIS – Obstetrias do Vale e Roda bebedubem

---

<sup>2</sup> Um dos autores deste texto, ainda em 2015, buscou conceituar a violência obstétrica em perspectiva ampla e simplificada. Neste sentido: “De uma maneira ampla, sem a menor pretensão de esgotar o tema, é possível afirmar que a violência na atenção obstétrica corresponde a qualquer ação ou omissão, culposa ou dolosa, praticada por profissionais da saúde, durante as fases pré-natal, parto, puerpério e pós-natal, ou, ainda, em casos de procedimentos abortivos autorizados, que, violando o direito à assistência médica da mulher, implique em abuso, maus-tratos ou desrespeito à autonomia feminina sobre o próprio corpo ou à liberdade de escolha acerca do processo reprodutivo que entender adequado. De uma forma simplificada, portanto, a violência obstétrica se caracteriza por qualquer intervenção institucional indevida, não informada ou abusiva, que incida sobre o corpo ou sobre o processo reprodutivo da mulher, violando sua autonomia, privacidade, informação, liberdade de escolha ou participação nas decisões tomadas” (AZEVEDO, 2019, *online*).

<sup>3</sup> “Artículo 51. Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en: 1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. En tales supuestos, el tribunal impondrá al responsable o la responsable, una multa entre doscientas cincuenta Unidades Tributarias (250 U.T.) y quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.), debiendo remitir copia certificada de la sentencia condenatoria definitivamente firme al respectivo colegio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda”(VENEZUELA,2014, *online*).

convocaram uma Audiência Pública<sup>4</sup> voltada à discussão do tema “Violência Obstétrica e a Saúde da Mulher Gestante” no início do ano de 2017.

*“Na hora de fazer não chorou e nem chamou a mãe, porque está chorando agora?”*

*“Você não sabe de nada, o Doutor aqui sou eu!”*

*“Ah pára, não vai chorar né? Ano que vem você vai estar aqui de novo!”*

As frases acima foram lidas por mulheres na plenária e, posteriormente, fixadas em um varal no auditório em um ato de ativismo do Centro Dandara de Promotoras Legais Populares de São José dos Campos. A misoginia que permeia essas expressões demonstram que trata-se de uma violência institucional e, portanto, alimentada pelas estruturas de uma sociedade patriarcal.

A violência obstétrica é composta por diversificadas condutas que abrangem desde a falta de informações adequadas e transparentes sobre a gestação e o trabalho de parto, perpassando por agressões morais e psicológicas até alcançar a violação física do corpo da mulher e do(a) nascituro(a) por meio da realização de procedimentos médicos que não contam com o prévio consentimento livre e esclarecido da parturiente.

Em um país permeado por problemas sociais, no qual a maioria da população não tem acesso a direitos básicos, a reivindicação ao direito à informação resta fragilizada, pois não há exercício pleno da cidadania. Por vezes, a violência é naturalizada e passa despercebida pelas próprias mulheres. Nádia Zanon Narchi, professora do curso de obstetrícia da Universidade de São Paulo, único curso existente no Brasil para a formação superior de Obstetizes, representou a ÓPIS – Obstetizes do Vale e enfatizou que:

[...] as próprias mulheres não percebem que são vítimas de violência obstétrica porque esta violência está naturalizada na assistência à saúde da mulher. Contudo, afirmou que a mulher não tem que ser vítima de maus tratos, não tem que ouvir palavras e expressões desagradáveis pelos profissionais de saúde, também não deveria durante o pré-natal ser induzida ou levada a realizar uma cesárea eletiva e desnecessária, também não deveria durante o parto ter sido submetida a um corte no seu períneo sem necessidade, sem seu consentimento e sem ser informada sobre o procedimento que está sendo realizado. Pontuou outras formas de violência obstétrica quando, por exemplo, as mulheres são submetidas a um apressamento de seu parto com soro (ocitocina), quando são submetidas à raspagem de pelos que há muito tempo não é mais usado, mas no Brasil ainda acontece, assim como a lavagem intestinal como preparo para o parto, visando única e exclusivamente que o profissional da saúde não tenha o desconforto de ter contato com fezes durante o parto. Também ressaltou que o parto está associado a dor se for apressado, se for utilizada medicação desnecessária como o soro (ocitocina) que acelera o trabalho de parto, se alguém colocar os dedos na vagina da mulher e reduzir este colo, apressando a dilatação do mesmo. Nádia enfatizou que este é o dia a dia da assistência obstétrica e a violência obstétrica não é a violência de um profissional, é a violência de equipes profissionais realizada contra a mulher durante o momento de pré-natal, parto e pós-parto. Acrescentou que a mulher deveria participar, ser protagonista, ter conhecimento do que está acontecendo em sua gestação e parto e deveria ser respeitada (ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2017).

As mulheres participantes da Audiência Pública contribuíram com depoimentos que expressaram variadas formas de violência obstétrica: a incipiência das informações prestadas sobre os procedimentos realizados nos serviços de saúde, seus riscos e consequências no âmbito do pré-natal, parto e pós-parto; a peregrinação em busca de médicos que realizem o procedimento do parto natural e humanizado; à obstaculização do direito ao acompanhante; o

---

<sup>4</sup> A Audiência Pública voltada à discussão do tema “Violência Obstétrica e a Saúde da Mulher Gestante” ocorreu no dia 20 de Maio de 2017 na Câmara Municipal de São José dos Campos – SP.

desrespeito ao Plano Individual de Parto e as orientações das fichas de pré-natal; a violência verbal, psicológica e física; o uso da ocitocina, da anestesia e de outros procedimentos sem prévio consentimento livre e esclarecido; a utilização da manobra de Kristeller; o uso generalizado da episiotomia; a utilização de aspiração e colírio nos bebês sem consentimento da mãe; o abandono e a discriminação das mulheres que exigem um parto humanizado; a tricotomia; a lavagem intestinal; o despreparo dos funcionários para lidar com técnicas obstétricas; a ausência de salas reservadas para os partos ou divisórias para separar as parturientes e garantir a privacidade; a relação desgastada entre médicos.

Observou-se ainda, a negativa de outros direitos básicos, tais como: a liberdade de escolha pelo parto natural; o planejamento reprodutivo e familiar; a participação na tomada de decisões; atendimento respeitoso e não vexatório.

A despeito da inexistência de uma definição legal no âmbito brasileiro, existem instrumentos legais e políticos que visam garantir e promover os direitos das gestantes, parturientes e seus/suas filhos(as) como Portarias, Instruções e Resoluções Normativas da Agência Nacional da Saúde, da Agência de Vigilância Sanitária e do Ministério da Saúde, tais como: a) o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal (Ministério da Saúde, 2004); b) o Programa de Humanização do Parto e Nascimento (Ministério da Saúde, Portaria 569/00); c) a Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão da Saúde (Ministério da Saúde, 2003); d) a RDC 36/2008 e Instrução Normativa 02/2008 – ANVISA; e) Leis Federais nº 11.108/05 (direito ao acompanhante) e 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância); f) Leis Estaduais nº 10.241/1999 e 15.759/2015. Por fim, cabe salientar que tramitam, na Câmara dos Deputados, oito projetos de lei que versam sobre a violência obstétrica nas suas mais variadas nuances<sup>5</sup>. No Senado Federal, ainda não há proposta legislativa neste sentido.

## **O Relatório “Assistência no Parto Normal: Um Guia Prático” da Organização Mundial da Saúde**

Em 1996, a OMS emitiu o relatório “Assistência no Parto Normal: Um Guia Prático” onde identificou as “condutas que são claramente úteis e que deveriam ser encorajadas”, “condutas claramente prejudiciais ou ineficazes e que deveriam ser eliminadas”, “condutas sem evidência suficiente para fomentar uma recomendação e que, deveriam ser usadas com precaução,

---

<sup>5</sup> O recorte desse artigo não perpassa pela análise das propostas legislativas, contudo, é relevante acompanhar o trâmite para compreender as perspectivas em disputa propostas pelos mais diversos partidos políticos. Para a realização da pesquisa das propostas legislativas, utilizou-se como argumento a expressão “Violência Obstétrica” e refinou-se a busca marcando o campo “Projeto de Lei” e situação em tramitação. Resultados obtidos no dia 25 de novembro de 2019 na página da Câmara dos Deputados: 1. Projeto de Lei nº 7633/2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Autoria de Jean Wyllis (PSOL/RJ); 2. Projeto de Lei nº PL 6888/2013. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Autoria de Antonio Bulhões (PRB/SP); 3. Projeto de Lei 2589/2015. Dispõe sobre a criminalização da violência obstétrica. Autoria de Marco Feliciano (PSC/SP); 4. Projeto de Lei nº 8219/2017. “Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após”. Autoria de Francisco Floriano (DEM/RJ); 5. Projeto de Lei nº 7867/2017. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. Autoria de Jô Moraes – (PCdoB/MG); 6. Projeto de Lei nº 878/2019. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Autoria de Talíria Petrone (PSOL/RJ), Áurea Carolina (PSOL/MG), Fernanda Melchionna (PSOL/RS) e outros; 7. Projeto de Lei nº 3635/2019. Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. Autoria de Carla Zambelli (PSL/SP), Alê Silva (PSL/MG), Filipe Barros (PSL/PR); 8. Projeto de Lei nº (3310/2019). Dispõe sobre o registro de som e imagem de consultas pré-natais, trabalho de parto e parto. Autoria de Lauriete (PL/ES). (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, *online*).

enquanto pesquisas adicionais não as tornarem evidentes” e “condutas frequentemente utilizadas de forma inapropriadas”. Dentre as condutas que são úteis e deveriam ser promovidas estão:

1. a elaboração de um plano pessoal que determine onde e por quem será assistido o nascimento, a realizar em conjunto com a mulher durante a gravidez, o qual deverá ser compartilhado com o seu companheiro, e se possível, com a restante família; [...] ; 3. Acompanhar o bem-estar físico e emocional da mulher ao longo do trabalho de parto e parto, assim como o desfecho do processo do nascimento; [...] ; 7. Respeitar o direito de isolamento das mulheres no local do nascimento; 8. Enfatizar o apoio dado pelos técnicos de saúde durante o trabalho de parto e parto; 9. Respeitar a escolha de companhia durante o trabalho de parto e parto; 10. Oferecer às mulheres muita informação e explicações sobre o que elas desejarem; 11. Não utilizar métodos invasivos, nem métodos farmacológicos para alívio da dor durante o trabalho de parto e parto e sim métodos como massagem e técnicas de relaxamento; [...] 15. Dar liberdade na seleção da posição e movimento durante o trabalho de parto; 16. Encorajar posição não deitada de costas no parto; [...] ; 21. Realizar precocemente contacto pele a pele, entre mãe e filho, dando apoio na iniciação de alimentação ao peito dentro de 1 hora do pós-parto, conforme diretrizes da OMS sobre alimentação ao peito [...]. (BIONASCIMENTO, *online*).

Na contramão das condutas acima, o Sistema de Saúde brasileiro ainda adota diversos procedimentos, inclusive trazidos à baila pelas participantes da Audiência Pública, considerados prejudiciais ou ineficazes pela Organização Mundial de Saúde, sendo possível citar: i) a medicalização do parto, mediante o uso desmedido de ocitocina sintética para sua aceleração; ii) a prática indiscriminada da episiotomia (corte no períneo); iii) a prática da manobra de Kristeller (pressão sobre a barriga da gestante para empurrar o bebê no momento do parto); iv) o uso da tricotomia (retirada dos pelos pubianos); v) a prática de enema (lavagem intestinal); vi) a realização rotineira de exame de toque para verificação da dilatação etc.

Considerando essa realidade, a cláusula sexta do TAC estabeleceu o dever aos compromitentes em adequar as práticas, rotinas e procedimentos às Recomendações da Organização Mundial da Saúde referentes à gestação e ao parto.

## **DA GESTAÇÃO AO NASCIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

A atuação da Defensoria Pública de São José dos Campos na defesa dos direitos da mulher gestante foi inaugurada em meados de junho de 2014, fruto de reunião promovida com os movimentos sociais ÓPIS Obstetizes do Vale, Parto do Princípio, Roda Bebedubem e Centro Dandara de Promotoras Legais Populares. Deste encontro foram extraídas três frentes iniciais de trabalho: o acompanhamento da construção do Hospital da Mulher, a fiscalização do direito ao acompanhante e a necessidade de tornar público o debate sobre a violência obstétrica no Município.

Em paralelo, foram colhidos mais de vinte depoimentos de gestantes e parturientes atendidas nas redes pública e privada de saúde local, constatando-se uma maciça violação de direitos femininos. Em 2015, a temática foi apresentada em reunião administrativa ao Poder Público, iniciando um longo processo de identificação, compreensão e negociação acerca da necessidade de reformulação da política pública de assistência às gestantes, atividade que também se pautou pela mediação do diálogo entre movimentos sociais, usuárias do serviço de saúde e a Municipalidade.

Como resultado desta etapa inaugural, foram expedidas duas recomendações administrativas pela Defensoria Pública às instituições públicas e privadas referentes à necessidade de garantia do direito ao acompanhante. Em resposta, transformações estruturais envolvendo o direito ao acompanhante foram realizadas, tais como a primeira reforma no Pronto

Socorro Obstétrico do Hospital Municipal (instalação de tapumes, cortinas etc.), além do aditamento dos contratos de prestação de serviço de saúde por entidades particulares, condicionando o repasse de verbas públicas à garantia do cumprimento do direito ao acompanhante.

No dia 20 de maio de 2017, tendo por local à Câmara Municipal de São José dos Campos/SP, realizou-se a Audiência Pública “Violência Obstétrica e a Saúde da Mulher Gestante”, a qual contou com a participação da Secretaria Municipal de Saúde, do Conselho Municipal de Saúde, do Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública, além de médicos, obstetrias, doulas e representantes da sociedade civil, totalizando um público de 130 pessoas presentes.

Na ocasião, foram colhidos outros dezenove depoimentos, apontando-se diversas violações aos direitos de gestantes e parturientes ocorridas no Município. Nas sucessivas reuniões administrativas travadas com o Poder Público e os movimentos sociais, foi traçada uma linha de atuação extrajudicial voltada a solucionar os pontos da política pública que mais careciam de adequação normativa. Ao todo, seis foram os eixos trabalhados: 1) humanização do atendimento; 2) direito à informação adequada; 3) direito ao acompanhante; 4) autonomia da mulher gestante; 5) dever de justificação por escrito das práticas interventivas; 6) dever de adequação das práticas e procedimentos às orientações normativas da OMS, Ministério da Saúde e legislações internas. Cada eixo visou atacar um problema identificado durante a gestação do TAC, quais sejam: 1) desumanização do atendimento; 2) falta de informação adequada; 3) desrespeito à presença do acompanhante; 4) violação à autonomia da mulher; 5) práticas médicas abusivas e inadequadas.

No início de 2018, em parceria com a entidade Roda Bebedubem, a Defensoria Pública de São José dos Campos sediou a visita da Deputada Federal do Parlamento belga Anne Dedry, líder internacional na defesa do cuidado materno infantil, além de duas representantes da organização belga “De Bakermat - Centro de Especialização para Cuidados de Maternidade”, oportunizando uma vasta troca de experiências nos caminhos resolutivos envolvendo o combate à violência obstétrica e a luta pelo parto humanizado.

Na sequência, foram realizadas outras seis reuniões administrativas com o Poder Público, voltadas à negociação das cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta. Destas reuniões participaram secretários municipais, procuradores, lideranças dos movimentos sociais, advogados e diretores técnicos de hospitais públicos e privados.

Após cerca de quatro anos de atividades extrajudiciais, envolvendo mais de vinte reuniões administrativas, expedição de duas recomendações, visitas de entidades e autoridades internacionais e uma audiência pública realizada na Câmara Municipal, a Defensoria Pública, o Poder Público e a direção de hospitais públicos e privados firmaram, em 21 de junho de 2018, um Termo de Ajustamento de Conduta comprometendo-se os signatários a garantir: tratamento humanizado e respeitoso durante o processo gestacional, parto e pós-parto; individualização do atendimento vinculação da gestante, desde o pré-natal, ao local de parto; disponibilização das legislações e normativas sobre o parto humanizado nas maternidades realização de capacitações e confecções de cartilhas explicativas; fornecimento de informação clara e objetiva à gestante ou parturiente durante o atendimento pré-natal; reformulação da estrutura física dos hospitais; direito à livre escolha de um acompanhante; liberdade de eleição de métodos e procedimentos (opção pelo parto natural; direito de consentir ou recusar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos etc.), resguardada a segurança da mãe, do bebê, do acompanhante e da equipe assistencial; direito à elaboração de um Plano Individual de Parto, instrumento relacional voltado a estabelecer: i) fatores de risco da gravidez; ii) rotinas e procedimentos eleitos pela gestante; iii) indicação do acompanhante; iv) consentimento para utilização de métodos, medicamentos ou

anestesia para alívio da dor; direito de movimentar-se durante o trabalho de parto, de escolher a posição física mais confortável e de ingerir alimentação leve; direito de manter contato físico precoce com o recém-nascido; dever de justificação por escrito das práticas médicas interventivas; dever de adequação das práticas e procedimentos às orientações normativas vigentes, garantindo-se a eliminação de condutas prejudiciais ou ineficazes, além da diminuição de condutas utilizadas com insuficientes evidências conforme as Recomendações da OMS.

Foram ainda incluídos modernos instrumentos de monitoramento do acordo, tais como a difusão de cartilhas informativas<sup>6</sup>, práticas de educação em direito, capacitações dos agentes de saúde, visitas periódicas às maternidades, apresentação de relatórios semestrais pelo Poder Público, adequação estatística de práticas e procedimentos, além de multas pelo descumprimento dos prazos relacionados ao ajuste.

## **DAS PRIMEIRAS DIFICULDADES ENCONTRADAS**

Naturalmente um instrumento jurídico que visa reestruturar uma política de assistência à saúde da gestante ou, em outros termos, enfrentar a violência obstétrica e garantir a humanização do parto, encontrará dificuldades. Nesse sentido, a resistência cultural e o tabu sobre a violência obstétrica são desafios a serem superados.

Observou-se que muitos profissionais de saúde e administradores hospitalares ainda se encontram vinculados ao paradigma biologicista predominante na formação médica em relação aos processos reprodutivos femininos, em que o nascimento é encarado como uma espécie de patologia, dependente da obrigatória intervenção técnica, prescindindo da participação da gestante. A paulatina superação deste entendimento (ainda em curso), vem sendo possível graças ao envolvimento de profissionais com visão contemporânea mais inclusiva, à elaboração de cartilhas explicativas, à realização de palestras informativas, à capacitação de agentes de saúde, dentre outras atividades que permitem uma compreensão humanizada sobre o parto e o nascimento.

O tabu sobre a violência obstétrica serve para encobrir a existência de uma violência institucionalizada. Isso tende a afastar o interesse do administrador em adotar iniciativas voltadas à solução de problemas enraizados, assumindo-se a lógica de que “se isso sempre ocorreu, não há como resolver”. A superação deste entrave depende de uma atmosfera cooperativa entre os agentes participantes, que permita “separar as pessoas dos problemas”, colocando à mesa medidas resolutivas administrativamente viáveis, sem prejuízo da consideração de vantagens atinentes à eliminação da violência obstétrica para a imagem do hospital e bem estar da usuária gestante (como por exemplo com a inclusão em programas federais de provisão de recursos, referência metropolitana em relação ao parto, reconhecimento internacional etc.).

Por fim, é imprescindível ponderar que qualquer alteração estrutural de políticas executivas governamentais depende de uma atuação concertada do Poder Público, diretores dos hospitais, profissionais de saúde, gestantes e sociedade civil, interinstitucionalidade esta que tende a dificultar qualquer processo de reestruturação.

---

<sup>6</sup> O Coletivo de Juristas Feministas (São José dos Campos – SP) realizou uma adaptação dessa Cartilha Informativa para as Redes Sociais (Instagram), disponível em: <https://www.instagram.com/p/B4Qcx1RpL2K/?igshid=smu9m099qntt>. Acesso em 30 nov. 2019. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo possui outras Cartilhas Informativas sobre o tema que estão disponíveis na página institucional.



## **A PROPOSTA DE SOLUÇÃO: METODOLOGIA EXTRAJUDICIAL, COOPERATIVA, DEMOCRÁTICA E ESTRUTURAL DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO**

O Termo de Ajustamento de Conduta, prerrogativa dos órgãos públicos legitimados à propositura de demandas coletivas, consiste em um importante instrumento de resolução de conflitos com eficácia de título executivo extrajudicial (AZEVEDO, 2018, p.434). Nesse caso em concreto, proporcionou a implementação de um modelo sustentável, cooperativo e extrajudicial de reformulação da política pública envolvendo o parto e a assistência à saúde da mulher gestante, prevenindo a prática da violência obstétrica.

O instrumento jurídico é alicerçado em três pilares modernos de atuação institucional da Defensoria Pública.

O primeiro pilar versa sobre a extrajudicialidade, a qual inova no sentido de priorizar, desenvolver e concretizar uma postura consensual de resolução de conflitos, prescindindo da lógica da judicialização como o “remédio para todos os conflitos jurídicos”. A abertura deste novo caminho à pacificação não apenas ressignifica o anêmico modelo adjudicativo de resolução de disputas, mas contribui para o fortalecimento da autonomia e independência funcional da Defensoria Pública, permitindo a utilização de um amplo cabedal de técnicas consensuais coletivas, tais como a negociação, a mediação coletiva, a facilitação assistida etc., potencializando a tempestividade, a efetividade e a adequação da proposta de resolução ao conflito.

O segundo pilar consiste no tratamento estrutural de conflitos. A proposta possui a virtude de tratar adequadamente um litígio de caráter estrutural, que envolve uma situação institucionalizada de violência contra mulheres gestantes, vilipendiando direitos humanos deste grupo vulnerável em larga escala. Por meio do TAC, foram instituídas medidas estruturantes multilaterais, capazes de corrigir o próprio “modo de ser” das instituições envolvidas e projetar responsabilidades temporalmente organizadas em torno de metas previamente instituídas.

Este perfil funcional de atuação, que se revela proativo, interdisciplinar, referencial na rede de serviços e preventivo em relação a futuros focos conflitivos, supera a malsinada lógica da monetarização das relações sociais, que tem na reparação pecuniária a medida adequada para a composição de todos os problemas envolvendo políticas públicas (cuja lógica é: “violado um direito, repara-se em pecúnia”). Além disso, a estruturação do acordo em torno de eixos e cláusulas pré-definidas, permite a replicação deste modelo resolutivo em outras localidades, acentuando a possibilidade de exportação da prática.

Já o terceiro pilar toca o cooperativismo, evidenciando um pacto colaborativo entre Defensoria Pública, Poder Público, instituições privadas e sociedade civil, inaugurando verdadeira “comunidade de trabalho” em torno da resolução do conflito, proporcionando ambiente adequado para a reestruturação da política pública. Evidencia, ademais, um contemporâneo modo de pensar a tomada de compromissos públicos, o qual pressupõe paridade no diálogo, transparência nas decisões, possibilidade de esclarecimento e consulta, além do auxílio mútuo na implementação do acordo. Esta atividade concertada dos agentes envolvidos favorece uma atmosfera de corresponsabilidade, facilitando o cumprimento em torno do ajuste construído.

Por fim, o TAC ainda se baseia em um viés democrático de resolução de conflitos, dialogando com uma metodologia participativa, baseada, inicialmente, nos depoimentos de gestantes vítimas de violência obstétrica colhidos na Defensoria Pública e em audiência pública, assim como no diálogo constante com os movimentos sociais, cujas lideranças acompanharam as reuniões administrativas com os compromissários e participaram da elaboração das cláusulas do termo de ajustamento de conduta.

Não só. A proposta resolutiva ainda propõe medidas de emancipação social, tais como a difusão de cartilhas informativas, a prática de educação em direitos da mulher gestante nas comunidades, a capacitação de agentes de saúde e a fiscalização comunitária do ajuste pactuado. A proposta tende a conferir legitimação política ao presente compromisso de ajustamento de conduta à luz da coparticipação popular e do agir comunicativo.

Ganha-se, por derradeiro, com o processo de reeducação da visão pública sobre o parto, substituindo o discurso de hospitalização do processo reprodutivo pelo discurso de humanização da assistência obstétrica.

## **DOS RESULTADOS OBTIDOS ATÉ O MOMENTO**

O TAC é embalado por um alto engajamento entre agentes públicos, privados e a sociedade civil que, juntos, criaram um ambiente colaborativo para o tratamento extrajudicial desse conflito, propiciando a paulatina correção estrutural da política pública de assistência à saúde da gestante e a diminuição de novos focos de violência obstétrica em São José dos Campos/SP.

A sistemática de monitoramento instituída opera em duas frentes: de um lado os compromitentes devem apresentar semestralmente relatórios informativos sobre o cumprimento das cláusulas, atendendo ainda aos parâmetros e metas relativas às práticas institucionais não recomendadas pela ONU; de outro, a Defensoria Pública se encarrega de realizar visitas *in locus*, sem prescindir das frentes democráticas de fiscalização, tal como o apoio de movimentos sociais e do Conselho Municipal de Saúde (COMUS).

Com base nestes instrumentos, já foi possível constatar os seguintes fatores de êxito das condutas ajustadas:

- i) a readequação da área física do Hospital Municipal, com separação entre Pronto Socorro Obstétrico e Centro Obstétrico;
- ii) a implantação, no Pronto Socorro Obstétrico, de uma sala de espera, duas salas privadas de atendimento médico, uma sala de classificação de risco, um posto de enfermagem, uma sala de medicação e uma sala para realização de exame de cardiotocografia;
- iii) a implantação de um Centro de Parto Humanizado, com 05 salas com leitos PPP's (pré-parto, parto e pós-parto);
- iv) aquisição de equipamentos apropriados, banheiras próprias, barras de alongamento e bola suíça;
- v) ampliação da equipe de anestesia e contratação de equipe de enfermagem obstétrica;
- vi) reestruturação das práticas e procedimentos adotados no serviço de obstetrícia, incluindo-se dieta livre durante o trabalho de parto, episiotomia e ocitocina seletiva, livre presença do acompanhante durante o pré-natal, parto e pós parto, contato pele a pele no nascimento, clampeamento tardio do cordão e amamentação na primeira hora de vida do recém-nascido;
- vii) regionalização dos atendimentos, garantindo-se a vinculação das gestantes ao local de parto;
- viii) elaboração, distribuição e aplicação obrigatória do plano de parto obrigatório;
- ix) disponibilização de cartazes e cartilhas informativas sobre o TAC nas maternidades;
- x) abertura de curso mensal para gestantes na rede básica de saúde com informações sobre processo gestacional, parto, amamentação e direitos da mulher gestante;

xi) capacitação dos profissionais da rede básica de saúde acerca do TAC reuniões periódicas com as equipes de saúde para divulgação dos resultados obtidos.

Não obstante estes resultados, foi possível observar um percentual de diminuição do número de cesáreas, episiotomias e manobras de “Kristeller”, além do aumento do número de partos vaginais.

Para além desses resultados imediatos, considera-se que os registros históricos, fotográficos e documentais da prática, associados à elaboração da Cartilha “Termo de Ajustamento de Conduta – Assistência Humanizada à mulher gestante de São José dos Campos”, oportunizam a exportação da metodologia para outras localidades, favorecendo a replicação da prática.

Em suma, a prática vem beneficiando cerca de 30 mil gestantes e parturientes por ano, o que vem oportunizando um novo e humanizado olhar sobre o processo reprodutivo feminino no Município de São José dos Campos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência obstétrica é uma violência de gênero que atinge de diferentes formas às mulheres e brota no solo de um país com altos de índices de violência contra a mulher, marcado por uma cultura da cesárea e com um histórico racismo institucional.

Como forma de enfrentamento, a recente experiência do município de São José dos Campos-SP na reestruturação da política de assistência à saúde da gestante evidencia a relevância da resolução extrajudicial de conflitos fortemente amparada na participação popular. Nos próximos anos, essa transformação gradual da realidade será acompanhada por um monitoramento institucional e comunitário.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL. **Maioria de mortes maternas no país ocorre entre mulheres negras jovens.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-05/maioria-de-mortes-maternas-no-pais-ocorre-entre-mulheres-negras-jovens>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ARGENTINA. LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES. **Ley 26.485.** Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_de\\_Proteccion\\_Integral\\_de\\_Mujeres\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_Mujeres_Argentina.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ARGENTINA. **Parto Humanizado** - Ley nacional Nº 25.929 de Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento. Declaración de Interés del Sistema Nacional de Información Mujer, por parte del Senado de la Nación. Declaración sobre difusión del Parto Humanizado. Disponível em: <[https://www.unicef.org/argentina/spanish/ley\\_de\\_parto\\_humanizado.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ley_de_parto_humanizado.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ASCOM/DPE - SP. **SP:** Defensoria Pública firma TAC com Município para garantir assistência humanizada a gestantes e combate à violência obstétrica. 2018. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37821>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Precisamos falar sobre a violência obstétrica. **Revista Consultor Jurídico**, 16/05/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-16/julio-azevedo-precisamos-falar-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 1 de novembro de 2019.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Prática Cível para Defensoria Pública**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

BIONASCIMENTO. **OMS**: Recomendações para o parto normal. Disponível em: <<http://bionascimento.com/oms-recomendacoes-para-o-parto-normal/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Propostas Legislativas**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em 30 nov. 2019.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Atividade Legislativa**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>. Acesso em 30 nov. 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista estudos feministas**, v. 10, n. 1, p. 171, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Objetivos de desenvolvimento do milênio**: relatório nacional de acompanhamento. 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3205>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

LEAL, Maria do Carmo; DA GAMA, Silvana Granado Nogueira. Pesquisa nascer no Brasil: inquérito nacional sobre parto e nascimento. **Cad. Saúde Pública**, v. 30, 2014. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Assistência ao Parto Normal**: Um guia prático. Relatório de um grupo técnico. Genebra, 1996. 53p.

PARTO DO PRINCÍPIO – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Violência Obstétrica - “Parirás com dor”**. Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/pro-equidade/publicacoes/livro-direitos-humanos-e-as-praticas-de-racismo>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

VENEZUELA. LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. **Gaceta Oficial No. 40.548** de fecha 25 de noviembre de 2014. Disponível em: <[http://oig.cepal.org/sites/default/files/2014\\_ven\\_feminicidio\\_ley\\_organica\\_sobre\\_derecho\\_de\\_mujeres\\_a\\_una\\_vida\\_libre\\_de\\_violencia\\_25\\_11\\_14-1.pdf](http://oig.cepal.org/sites/default/files/2014_ven_feminicidio_ley_organica_sobre_derecho_de_mujeres_a_una_vida_libre_de_violencia_25_11_14-1.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. Fundação Perseu Abramo e SESC, 2010. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

# MULHERES NO TRÁFICO: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDOS POR MULHERES NA CIDADE DO RECIFE NO ANO DE 2019

**Renata de Oliveira Peregrino da Silva**

Mestranda em Direito (FADIC)

**Renata Celeste Sales**

Doutora em Direito (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (FADIC).

## INTRODUÇÃO

Os debates feministas contemporâneos sobre os significados do conceito de gênero levam, repetidamente, a uma certa sensação de problema, como se sua indeterminação pudesse culminar finalmente num fracasso do feminismo (BUTLER, 2003). Esse intuito de gerar uma problematização diante desses movimentos, buscam deslegitimar a constante procura pelo reconhecimento da liberdade e da autonomia do corpo feminino.

É inegável, porém, que os movimentos feministas contribuem, determinadamente, para o reconhecimento da mulher na sociedade e em suas políticas públicas, assumindo um papel reivindicatório e transformador na luta pela consumação das suas garantias constitucionais.

O feminismo, em suas “diversas faces” se fundamenta nas diferentes interações que as mulheres constituem com os mecanismos de subalternização presentes na sociedade, por exemplo, as mulheres negras e pobres, violentadas em sua dignidade e a quem o sexismo estrutural nega a condição humana, experimentam situações distintas, que precisam ser destacadas em uma abordagem sobre as desproporções de poder presentes na sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988 supera a antiga estrutura patriarcal garantindo, formalmente, a igualdade em âmbitos jurídicos e sociais ao proibir discriminações e violências por motivo de gênero, seja na perspectiva histórica dos direitos das mulheres, seja na perspectiva da própria identidade de signo. Essa quebra paradigmática, porém, acarreta na necessidade do desenvolvimento de um novo conjunto de valores e de uma nova organização que dê, de fato, harmonia ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, apesar dos avanços formais relativos as questões de gênero, o número da população carcerária feminina é crescente no país, sendo composta, em sua maioria, por mulheres negras e de baixa escolaridade. Nesse universo, dados oficiais do governo ou decorrentes de pesquisas da sociedade civil organizada, periodicamente publicados, indicam que o tráfico de drogas representa o principal delito no processo de criminalização das mulheres no país.

A “feminização da pobreza”, que prevalece em toda América Latina, é um tema essencial para compreensão dessa realidade, visto que, facilita e viabiliza a entrada de mulheres, principalmente, pobres na economia informal, precária e ilegal, da qual o tráfico de drogas se insere. Este processo é influenciado pela divisão sexual do trabalho em que os afazeres familiares e domésticos permanecem sendo responsabilidade exclusiva da mulher, baseando-se na ideia da construção do corpo materno.

Na América latina, as manifestações da criminalidade feminina condizem com as

complexas condições sociopolíticas neoliberais da região, que apresentam níveis acentuados de desigualdade econômica. Conseqüentemente, no Brasil, as desigualdades sociais também permanecem fundadas no modelo econômico neoliberal. Em virtude disso, o setor repressivo penal se intensifica, selecionando, perseguindo e encarcerando aqueles que não pertencem ao padrão social “ideal”.

Nesse sentido, a criminalização feminina reitera a posição de vulnerabilidade e invisibilidade da mulher perante uma sociedade machista e misógina, acompanhada de um sistema penal que determina sua clientela prisional, baseando-se em critérios pré-estabelecidos cultural e economicamente. Percebe-se, portanto, que o processo de criminalização atribui o status de “criminoso” àqueles que pertencem aos setores subalternos da sociedade, através da seleção dos bens jurídicos tutelados pela lei penal e dos sujeitos estigmatizados criminalmente, em razão da sua posição social.

Nesse cenário, destaca-se também, a violência de gênero de caráter simbólico sofrido pelas mulheres que, muitas vezes, cometem o delito de tráfico de drogas, induzidas pelo próprio companheiro. Em consequência, no cárcere, tornam-se vítimas da violência institucional, tendo o sofrimento intensificado devido às suas condições peculiares de mulher, de mãe e do próprio abismo social agravado.

A violência de gênero encontra-se, portanto, no “adestramento<sup>1</sup>” do comportamento feminino e na formulação de expectativas de um “dever ser” baseado em rótulos sociais. Sendo assim, as mulheres que cometem delitos, socialmente, construídos como “masculinos” passam a ser vítimas da violência estrutural e de gênero, em razão do papel que lhes é, socialmente, destinado.

A análise sobre as questões de gênero e tráfico de drogas é fundamental, não apenas para desvendar os fatos ocorridos e as tendências para os próximos períodos, mas como meio de identificar o modo de intervenção estatal no contexto em que as mulheres estão em situação de violência e desprivilegio.

Dados sugerem que a criminalização feminina, principalmente os índices relacionados ao tráfico de drogas, encontram-se em ascensão. Nesse sentido, a problemática do tema gira em torno da investigação da questão de gênero como um fator de influência na formação do juízo de valor da conduta delitiva do tráfico.

O trabalho será realizado através de uma abordagem sócio jurídica, partindo de uma análise da ordem social sob a perspectiva do gênero para a observação da ordem jurídica. O trabalho encontra-se em fase de levantamento de decisões junto ao Tribunal de Justiça de Pernambuco e visa apresentar as conclusões preliminares da pesquisa.

Nesse sentido, foram analisadas dez decisões jurídicas das audiências de custódia originadas do Tribunal de Justiça de Pernambuco referentes ao crime de tráfico de drogas cometido por mulheres, em Recife, no ano de 2019 onde, dentre elas, foram selecionadas três para serem analisadas por amostragem, com o objetivo de demonstrar como se revela a demarcação de gênero.

## **UMA BREVE PERSPECTIVA DE GÊNERO**

A busca pela introdução do corpo e da voz feminina nos diferentes âmbitos sociais tornou-se foco nos campos epistêmicos que, fundado nos estudos de gênero, consolidam a luta

---

<sup>1</sup> Fazendo referência ao pensamento de Foucault.

promovida pelos movimentos feministas. A amplitude desses estudos vem apresentando novas pautas, abrangendo o debate voltado para os problemas relacionados às mulheres, além de perspectivas interseccionais que abrem espaço aos recortes de raça e identidade, identificando sua urgência e necessidade em diferentes sociedades e contextos políticos. Nesse sentido, discorre Judith Butler (2003, p. 20):

Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos do gênero da “pessoa” transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se ornou impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida.

Os estudos feministas resultaram, portanto, em diversas contribuições para o plano da epistemologia dos padrões criminológicos, visto que redefiniram e questionaram diversos conceitos. A mudança das bases do conhecimento, determinaram que a experiência seria o norte do saber e, portanto, as experiências das mulheres seriam diferentes das experiências dos homens. Trata-se de uma mudança em que a investigação sobre a mulher passa a ser investigação para a mulher, que deixa de ser objeto de conhecimento para converter-se em sujeito de conhecimento (Del Olmo, 1998). Nesse sentido, a expansão do movimento feminista ultrapassou os limites da busca pela igualdade para abranger também o entendimento e o estudo de gênero.

De acordo com Lamas (2000), o termo gênero se refere ao conjunto de ideias, práticas, representações e prescrições sociais que uma determinada cultura desenvolve a partir da diferença anatômica entre os sexos para simbolizar e construir o que é masculino (próprio dos homens) e feminino (próprio das mulheres). Nesse sentido, a autora considera que o conceito de gênero é conferido às mulheres e aos homens e que o significado de feminilidade se opõe ao de masculinidade, tendo em vista que gênero se refere aos setores estruturais e ideológicos que compreendem relações sociais entre os sexos.

Para se ter uma noção de como, atualmente, é aceito o conceito de gênero, delimita-se como ponto de partida a definição apresentada por Lady Selma Ferreira Albernaz e Márcia Longhi (2009, p. 83-84):

Gênero é uma operação de classificação cultural. Por meio da cultura usamos o gênero para ordenar nosso pensamento para pensar o que é ser homem e o que é ser mulher, mas não apenas isso. Por meio do gênero classificamos muitas dimensões da vida em sociedade e da natureza. [...] Nesse sentido, gênero conforma nossa subjetividade.

Quando o feminismo nega os padrões biológicos e etiológicos, afasta-se da ideia determinista que condiciona pessoas, conceitos e realizações engessadas. O androcentrismo é visto, então, como uma construção social e cultural, significando, portanto, que o domínio do masculino sobre o “ser” feminino não é algo natural, podendo então, ser modificado. Desta forma, a introdução do conceito de gênero nos estudos científicos e sociais representou uma quebra na aceitação desses valores, visto que possibilitou ao movimento feminista demonstrar que as violências sofridas pelas mulheres tem origem social e cultural.

Nesse sentido, retratando de maneira mais ampla, atualmente, entende-se que “gênero” é a noção básica de que o que se compreende por masculino e feminino é construído socialmente, e não consequência do sexo biológico, tendo, porém, interseccionais com questões como classe social, etnia e raça.

Observa-se, portanto, que embasando-se em conceitos e ideias culturalmente pré-estabelecidas, a figura feminina e masculina apresentam perfis universais, constituindo papéis

sociais determinados e engessados em diversos setores da sociedade. Nesse entendimento, o controle social inicia-se dentro do próprio âmbito doméstico-familiar onde se verifica diversas formas de delimitação das condutas femininas. Conforme o entendimento de Saffioti (2004, p. 35), as mulheres são socializadas para desenvolver comportamentos dóceis, cordatos, sensatos, prudentes, apaziguadores. Os homens, ao contrário, são estimulados a desenvolver condutas agressivas, perigosas, que revelem força e coragem.

Neste sentido, criou-se um “princípio orientador masculino” com o objetivo de classificar o sexo feminino através de valores considerados universais. Sendo, assim, o homem se intitula como o sexo forte, autônomo, competitivo, racional, independente e ativo, enquanto considera a mulher como sendo o sexo frágil, emocional, passivo, dependente e submisso. Dentro destas categorias, é inegável a existência de uma hierarquização entre elas, isto é, a hierarquização de termos dicotômicos, de maneira que as características consideradas masculinas são superiores quando comparadas às femininas. As diferenças se convertem, neste sentido, em desigualdades, visto que umas se sobrepõem às outras (GIACOMELLO, 2013, p. 39).

Tania Navarro Swain (2000, p. 52) discorre que junto aos discursos de submissão, observa-se que a construção e a inferiorização do “ser mulher” aparece como resultado de uma essência atrelada a um corpo deficiente: fêmea, espírito fraco e superficial, moral escorregadia e duvidosa, exigindo vigilância constante e a domesticação da sua tendência para o pecado. Percebe-se, portanto, que o sexo biológico define tanto o caráter, quanto as funções e papéis sociais das mulheres.

Importa salientar que o controle doméstico torna-se responsável também pelas dificuldades do acesso das mulheres nos espaços públicos. A objetificação do corpo feminino associado a ideia de submissão e incapacidade delimitam e legitimam violências estruturais, simbólicas e físicas. Nesse sentido, as mulheres são, frequentemente, controladas tanto nos meios sociais privados, quanto públicos por meio de julgamentos definidos em função de seu comportamento sexual. Assim, desde crianças, são enquadradas no regime da heterossexualidade institucionalizada (LARRAURI, 1994, p. 9).

A heterossexualidade compulsória define, portanto, a naturalização da maternidade como sendo um traço distintivo do ser feminino. Nesse contexto, a representação da “verdadeira mulher” encontra-se fundamentada nas suas funções restritas de esposa, procriadora e dona de casa, sempre submissa e pacífica, pronta para atender às necessidades masculinas. Assim, Tania Navarro Swain (2000, p. 52) dispõe que a reprodução define a mulher de maneira ambígua, exaltada e marcada ao mesmo tempo na maternidade. Exaltada na tarefa “divina” de dar à luz aos seres humanos, mas ao preço de se ver atrelada e delimitada por essa função.

Esse olhar seletivo formaliza a existência de um gênero dominante que comanda e delimita o gênero dominado, determinando uma identidade única das mulheres ao naturalizar a racionalidade patriarcal. Nesse sentido, a relação de poder ocorre, dentre outros fatores, quando as mulheres são reduzidas ao propósito da reprodução e maternidade, sendo retirada, portanto, a autonomia do seu corpo.

Nesse sentido, de acordo com Adichie (2017) ao calar-se diante de quem realmente são, as mulheres transmitem o silenciamento que sofrem por diversas gerações, criando meninas que já nascem culpadas, envergonhadas de expressarem sua verdadeira identidade, implicando, assim, em aspectos negativos para sua autorrealização.

Além disso, frisa-se a necessidade de compreender a intersecção das identidades de gênero com outras posições sociais, considerando que conforme dispõem Albernaz e Longhi (2009, p. 84) “[...] descobriu-se que as desigualdades de gênero entre homens e mulheres, bem



como entre elas e entre eles, operam em consonância com outras formas de produzir desigualdade, como, por exemplo, a classe e a raça”

Nesse contexto, não se pode observar e problematizar o ser feminino de maneira análoga, visto que, contextos políticos, classe social e etnia encontram-se, diretamente, relacionados às relações de poder. Tendo em vista que, dentro do próprio signo, existem privilégios oriundos de classe social, escolarização e de cor.

Observa-se, portanto, que a violência de gênero encontra-se, dentre outros âmbitos, na “doutrinação” do comportamento das mulheres baseado em papéis sociais pré estabelecidos pela sociedade. Sendo assim, ao cometer um delito, a mulher não rompe apenas com a lei penal, mas também com as expectativas sociais direcionadas ao ser feminino, que acaba sofrendo uma dupla punição e invisibilidade. Nesse mesmo sentido, dispõe Carla Adriana da Silva Santos (2014, p. 51):

A prisão, na perspectiva das mulheres, precisa ser analisada na contemporaneidade sobre alicerces interseccionais, pois nela reside um aspecto de sexismo e racismo institucionais em concordância com a inclinação observada da polícia em ser arbitrária com o segmento negro sem o maior constrangimento, de punir os comportamentos das mulheres de camadas sociais estigmatizadas como sendo de caráter perigoso, inadequado e passível de punição.

No processo de seletividade que concerne à mulher, apontamentos epistemologicamente construídos apenas a partir da condição socioeconômica não parece ser suficiente, visto que a seletividade e a estigma criminal não pertencem apenas a seara da pobreza, abrangendo a própria condição de “mulher” em sentido plural, visto que o agravante encontra-se, sobretudo, no ser feminino, levando em consideração o papel social da mulher.

Com a inserção desta perspectiva, entende-se que só é possível compreender os processos de criminalização feminino se olharmos para as diversas formas de controle e socialização que recaem sobre ela. Como explicita Mendes (2012), o foco não deve estar apenas no sistema penal, mas no sistema de controle anterior a ele, na família, na escola, na Igreja, no trabalho.

Nesse contexto, considera-se que o poder punitivo social e estatal operam, constantemente, sobre as mulheres onde, num primeiro momento, vigia o comportamento feminino, estabelecendo e delimitando condutas e num segundo momento pune e elimina aquelas que contrariam a ordem patriarcal. O sistema de controle age, portanto, direcionado a uma seletividade de gênero, que impõe às mulheres condições de vulnerabilidade e submissão na sociedade.

## **FEMINIZAÇÃO DA POBREZA COMO MEIO DE ASSUJEITAMENTO<sup>2</sup> DAS MULHERES**

Os preceitos do neoliberalismo destoam e colidem com os movimentos feministas da América Latina, devendo ser discutidos e observados não apenas como um modelo de organização da economia política, mas também como uma cultura que aumenta a sujeição das trabalhadoras, retirando sua autonomia, vontade, autoestima e dignidade. A suposta igualdade de gênero na disposição de recursos, de poder e das oportunidades junto aos programas de privatização, de diminuição dos gastos sociais do Estado e das políticas de flexibilização, colaboram com o aumento no nível de desemprego das mulheres que exercem trabalhos externos, bem como aquelas que realizam, exclusivamente, trabalhos domésticos.

Nesse entendimento, a adoção da agenda neoliberal e das medidas de ajustes estruturais no Brasil desencadearam profundas alterações em âmbitos trabalhistas e nas relações sociais,

---

<sup>2</sup> Fazendo referência ao pensamento de Foucault.

afetando principalmente as mulheres negras e pobres. Na América latina, as manifestações da criminalidade feminina condizem com as complexas condições sociopolíticas da região, que apresentam níveis acentuados de desigualdade econômica. Segundo Del Olmo (1992, p.15) essas desigualdades se intensificaram na década de 90, no contexto neoliberal, devido às crises fiscais e à crescente deterioração econômica que vem, pouco a pouco, incrementando os níveis gerais de pobreza.

Nesse sentido, Iamamoto (2008, p. 147) evidencia que as tendências neoliberais se manifestam e materializam no “retrocesso do emprego, [...] na distribuição regressiva de renda e [...] na ampliação da pobreza, acentuando as desigualdades dos estratos socioeconômicos, de gênero e de localização geográfica urbana e rural”.

Dados oficiais do governo e decorrentes de pesquisas publicados periodicamente, apontam que o Brasil permanece seguindo uma trajetória cuja efetivação da igualdade de gênero encontra-se defasada. O relatório de Desenvolvimento Humano levantado pelas Nações Unidas em 2017, por exemplo, demonstra que no Brasil, as condições de vida não são favoráveis para o sexo feminino. No que diz respeito ao mercado laboral, verificou-se que, mesmo exercendo trabalhos semelhantes aos dos homens, as mulheres recebem o salário com cerca de 25% a menos que eles (REDE JUNTOS – PLATAFORMA DIGITAL, 2019).

Destaca-se, porém que de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) Contínua, em 2016 a taxa de frequência escolar líquida ajustada no ensino médio dos homens de 15 a 17 anos era de 63,2%, enquanto as mulheres representavam 73,5%. Importa salientar que fatores e recortes interseccionais dentro da população feminina indicam situação de desprivilegio das mulheres negras e pobres. Nesse sentido, entre as mulheres negras ou pardas de 15 a 17 anos de idade, 30,7% apresenta atraso escolar, enquanto 19,9% das mulheres brancas dessa mesma faixa etária encontram-se na mesma situação (IBGE, 2018).

Entretanto, o maior diferencial para o complemento desse indicador encontra-se entre as mulheres brancas e os homens negros ou pardos, na medida em que o atraso deles representa 42,7%, enquanto o percentual feminino representa 19,9%. Como resultado dessa trajetória escolar desigual, as mulheres atingem, em média, um nível de instrução superior ao dos homens. Nesse sentido, a maior diferença percentual por sexo situa-se no nível “superior completo”, visto que, dentre as pessoas de 25 a 44 anos de idade, 15,6% representa o sexo masculino, enquanto o feminino atingiu 21,5% (IBGE, 2018).

Além disso, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada em 2016 pelo IBGE (2016) apresenta ainda que, na proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial no Brasil, de um total de 20,2%, as mulheres representam 28,2%, enquanto os homens representam 14,1%. Nesse sentido, a carga horária caracteriza-se como um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre os sexos, onde as mulheres, principalmente negras, encontram-se direcionadas a caminhos perversos, ocupando trabalhos precários e informais em razão da exclusividade no cumprimento dos trabalhos domésticos e familiares. Assim, dispõe Hildete Pereira de Melo e Lourdes Bandeira (2005, p. 16):

Na perspectiva cepalina, pobreza e exclusão são fenômenos que atingem de forma diferenciada os sexos. Para as mulheres esta realidade de carências é mais aguda, uma vez que elas realizam uma gama enorme de atividades não remuneradas, seja no âmbito mercantil, seja no seio da família, pela dedicação às atividades do lar que as fazem ser majoritariamente dependentes da provisão masculina para o sustento de suas famílias. Como dentro das famílias há um intenso processo de redistribuição de renda e como há uma variação das necessidades de consumo com a idade das pessoas e as “economias de escala” nas despesas familiares que penalizam as mulheres, responsáveis pelo bem-estar familiar.

A defasagem do trabalho feminino no Brasil, acrescido aos discursos de dominação de gênero, fundamentam e legitimam o processo de feminização da pobreza, visto que negam o acesso, o reconhecimento e a autonomia do corpo feminino, facilitando a entrada das mulheres, principalmente, pobres e destituídas de quaisquer direitos trabalhistas, na economia informal, precária e ilegal da qual o tráfico de drogas se insere.

Segundo Novellino (2004, p. 3) o conceito de “feminização da pobreza” foi introduzido por Diane Pearce no ano de 1978, e seu estudo baseava-se na ideia de que “a pobreza está rapidamente se tornando um problema feminino”. Observou-se ainda que este fenômeno estaria diretamente interligado ao crescimento do número de famílias e domicílios que são chefiados por mulheres, sem a presença de homens adultos.

Nesse sentido, ainda que se reconheça a existência de mulheres pobres que vivem em famílias chefiadas por homens, a feminização da pobreza é um fenômeno direcionado para as mulheres que são pobres pelo simples fato de serem mulheres. Analisa-se então as consequências econômicas e sociais de se pertencer ao signo feminino, sem o apoio de um marido ou companheiro.

Sendo assim, existem elementos e circunstâncias que são comuns à condição de pobreza para ambos os signos, no entanto, alguns aspectos atingem exclusivamente as mulheres, tais como a posição que ocupam nas relações sociais e na divisão sexual do trabalho. Porém, o entendimento de que a pobreza atinge desigualmente os homens e as mulheres demonstram que o signo feminino encontra-se em situação de desprivilegio e vulnerabilidade, mais suscetível portanto a realidades sociais informais e precárias. Nesse sentido, a feminização da pobreza pode ser definida de seis maneiras:

a) aumento da proporção de mulheres entre os pobres; b) aumento da proporção de pessoas em famílias chefiadas por mulheres entre os pobres; c) aumento absoluto na incidência ou na intensidade da pobreza entre as mulheres; d) aumento nos diferenciais de incidência ou de intensidade da pobreza entre mulheres e homens; e) aumento na incidência ou na intensidade da pobreza entre as pessoas de famílias chefiadas por mulheres; e f) aumento nos diferenciais de incidência ou de intensidade da pobreza entre as pessoas de famílias chefiadas por mulheres e de famílias chefiadas por homens (COSTA et al, 2005, p. 15-16).

A dificuldade de acesso feminino aos meios formais de trabalho fez nascer, no contexto latino-americano, a crescente onda dos subempregos e da economia informal abrangendo, inclusive, mercados ilegais. Nesse entendimento, Giacomello (2013, p. 2) dispõe que as condições socioeconômicas na América Latina são as principais razões para que uma mulher “escolha” uma atividade passível de punição. A responsabilidade pelo cuidado das crianças, ao mesmo tempo em que exercem duplas ou triplas jornadas de trabalho, muitas vezes as empurram para atividades ilegais, como uma maneira de combinar suas múltiplas obrigações.

As questões socioeconômicas encontram-se associadas as condições de gênero e dos papéis ensejados socialmente às mulheres que, diante do agravamento da pobreza, vê o tráfico como uma possibilidade de exercer, simultaneamente, papéis produtivos e reprodutivos e de cumprir uma normativa socialmente estabelecida, apesar da ilegalidade dos meios disponíveis. Neste sentido, o tráfico possibilita que estas mulheres combinem suas múltiplas tarefas ao exercerem esta atividade ilegal em casa ou por conta própria, já que precisam compatibilizar as necessidades de recursos econômicos com o cuidado dos filhos e do lar.

## **ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REFERENTE AO TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO POR MULHERES**

A análise dos processos de criminalização feminina encontram-se, intimamente, relacionados a fatores de crenças, expectativas de condutas, papéis sociais e agências punitivas do Estado. Nesse contexto, as ideias de Butler (2003, p. 200) apontam que o efeito do gênero se produz pela estilização do corpo e deve ser entendido, conseqüentemente, como a forma corriqueira pela qual os gestos, movimentos e estilos corporais de tipos constituem a ilusão de um eu permanente marcado pelo gênero. Ou seja, as relações sociais, as funções, as atividades, as formas de comportamento e as normas que regem a vida da mulher engessam e atribuem condutas específicas para o signo feminino.

Nesse entendimento, ao cometer o delito de tráfico de drogas, a mulher contraria as expectativas de submissão, fragilidade e comportamento maternal estabelecidos pela sociedade. Lemgruber (1983, p.86) dispõe, portanto, que na estrutura atual, em face da criminalização feminina é indispensável atentarmos que a mulher detenta é vista como transgressora da ordem em dois níveis: a) a ordem da sociedade e b) a ordem da família, abandonando seu papel de mãe e esposa.

Embora a participação das mulheres na criminalidade seja menor quando comparada aos homens, a taxa da população carcerária feminina é crescente no Brasil, sendo composta, em sua maioria, por mulheres negras e de baixa escolaridade. Nesse sentido, foram verificadas e analisadas três decisões jurídicas proferidas em audiências de custódia ocorridas na cidade do Recife no ano 2019, envolvendo mulheres e tráfico de drogas. Essas decisões servirão de amostragem para identificação de um padrão discursivo e para a demonstração das violências sofridas pelas mulheres que cometeram o delito, demarcando a existência da seletividade de gênero que incorre na negativa de direitos e encarceramento feminino. Destaca-se, porém, a dificuldade do acesso ao conteúdo dessas audiências no site do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

A primeira decisão proferida em audiência de custódia analisada foi a de Diana Caroline Santos da Silva, denunciada pela prática, em tese, da infração prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Em 06 de agosto de 2019, a autuada foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife, quando fazia vôo de conexão, transportando de Manaus/AM para o Rio Grande do Norte/RN, 1.580g (um mil quinhentos e oitenta gramas) de maconha.

Em audiência, a autuada que, de acordo com o sistema Judwin, não possui antecedentes criminais, possui endereço fixo e dois filhos menores, foi mantida em prisão preventiva, conforme exposto em decisão:

Audiencia - Situacao - Custódia 06-08-2019 14:31:00 Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco Grau 1º GRAU - TJPE Comarca Recife Vara Central das Audiências de Custódia Data da audiência 06/08/2019 PRESENÇAS: Juíza: MARIA DA CONCEIÇÃO GODOI BERTHOLINI Ministério Público: Edgar Braz Mendes Nunes Defensor: Tereza Cristina Cruz de Oliveira DADOS DO AUTUADO: Nome: DIANA CAROLINE SANTOS DA SILVA Mãe: ROCILDA SANTOS DA SILVA Pai: SALOMÃO MORAIS DA SILVA TIPO PENAL: ART 33 DA LEI Nº 11343/06 A autuada afirmou NÃO ter sofrido violência policial. Assim qualificada, a MM. Juíza cientificou-lhe da imputação que lhe é feita e de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe serão formuladas, podendo permanecer em silêncio se assim desejar e que seu silêncio não importará em prejuízo à sua defesa. Aberta a audiência, foi lido o auto de prisão em flagrante aos presentes e em seguida deu-se início a tomada do depoimento. Audiência gravada em mídia, em cumprimento ao art. 405 §§ 1º e 2º CPP; Resolução nº 10/2008 da Corregedoria Geral de Justiça e Resolução nº 105 de 06/04/2010 do CNJ. DELIBERAÇÃO EM AUDIÊNCIA: Considerando o petitório do Ministério Público pela conversão do auto de prisão em flagrante em prisão preventiva e o

requerimento da Defensoria Pública pela concessão da liberdade provisória com aplicação de cautelares e/ou prisão domiciliar da atuada, DECIDO: A prisão ocorreu sob os ditames da estrita legalidade, motivo pelo qual homologo o auto de prisão em flagrante. Não é caso de relaxamento de prisão. Observo que, a princípio, foram observadas as prescrições legais e a atuada se encontrava em situação de flagrante. Assim, não havendo qualquer ilegalidade a reparar, homologo a prisão em flagrante da atuada. De outra parte, verifico que estão presentes os requisitos do Art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva da atuada. Inegável é a repercussão negativa que o tráfico ilícito de entorpecentes gera em toda comunidade. A NARCOTRAFICÂNCIA traz a reboque uma série de outros delitos, o que caracteriza a necessidade da ordem pública. No caso dos presentes autos, DIANA CAROLINE SANTOS DA SILVA foi atuada pelo crime previstos no ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, sendo-lhe imputada o transporte de 1,580 KG de material entorpecente popularmente conhecido como maconha, conforme Termo de Apreensão lavrado sob o nº 248/2019 que consta do APFD. Após pesquisa no sistema Judwin, verificou-se que a atuada não possui antecedentes criminais, contudo, afirmou em audiência de custódia que responde penalmente por furto na Comarca de Manaus/AM. Contudo, em que pese a sua primariedade, além de possuir endereço fixo nos autos, isto por si só, não lhe confere uma decisão liberatória, quando presentes os requisitos para um decreto preventivo, conforme já sumulado pelo TJPE (súmula 86) e tribunais superiores. Ressalto a grande quantia de droga apreendida em desfavor da atuada e, ainda, o fato de ter sido presa em flagrante no aeroporto, na tentativa de transporte da droga interestadual, vez que seu destino final seria a cidade de Natal/RN, encontrando-se em conexão nesta cidade do Recife. A atuada afirmou ser genitora de 02 (dois) filhos menores de idade, os quais residiram com a mesma na cidade de Manaus/AM, contudo, quanto a declaração de ter filhos menores, não deve merecer o acolhimento para os fins do posicionamento do STF. Pois bem, não há dúvidas que tal decisão é para proteção dos filhos, que no caso vertente não se adequa, visto que as crianças estão sob risco na companhia da mãe, a mesma faria de sua casa local de armazenamento das drogas que recebe para o comércio. Ademais o fato de estar em contato permanente com traficantes maiores que fornecem droga para o comércio outro risco traz às crianças, no que se refere a sua integridade física. Quanto a conversão da prisão preventiva em domiciliar, vislumbra este magistrado total incompatibilidade, visto que o local de residência da atuada é o seu local de prática criminosa. Devo por último, arrimar este decisório registrando que, diante da decisão do STF tem-se que muitas vezes tem sido utilizadas as mulheres para práticas criminosas, valendo-se da possibilidade da não prisão das mulheres, haja vista o posicionamento do STF, entretanto é certo que este em sua decisão deixou claro e evidente que não havia expurgado definitivamente a possibilidade de prisão de mulheres quando em exercício de atividades criminosas, apenas direcionou os posicionamentos no sentido de se ter maior cuidado com relação aos menores e o que traria de prejuízos aos referidos menores, quando afastados quando do convívio materno. No caso em análise, tenho por absolutamente certo que o enquadramento deste na excepcionalidade prevista pelo STF, haja vista as considerações acima expostas. No caso em tela, total razão assiste ao nobre representante do Ministério Público quando da exposição de suas razões para ao final requerer a prisão da atuada. Em vista destas considerações tenho que a medida excepcional deve ser decretada, pois devidamente amparada nos requisitos legais, presença dos pressupostos do art. 312, do CPP, ante a observância dos depoimentos colhidos até o momento, do material apreendido acima discriminado, bem como o laudo de exame preliminar que apontam para a materialidade e indícios suficientes de autoria, conforme se verifica no auto de prisão em flagrante. Lembre-se, que a conduta que lhe é imputada se mostra bastante grave e potencialmente danosa à saúde pública, em vista do tráfico de drogas. A medida se justifica para garantir a ordem pública, ante a gravidade do tráfico de drogas que assola a nossa sociedade. ANTE O EXPOSTO, converto a prisão em flagrante delito de DIANA CAROLINE SANTOS DA SILVA, qualificada nos autos, em PRISÃO PREVENTIVA, tudo com fundamento nos arts. 310 II, 312 e 313 I, todos do CPP, notadamente, garantia da ordem pública. Expeça-se o respectivo MANDADO DE PRISÃO e remeta para as forças policiais ou local onde a flagranteada encontra-se custodiada. Intime-se. Cumpra-se. Nos termos da Resolução 380 de 10/08/2015 remeta-se o presente Auto de Prisão em Flagrante para o Setor de Distribuição, com a baixa necessária. Nada mais houve, determinou a MM Juíza do presente termo que lido e achado conforme vai

assinado pelos presentes. Eu, \_\_\_\_\_ Mariana G. Daher Teixeira, o subscrevo. Juíza de Direito Ministério Público Defensoria Pública Atuada Termo de Audiência de Custódia 0014744-85.2019.8.17.0001 Ofício: 3760/2019<sup>3</sup>.

A segunda decisão proferida em audiência de custódia analisada foi a de Ivanube da Silva Cruz, foi autuada pelos crimes previstos nos arts. 33 e 40, ambos da Lei 11.343/2006, sendo-lhe imputado o transporte interestadual de 5.275 Kg de cocaína. A autuada foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife.

Em audiência, foi verificado pelo sistema Judwin que a autuada não possui antecedentes criminais e, além disso, é mãe de cinco filhos menores. Apesar disso, foi mantida em prisão preventiva pelo Juiz de Direito, conforme exposto em decisão:

Audiencia - Situacao - Custódia 15-04-2019 15:28:00Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco Grau 1º GRAU - TJPE Comarca Recife Vara Central das Audiências de Custódia Data da audiência 15/04/2019 PRESENÇAS: Juiz: LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO Ministério Público: Maria da Conceição de Oliveira Martins Defensor/Advogado: Teresa Cristina Cruz de Oliveira Acadêmica de Direito DADOS DOS AUTUADO: Nome: IVANUBE DA SILVA CRUZ (afirmou NÃO ter sofrido violência policial) Mãe: ELENICE PEREIRA DA SILVA Pai: IVO DA SILVA CRUZ TIPO PENAL: ARTS. 33 E 40, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. Assim qualificada, o MM. Juiz cientificou-lhe da imputação que lhe é feita e de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe serão formuladas, podendo permanecer em silêncio se assim desejar e que seu silêncio não importará em prejuízo à sua defesa. Aberta a audiência, foi lido o auto de prisão em flagrante aos presentes e em seguida deu-se início a tomada do depoimento. Audiência gravada em mídia, em cumprimento ao art. 405 §§ 1º e 2º CPP; Resolução nº 10/2008 da Corregedoria Geral de Justiça e Resolução nº 105 de 06/04/2010 do CNJ. DELIBERAÇÃO EM AUDIÊNCIA: Considerando o petítório do Ministério Público pela conversão do auto de prisão em flagrante em prisão preventiva e o requerimento da Defensoria Pública pela liberdade provisória com cautelares e/ou prisão domiciliar da autuada, DECIDO: A prisão ocorreu sob os ditames da estrita legalidade, motivo pelo qual homologo o auto de prisão em flagrante. No caso dos presentes autos, IVANUBE DA SILVA CRUZ foi autuada pelos crimes previstos nos arts. 33 e 40, ambos da Lei 11.343/2006, sendo-lhe imputado o transporte interestadual de 5.275 Kg de cocaína, em forma de 05 (cinco) pacotes de pasta base. Após pesquisa realizada no sistema Judwin, verificou-se que a autuada não registra antecedentes criminais, contudo, após pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, verificou-se que a autuada já possui condenação por tráfico de drogas (processo nº 0015475-71.2014.822.0501), sendo, portanto, reincidente específica. A autuada é genitora de cinco filhos menores de idade, contudo, quanto a declaração de ter filhos menores, não deve merecer o acolhimento para os fins do posicionamento do STF. Pois bem, não há dúvidas que tal decisão é para proteção dos filhos, que no caso vertente não se adequa, visto que as crianças estão sob risco na companhia da mãe, a mesma faz de sua casa local de armazenamento das drogas que recebe para o comercio. Ademais o fato de estar em contato permanente com traficantes maiores que fornecem droga para o comércio outro risco traz às crianças, no que se refere a sua integridade física. Quanto a conversão da prisão preventiva em domiciliar, vislumbra este magistrado total incompatibilidade, visto que o local de residência da autuada pode ser o seu local de prática criminosas. Devo por último, arrimar este decisório registrando que, diante da decisão do STF tem-se que muitas vezes tem sido utilizadas as mulheres para práticas criminosas, valendo-se da possibilidade da não prisão das mulheres, haja vista o posicionamento do STF, entretanto é certo que este em sua decisão deixou claro e evidente que não havia expurgado definitivamente a possibilidade de prisão de mulheres quando em exercício de atividades criminosas, apenas direcionou os posicionamentos no sentido de se ter maior cuidado com relação aos menores e o que traria de prejuízos aos referidos menores, quando afastados quando do convívio materno. No caso em análise tenho por absolutamente certo que o enquadramento deste na excepcionalidade prevista pelo STF, haja vista as considerações acima expostas. No caso em tela, total razão assiste à nobre representante do Ministério

<sup>3</sup> Processo nº: 0014744-85.2019.8.17.0001

Público quando da exposição de suas razões para ao final requerer a prisão da autuada. Em vista destas considerações tenho que a medida excepcional deve ser decretada, pois devidamente amparada nos requisitos legais, presença dos pressupostos do art. 312, do CPP, ante a observância dos depoimentos colhidos até o momento, do material apreendido acima discriminado, bem como o laudo de exame preliminar que apontam para a materialidade e indícios suficientes de autoria, conforme se verifica no auto de prisão em flagrante. Lembre-se, que a conduta que lhe é imputada se mostra bastante grave e potencialmente danosa à saúde pública, em vista do tráfico de drogas. A medida se justifica para garantir a ordem pública e aplicação da lei penal, ante a gravidade do tráfico de drogas que assola a nossa sociedade e porque a autuada no seu modo de agir demonstra periculosidade e total desrespeitos às decisões judiciais. ANTE O EXPOSTO, converto a prisão em flagrante delito de IVANUBE DA SILVA CRUZ, qualificada nos autos, em PRISÃO PREVENTIVA, tudo com fundamento nos arts. 310, II, e 312 e 313, I, todos do CPP, notadamente, garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Expeça-se o respectivo MANDADO DE PRISÃO e remeta para as forças policiais ou local onde a flagranteada encontra-se custodiada. Intime-se. Cumpra-se. Nos termos da Resolução 380 de 10/08/2015 remeta-se o presente Auto de Prisão em Flagrante para o Setor de Distribuição, com a baixa necessária. Nada mais houve, determinou o MM Juiz o encerramento do presente termo que lido e achado conforme vai assinado pelos presentes. Eu, \_\_\_\_\_, Mariana G. Daher Teixeira, o subscrevo. Juiz Ministério Público Defensoria Pública/Advogado Autuado(a) Termo de Audiência de Custódia 0007671-62.2019.8.17.0001 Ofício: 94/2019<sup>4</sup>.

A terceira decisão proferida em audiência de custódia analisada foi a de Lucy Ana Fernandes Barbosa, autuada pelo crime previstos no art. 33 e art. 40, V, da Lei 11.343/2006, sendo-lhe imputado o transporte de 3,737 KG de cocaína. A autuada foi presa em flagrante presa em flagrante no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife, quando fazia conexão para Belo Horizonte/MG.

Em sede de audiência foi verificado pelo sistema Judwin que a autuada não possui antecedentes criminais, mora em endereço fixo, exerce trabalho lícito como cozinheira e é genitora de um filho menor. Apesar disso, a autuada foi mantida em prisão preventiva, como exposto em decisão:

Audiencia - Situacao - Custódia 16-05-2019 14:41:00Tribunal Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco Grau 1º GRAU - TJPE Comarca Recife Vara Central das Audiências de Custódia Data da audiência 16/05/2019 PRESENCAS: Juíza: ANE DE SENA LINS Ministério Público: Maria da Conceição de Oliveira Martins Defensor/Advogado: Dra. Gina Ribeiro G Muniz DADOS DO AUTUADO: Nome: LUCY ANA FERNANDES BARBOSA (afirmou NÃO ter sofrido violência policial) Mãe: OZAMIRA FERNANDES Pai: ALFONSO LOPES BARBOSA TIPO PENAL: ART. 33 E ART. 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006 Assim qualificada, a MM. Juíza cientificou-lhe da imputação que lhe é feita e de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe serão formuladas, podendo permanecer em silêncio se assim desejar e que seu silêncio não importará em prejuízo à sua defesa. Aberta a audiência, foi lido o auto de prisão em flagrante aos presentes e em seguida deu-se início a tomada do depoimento. Audiência gravada em mídia, em cumprimento ao art. 405 §§ 1º e 2º CPP; Resolução nº 10/2008 da Corregedoria Geral de Justiça e Resolução nº 105 de 06/04/2010 do CNJ. DELIBERAÇÃO EM AUDIÊNCIA: Considerando o petitório do Ministério Público pela conversão do auto de prisão em flagrante em prisão preventiva e o requerimento da Defensoria Pública pela concessão da liberdade provisória com aplicação de cautelares e/ou prisão domiciliar da autuada, DECIDO: A prisão ocorreu sob os ditames da estrita legalidade, motivo pelo qual homologo o auto de prisão em flagrante. Não é caso de relaxamento de prisão. Observo que, a princípio, foram observadas as prescrições legais e a autuada se encontrava em situação de flagrante. Assim, não havendo qualquer ilegalidade a reparar, homologo a prisão em flagrante da autuada. De outra parte, verifico que estão presentes os requisitos do Art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva da autuada. Inegável é a repercussão negativa que o tráfico ilícito de entorpecentes gera

<sup>4</sup> Processo nº: 0007671-62.2019.8.17.0001

em toda comunidade. A NARCOTRAFICÂNCIA traz a reboque uma série de outros delitos, o que caracteriza a necessidade da ordem pública. No caso dos presentes autos, LUCY ANA FERNANDES BARBOSA foi autuada pelo crime previstos no ART. 33 E ART. 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006, sendo-lhe imputado o transporte de 3,737 KG de cocaína, conforme Termo de Apreensão lavrado sob o nº 173/2019 que consta do APFD. Após pesquisa no sistema Judwin, verificou-se que a autuada não possui antecedentes criminais, contudo, em audiência de custódia realizada no dia de hoje nesta central de flagrantes da capital, a autuada afirmou já ter sido presa por tráfico de drogas anteriormente. Ademais, em que pese a primariedade da autuada, além de possuir endereço fixo nos autos e trabalho lícito como cozinheira, isto por si só, não lhe confere uma decisão liberatória, quando presentes os requisitos para um decreto preventivo, conforme já sumulado pelo TJPE (súmula 86) e tribunais superiores. Ressalto a enorme quantia de droga apreendida em desfavor da autuada, além do tipo de entorpecente ser de elevada lesividade, e, ainda, o fato de ter sido presa em flagrante no aeroporto, na tentativa de transporte da droga interestadual, vez que seu destino final seria a cidade de Belo Horizonte/MG, encontrando-se em conexão nesta cidade do Recife. A autuada afirmou ser genitora de um filho menor de idade, o qual reside com a mesma na cidade de Manaus/AM e que é deixado sozinho em casa, conforme afirmado pela própria atuada em audiência de custódia realizada nesta central de flagrantes no dia de hoje, encontrando-se, inclusive, sozinho há uma semana, período em que a autuada encontra-se ausente de sua casa por estar em viagem. Porém, quanto a declaração de ter filhos menores, não deve merecer o acolhimento para os fins do posicionamento do STF. Pois bem, não há dúvidas que tal decisão é para proteção dos filhos, que no caso vertente não se adequa, visto que as crianças estão sob risco na companhia da mãe, a mesma faria de sua casa local de armazenamento das drogas que recebe para o comércio. Ademais o fato de estar em contato permanente com traficantes maiores que fornecem droga para o comércio outro risco traz às crianças, no que se refere a sua integridade física. Quanto a conversão da prisão preventiva em domiciliar, vislumbra este magistrado total incompatibilidade, visto que o local de residência da autuada é o seu local de prática criminosa. Devo por último, arrimar este decisório registrando que, diante da decisão do STF tem-se que muitas vezes tem sido utilizadas as mulheres para práticas criminosas, valendo-se da possibilidade da não prisão das mulheres, haja vista o posicionamento do STF, entretanto é certo que este em sua decisão deixou claro e evidente que não havia expurgado definitivamente a possibilidade de prisão de mulheres quando em exercício de atividades criminosas, apenas direcionou os posicionamentos no sentido de se ter maior cuidado com relação aos menores e o que traria de prejuízos aos referidos menores, quando afastados quando do convívio materno. No caso em análise, tenho por absolutamente certo que o enquadramento deste na excepcionalidade prevista pelo STF, haja vista as considerações acima expostas. No caso em tela, total razão assiste à nobre representante do Ministério Público quando da exposição de suas razões para ao final requerer a prisão da autuada. Em vista destas considerações tenho que a medida excepcional deve ser decretada, pois devidamente amparada nos requisitos legais, presença dos pressupostos do art. 312, do CPP, ante a observância dos depoimentos colhidos até o momento, do material apreendido acima discriminado, bem como o laudo de exame preliminar que apontam para a materialidade e indícios suficientes de autoria, conforme se verifica no auto de prisão em flagrante. Lembre-se, que a conduta que lhe é imputada se mostra bastante grave e potencialmente danosa à saúde pública, em vista do tráfico de drogas. A medida se justifica para garantir a ordem pública, ante a gravidade do tráfico de drogas que assola a nossa sociedade. ANTE O EXPOSTO, converto a prisão em flagrante delito de LUCY ANA FERNANDES BARBOSA, qualificada nos autos, em PRISÃO PREVENTIVA, tudo com fundamento nos arts. 310, II, 312 e 313, I, todos do CPP, notadamente, garantia da ordem pública. Expeça-se o respectivo MANDADO DE PRISÃO e remeta para as forças policiais ou local onde a flagranteada encontra-se custodiada. Outrossim, OFICIE-SE à Distribuição da cidade de Tabatinga/AM, não sendo esta sede de comarca, OFICIE-SE à Distribuição da Comarca sede do Distrito. Expeça-se OFICIO também à Promotoria responsável pela atuação na cidade de Tabatinga, em especial nos feitos referentes à infância e à adolescência. Por fim, OFICIE-SE ao Conselho Tutelar da cidade de Tabatinga ou daquele responsável por esta referida circunscrição. Intime-se. Cumpra-se. Nos termos da Resolução 380 de 10/08/2015 remeta-se o presente Auto de Prisão em Flagrante para o Setor de Distribuição, com a baixa necessária. Nada mais houve,



determinou a MM Juíza encerramento do presente termo que lido e achado conforme vai assinado pelos presentes. Eu, \_\_\_\_\_ Mariana G. Daher Teixeira, o subscrevo. Juíza de Direito Ministério Público Defensoria Pública Atuada Termo de Audiência de Custódia 0009596-93.2019.8.17.0001 Ofício: 2271/2019<sup>5</sup>

A condição de gênero feminino e a vulnerabilidade que ele representa na sociedade condiz com o papel subalterno exercido nas redes do tráfico de drogas. A prática dessa atividade ilícita encontra respaldo nas esferas mais íntimas da mulher, como o sustento da casa, o cuidado do filho e a sobrevivência. Porém, ao cometerem o delito de tráfico de drogas, as mulheres deparam-se com violências e represálias estatais e sociais, favorecendo a sua entrada no sistema punitivo.

Nesse contexto, os casos apresentados demonstram que, apesar da Lei nº 13.257 de março de 2016, que alterou artigos do Código de Processo Penal, incluindo a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos de idade, além do Habeas Corpus (HC) 143641 julgado pela Segunda Turma do STF com o mesmo entendimento, a seletividade de gênero desfavorece o destino das mulheres que cometem o delito de tráfico de drogas.

Percebe-se que a inserção da mulher no espaço público “proibido”, que engloba trabalho, educação e liberdade, encontra-se constantemente vigiados pela sociedade e instituições públicas. Nesse sentido, não se reconhece a autonomia do corpo feminino que, ao adentrar nas esferas “destinadas” aos homens permanecem em situação de vulnerabilidade e submissão.

No que se refere à possibilidade de engajamento em atividades externas e, principalmente, violentas, os discursos hegemônicos situam homens e mulheres em polos distintos. Sendo assim, as mulheres que cometem o delito de tráfico de drogas são consideradas não apenas violadoras da lei, mas também das prescrições sociais de gênero, que “permitem” e “aceitam” a violência apenas por parte dos homens.

Nesse sentido, quando deparam-se com as esferas formais de controle, as mulheres experimentam violências simbólica e institucionais, através do não reconhecimento dos seus direitos observados formalmente. As mulheres tornam-se vítimas, portanto, do julgamento tendencioso por parte dos órgãos públicos e da sociedade que condenam, desreconhecem e excluem o signo feminino diante da prática do delito.

Nos casos expostos, percebe-se que, independente da residência fixa, da inexistência de antecedentes criminais em Pernambuco e da condição de mãe das autuadas, o julgamento por parte dos órgãos públicos e sociais são desfavoráveis às mulheres. Nesse contexto, o “ser mulher” torna-se um agravante no momento da decisão judicial nas audiências de custódia analisadas.

## **CONCLUSÃO**

Percebe-se que, apesar das inegáveis evoluções formais nos âmbitos jurídico e sociais no que se refere às questões de gênero, a exclusão histórica das mulheres na política, no trabalho e na sociedade como um todo, continua arraigada e produzindo seus reflexos no Brasil até hoje. A ideia de um gênero dominante que interfere, minimiza e delimita as condições e as características do gênero dominado impedem que as conquistas feministas reproduzam seus efeitos também na esfera prática.

O processo de criminalização das mulheres na América Latina, e por consequência, no Brasil, encontram-se em ascensão, principalmente no que se refere ao crime de tráfico de drogas. Esse cenário ganhou destaque no início dos anos 90, a partir de um contexto neoliberal que trouxe

---

<sup>5</sup> Processo nº 0009596-93.2019.8.17.0001

consigo o aprofundamento do fenômeno sócio jurídico chamado de “feminização da pobreza” que, por sua vez encontra-se, intimamente, ligado as questões de dominação de gênero. Nesse sentido, a feminização da pobreza caracteriza-se pela perpetuação de um discurso hegemônico de gênero que se naturaliza e prolifera na sociedade, reproduzindo mecanismos de dominação simbólica e material.

Através desse fenômeno verifica-se que a mulher, na condição de gênero dominado, enfrenta dificuldades para ingressar em meios formais de trabalho, permanecendo, portanto, em subempregos ou empregos de tempo parcial. Nesse contexto, acabam submetendo-se a remunerações inferiores aos dos homens.

A situação das mulheres é agravada no que diz respeito aos afazeres domésticos, tendo em vista que a divisão sexual e desigual nas atividades de casa é, majoritariamente, ocupada pelas mulheres. Nesse contexto, a feminização da pobreza aumenta a instabilidade feminina em relação à sua situação econômico social e favorece a entrada das mulheres, principalmente, negras e pobres na economia informal, precária e ilegal.

Nesse sentido, a vulnerabilidade feminina reflete sua problemática tanto na esfera individual, abrangendo a necessidade do próprio sustento, quanto no sustento da sua família, fazendo com que as expectativas limitadas de ascensão financeira priorize as possibilidades de ganhos mais “fáceis” e rápidos, advindos muitas vezes de atividades criminosas e lucrativas de curto prazo. Ocorre que, ao cometer o tráfico de drogas, conduta delitativa tida como “típica” do sexo masculino, a mulher acaba por desrespeitar as “regras de condutas” impostas pela sociedade.

Observou-se, portanto, que as formalidades legislativas não garantem, efetivamente, o reconhecimento do corpo e do ser feminino como detentor de autonomia, sendo utilizada, inclusive como meio de legitimação e perpetuação de violências. Nesse sentido, para a compreensão dos efeitos que a discriminação de gênero reproduz no sistema da justiça criminal, faz-se necessária além de uma análise da perspectiva criminológica crítica e feminista, o entendimento dos papéis sociais impostos as mulheres que as condicionam a uma seletividade penal e social.

A criminalização feminina confirma, portanto, a posição de vulnerabilidade e instabilidade da mulher perante uma sociedade machista e misógina que, junto a um sistema penal seletivo, classifica o desviante baseando-se em critérios pré-definidos pela sociedade, tendo em vista que, ao traficar a mulher infringe não apenas a legislação penal, mas também o seu papel cultural e social. Sendo assim, acaba delinquindo duplamente, razão pela qual também passa a ser, duplamente, punida dentro das esferas formais de controle, visto que quando encarceradas, experimentam maior discriminação e estigmatização por parte da sociedade e, por consequência, maior abandono por parte da família.

## REFERÊNCIAS

- ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- ALBERNAZ, Lady Selma Ferreira; LONGHI, Márcia. Para compreender gênero: uma ponte para relações igualitárias entre homens e mulheres. In.: SCOTT, Parry; LEWIS, Liana; QUADROS, Marion Teodósio de (Orgs.) **Gênero, diversidade e desigualdades na educação: interpretações e reflexões para formação docente**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009 (Publicações Especiais do Programa de Pós Graduação em Antropologia/FAGES).

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm). Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus (HC) 143641**. Segunda Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://cadernoselivros.files.wordpress.com/2017/04/butler-problemasdegenero-ocr.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

COSTA, Joana Simões; PINHEIRO, Luana; MEDEIROS, Marcelo; QUEIROZ, Cristina. **A face feminina da pobreza: sobre-representação e feminização da pobreza no Brasil**. Brasília: IPEA, novembro de 2005. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1137.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1137.pdf). Acesso em: 08 ago. 2019.

DEL OLMO, Rosa. **¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina**. Caracas: Nueva Sociedad, 1992.

DEL OLMO, Rosa. **Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina**. Caracas: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998.

GIACOMELLO, Corina. **Gênero, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México**. México: Tirant lo Blanch, 2013.

IAMAMOTO, Roberta Menezes. Feminização da pobreza em tempos de crise capitalista e assistencialização da questão social. Fazendo Gênero 10 – Desafios atuais dos feminismos. In: **Anais....16** a 20 de setembro de 2013. Disponível em: [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1371344948\\_ARQUIVO\\_ARTIGOFAZENDOGENERO\\_2\\_.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1371344948_ARQUIVO_ARTIGOFAZENDOGENERO_2_.pdf). Acesso em: 26 set. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO E GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 08/06/2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 08 ago. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO E GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. 2016. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?=&t=downloads>. Acesso em: 08 ago. 2019.

LAMAS, Marta. Gênero, diferencias de sexo y diferencia sexual. In: RUIZ, Alicia. **Identidad femenina y discurso jurídico**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

LARRAURI, Elena. Control informal: las penas de las mujeres. In: LARRAURI, Elena. **Mujeres, Derecho penal y criminología**. Madrid: Siglo XXI, 1994.

LEMGRUBER, J. **Cemitério dos vivos**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

MELO, Hildete Pereira de; BANDEIRA, Lourdes. A pobreza e as políticas de gênero no Brasil. **Unidad Mujer y Desarrollo - Proyecto “Governabilidade democrática e igualdade de gênero”**, Santiago de Chile, junho, 2005. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5943/S055322\\_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5943/S055322_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 08 ago. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF, 2012. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012\\_SoraiadaRosaMendes.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf). Acesso em: 17 ago. 2019.

NOVELLINO, Maria Salet. Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres. **Anais do XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. 2004. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/1304/1268> Acesso em: 08 ago. 2019.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Processo nº **0007671-62.2019.8.17.0001**. Oitava Vara Criminal da Capital. Disponível em: <https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/> Acesso em: 27 nov. 2019.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Processo nº **0009596-93.2019.8.17.0001**. Décima Oitava Vara Criminal da Capital. Disponível em: <https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Processo nº **0014744-85.2019.8.17.0001**. Décima Segunda Vara Criminal da Capital. Disponível em: <https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/processo/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

REDE JUNTOS – PLATAFORMA DIGITAL. **Igualdade de gênero no Brasil**: cenários e desafios. Disponível em: <https://wiki.redejuntos.org.br/busca/igualdade-de-genero-no-brasil-cenarios-e-desafios-como-promover-igualdade-de-genero-no-pais>. Acesso em: 08 ago. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu; Abramo, 2004.

SANTOS, Carla Adriana da Silva. **Ó pa í, prezada! Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no conjunto penal feminino de salvador**. 2014, 200fls. Dissertação (Mestrado - Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18987/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20de%20Carla%20Adriana%20da%20Silva%20Santos.pdf> Acesso em: 07 nov. 2019.

SWAIN, Tania Navarro. A invenção do corpo feminino ou a hora e a vez do nomadismo identitário. **Textos de História**, Brasília, v. 8, n. 1/2, p.47-84, dez. 2000.

# LEI MARIA DA PENHA E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM ESTUDO DE CASO NA CIDADE DO RECIFE

Thayná Nascimento de Lima

Graduanda em Direito (UNICAP). Integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP).

## INTRODUÇÃO

Segundo dados colhidos em junho de 2016 pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o Brasil fica em 4º lugar no triste *ranking* de países com a maior população carcerária do mundo, contando, à época, com 726.712 presos. Em um contexto nacional, Pernambuco é o quarto Estado com a maior população carcerária do país e o nono com o maior número de presos provisórios (dos 34.555 presos, 51% estão em caráter cautelar). Ao mesmo tempo, a maioria dos Estados do Brasil apresenta alarmantes índices de ocupação prisional e, sobretudo, de superlotação das unidades prisionais. (CRUZ, 2011; DANTAS, 2013; VALENÇA, CASTRO, BORBA e MACHADO, 2016; VARALDA, 2007; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016)

Em 2011, começou a tramitar no Senado o Projeto de Lei nº 554, cuja proposta é alterar a redação do Código de Processo Penal Brasileiro e implementar as audiências de custódia no Brasil, em consonância com o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ambas Convenções foram ratificadas pelo Congresso Nacional em 1992, que as promulgou por meio dos Decretos nº 678 e 592, respectivamente. No entanto, tendo em vista os assustadores dados relativos ao uso da prisão processual no país, o Conselho Nacional de Justiça lançou o Projeto Audiência de Custódia em 2015, através da Resolução nº 213. O projeto chegou a Pernambuco em agosto de 2015 por meio da Resolução nº 380 do TJPE. (SILVA, 2015; SILVA, 2017; VALENÇA, BORBA E CASTRO, 2017)

Em concordância com o previsto nas mencionadas Convenções, o Projeto Audiência de Custódia determina que todo preso em flagrante deve ser apresentado ao juiz em até 24 horas após a sua detenção, ocasião em que terá contato com o defensor público, na falta de advogado próprio. A previsão desta audiência prévia é fundamental em razão do largo e arbitrário uso da prisão processual, a despeito do princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, CF/88). Isto se deve, em grande parte, à vagueza de alguns dos ditames legais referentes à fundamentação da custódia cautelar trazidos pelo Código de Processo Penal pátrio, especificamente o argumento de garantia da ordem pública, que deixa grande margem de subjetividade para o Juiz decretar ou não o encarceramento preventivo de um “suspeito”, denunciado pelo membro do *parquet* ou não. (SILVA, 2017 VALENÇA, CASTRO, BORBA e MACHADO, 2016)

No ensejo, aponte-se que o art. 312 do CPP determina que a custódia preventiva pode ser decretada quando, existindo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime (*fumus comissi delicti*), se faça necessária a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in libertatis*). Todavia, antes disto, deve o magistrado apreciar os requisitos do artigo 313 do CPP, dentre os quais figura a possibilidade de prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência nos casos em a vítima seja enferma, portadora de deficiência, idosa, criança, adolescente, ou se o delito envolver violência doméstica e familiar contra a mulher.

Registre-se desde logo que, nesse caso, não é preciso que se trate de crime doloso punível

com pena máxima superior a quatro anos, ou mesmo que se verifique a reincidência do acusado em qualquer crime doloso. Conforme apontado por Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras, assim se assenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo que até mesmo para os crimes de menor potencial ofensivo praticados em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher é cabível esta prisão processual, quando as medidas protetivas de urgência demonstrarem-se insuficientes. (VERAS, 2013; MONTENEGRO, 2015; SILVA, 2017)

Isto se justifica pelo contexto histórico em que exsurgiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva nestes casos, qual seja, o ano de 2006, com a promulgação da Lei nº 11.340, popularmente conhecida como Maria da Penha. O artigo 42 deste diploma legal acrescentou o extinto inciso IV ao art. 313 do CPP, autorizando a medida constritiva nos casos que envolvessem violência doméstica e familiar e fosse preciso assegurar a execução das cautelares de urgência. (VERAS, 2013; MELLO, 2015)

Outrossim, a despeito de a redação do artigo 313 ter sido alterada quase integralmente pela Lei nº 12.403/2011, manteve-se a previsão da custódia cautelar que a Lei Maria da Penha fez questão de incluir, no intuito de afastar-se tanto quanto pudesse do cenário anterior ao seu surgimento, em que a maioria dos crimes cometidos contra a mulher em contexto doméstico eram considerados de menor potencial ofensivo e julgados pelo rito da Lei 9.099/95 (que instituiu os Juizados Especiais Criminais).

À época, entendia-se que o procedimento dos Juizados era responsável por banalizar ou até mesmo incentivar a ocorrência de violência doméstica contra a mulher. Isto porque, como já mencionado, a maioria dos delitos que ocorrem neste contexto são considerados, nos moldes da Lei nº 9.099/95, de menor potencial ofensivo, quais sejam: ameaça, crimes contra a honra e lesões corporais leves. Como se pode perceber, todos são crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, de modo que o primeiro passo, dentro dos JECrims, era a tentativa de conciliação. Dentre as medidas despenalizadoras trazidas pelo rito sumaríssimo, esta era, sem sombra de dúvidas, a que causava maior consternação aos críticos deste sistema – não por acaso, já que é a única que pode ser considerada, de fato, uma alternativa ao Direito Penal Tradicional, haja vista deixar o conflito com as partes para que, juntos, encontrem uma solução. (PASINATO, 2004; PASINATO, 2010; FERREIRA, 2015; MEDEIROS, 2015; MELLO, 2015)

Sustentavam os críticos que o tratamento dado àqueles que agrediam mulheres em seus lares era demasiadamente brando, o que ensejaria os expressivos números de violência doméstica. As demandas por um tratamento mais severo resultaram na criação e promulgação da Lei nº 11.340/2006, que, dentre outras medidas, afastou a aplicação da lei dos JECrims e, com isso, a possibilidade de conciliação e das demais medidas despenalizadoras, recorrendo ao modelo do cárcere necessário e da máxima intervenção penal. Neste toar, dita lei incluiu no artigo 313 do CPP a possibilidade de decretação de prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência nas situações por ela resguardadas.

Como não poderia deixar de ser, a mencionada severidade que a Lei Maria da Penha traz no tratamento dos autores de violência doméstica, mesmo aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, demonstra a função simbólica desta lei, que dá a impressão de segurança sem, contudo, resolver as causas dos conflitos domésticos. Mais ainda: diante de sua rigidez, a lei perde a sua impessoalidade ao supor que todas as vítimas pretendem a prisão de seus ofensores, o que não se verifica na realidade, pois a maioria das mulheres deseja somente que a agressão cesse, e não que seu agressor seja punido criminalmente. (BRASIL, 2015; MEDEIROS, 2015; MELLO, 2015; ROSENBLATT e MELLO, 2015)

Isto porque

Exige-se que todas as mulheres sejam percebidas como Maria da Penha, vítimas de seus algozes, quase sempre seus maridos ou companheiros, e que desejam, a todo custo, a sua punição, para poder continuar a sua vida com tranquilidade. É importante ressaltar que, casos como esses são exceções e não regras no dia a dia, pois, em grande parte das agressões, as mulheres não querem a prisão do marido ou companheiro, mas apenas que a agressão não se repita. (MELLO, 2015, p. 109-110)

O cenário de inflexibilidade para com a violência doméstica é o que justifica a aparição deste crime como uma variável no Infopen de 2015, em 1%, já que, antes da Lei Maria Penha, era considerado de menor potencial ofensivo, para o qual não caberia prisão provisória.

Um estudo realizado logo após a implementação da Lei Maria da Penha demonstrou que há absolvição do réu por falta de na maioria dos casos em que, anteriormente a criação da lei, seriam resolvidos em sede de conciliação. Em boa parte destes, o homem-agressor havia sido preso preventivamente, e a sua esposa/companheira sentia-se culpada pela situação (MELLO, 2015).

Isto é, a ofendida passa a ter consciência dos efeitos negativos da prisão sobre aquele homem, haja vista que é ela a primeira pessoa que vai ao sistema penal visitá-lo. Assim, na violência doméstica, “a intervenção estereotipada do direito penal age duplamente sobre a vítima, pois não leva em conta a sua singularidade, os seus laços com o ‘agressor’.” (MELLO, 2015, p. 189) Logo, no decorrer do processo criminal, é rotineiro que a vítima passe a defender o agressor, de modo que acaba sendo vista como alguém que “gosta” ou “merece” apanhar. (MEDEIROS, 2015; MELLO, 2015)

Nessa esteira, o presente plano de trabalho foi inspirado por uma pesquisa promovida pelo IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) em convênio com o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Grupo Asa Branca de Criminologia, do qual a pesquisadora faz parte. Pretendeu-se a explorar como as prisões preventivas têm impacto no âmbito da Lei Maria da Penha, apontando em que medida agem promovendo uma dupla culpabilização do agressor e múltipla revitimização da vítima e, por conseguinte, compreender este cenário após a implementação das Audiências de Custódia. Para tanto, foram acompanhadas Audiências de Custódia na cidade do Recife, capital de Pernambuco e campo desta pesquisa.

## **MATERIAL E MÉTODOS**

Seguindo a técnica de triangulação de métodos, recomendada por estudiosos do método qualitativo (ARKSEY E KNIGHT, 1999; BACHMAN E SCHUTT, 2011; DENZIN, 1970), foram utilizadas várias fontes e uma variedade de estratégias de coleta de dados. Com efeito, foram quatro os métodos de coleta de dados empregados:

- 1) Pesquisa bibliográfica, onde foram revisados artigos científicos, capítulos de livro e livros que relacionados ao histórico de tratamento do Sistema de Justiça Criminal à Violência Doméstica e Familiar, ao histórico da prisão preventiva no Brasil e da arbitrariedade em sua aplicação, à implementação das Audiências de Custódia no Brasil e em Pernambuco, especificamente, e os impactos que proporcionou em relação à mencionada arbitrariedade; da prisão preventiva nos casos de Violência Doméstica e Familiar; da aplicação de medidas alternativas em casos de violência doméstica e familiar.
- 2) Análise documental – ou seja, a reunião e análise de documentos que não passaram por sistematização, contemplação e tratamentos científicos (SANTOS, 2007, p. 27-29; TREVES, 1999) – sobretudo dos autos de prisão em flagrante relativos aos presos encaminhados às audiências de custódia acompanhadas durante os meses de abril a junho de 2018 na cidade do Recife e,

havendo, a certidão de cumprimento do mandado de prisão, além da própria ata da Audiência de Custódia. A análise será feita a partir de um questionário pré-elaborado para fins de caracterização do preso, caracterização da prisão, decisão da audiência de custódia e informações sobre possível violência policial;

3) Observação não-participante (ANGROSINO, 2009) das Audiências de Custódia por 3 (três) meses, no Serviço de Plantão de Flagrantes que se localiza no estacionamento interno do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano, mais conhecido como Fórum Joana Bezerra, situado na cidade do Recife, campo desta pesquisa. Os registros de observação foram feitos em Diário de Campo produzido pela pesquisadora, onde foram registradas as condutas dos agentes do Sistema de Justiça, como o Juiz, o *parquet*, o defensor público e os advogados particulares, se é feito o devido procedimento, se o Juiz costuma atender ao pedido do Ministério Público ou não, quais as decisões tomadas pelo Juiz, quais as perguntas que o magistrado costuma realizar ao preso (BACHMAN, SCHUTT, 2011);

4) Análise de dados empíricos secundários, analisando as interações informais entre os atores do Sistema de Justiça Criminal registradas em Diário de Campo;

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

A etnografia das Audiências de Custódia do Recife possibilitou uma rica coleta de informações qualitativas e quantitativas no que diz respeito à execução do Projeto nesta cidade. No total, a equipe de pesquisa acompanhou 87 audiências nesta Capital, das quais apenas 06 tratavam-se de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher acobertados pela Lei Maria da Penha, analisados por diversas variáveis a seguir expostas. Ao lado disto, a dinâmica das audiências – sobretudo daquelas que envolvem a Lei nº 11.340/2006 – foram registradas em Diário de Campo. Digno de nota que, para além das audiências registradas em nosso banco de dados, esta pesquisadora acompanhou, informalmente, audiências de custódia nesta Capital durante o segundo semestre de 2018, em uma frequência aproximada de uma vez a cada quinze dias, experiência também levada em consideração para as observações acostadas neste relatório.

Ademais, é necessário apontar que a equipe de pesquisa também procedeu à coleta de dados na cidade de Olinda/PE em razão da pesquisa promovida pelo IDDD com o CNJ referida no item de introdução. Nesta cidade, o índice de casos de violência doméstica foi mais expressivo – 11 casos de 70 audiências acompanhadas –, motivo pelo qual seus dados serão aqui assentados de quando em quando, de modo a traçar um comparativo com a capital pernambucana.

As Audiências de Custódia de presos em flagrante por crimes cometidos em Recife/PE acontecem no Serviço de Plantão de Flagrantes, situado no estacionamento interno do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano, popularmente conhecido como Fórum Joana Bezerra. O espaço, embora pequeno, é suficiente para comportar duas salas para a realização das audiências – a despeito de haver apenas uma equipe de plantão por dia –, uma sala para o membro da defensoria pública, uma sala para o representante do Ministério Público, uma pequena copa e mais uma pequena sala onde são colocados os presos, enquanto aguardam o início das audiências. O horário de início do funcionamento do Plantão, oficialmente, é de 9hrs, mas dificilmente ocorrerá alguma audiência no turno da manhã. A depender do magistrado, as audiências têm início entre 11h30 a 13hrs, sendo realizadas as dos presos que forem conduzidos ao Serviço até as 16h30.

À época da coleta de dados, em média oito representantes do Ministério Público com atuação na Central de Inquéritos da Capital revezavam-se no comparecimento às audiências em dias úteis, enquanto que o número de magistrados se mantém sempre em cinco, tendo cada qual



o seu dia útil da semana para presidir as audiências. Aos sábados, domingos e feriados, a composição de membros varia de acordo com as respectivas listas de plantão de cada órgão. No tocante aos membros da defensoria, parece haver a designação de um membro específico por dia.

Ademais, a depender da equipe de Plantão, os casos envolvendo violência doméstica e familiar são levados primeiro ao crivo do magistrado plantonista, recebendo prioridade diante dos demais casos ocorridos em outros contextos, respeitada, outrossim, a preferência daqueles que envolvem autuados idosos.

Conforme já assinalado, das audiências acompanhadas, apenas seis trataram-se de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher em Recife e onze em Olinda. Registre-se desde logo que, em cinco dos casos de Recife e em todos os casos de Olinda, o custodiado tratava-se de um homem negro (preto ou pardo), que, ao ser perguntado pelo juiz, apontou residir em bairros periféricos, o que coaduna com os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, bem como com o perfil daqueles que ocupam o sistema carcerário assinalado no último DEPEN. (DEPEN, 2016)

Isso não significa, no entanto, que a violência doméstica seja um fenômeno isolado desta camada social, e sim que as vítimas mais abastadas usam o Sistema Criminal como barganha para a obtenção de vantagens na esfera cível, comumente em processos de divórcio, prática que se estende desde a época em que delitos de menor potencial ofensivo praticados contra a mulher no ambiente doméstico eram da competência dos JECrims. Nesse sentido, pode-se depreender que as mulheres vítimas de violência doméstica que pertencem à camada mais abastada da sociedade do Recife evitam acionar a polícia quando agredidas, o que resultaria na prisão em flagrante de agentes fora do padrão do negro periférico. (MELLO, 2015; CNJ, 2017).

No tocante ao estado civil, três dos seis autuados eram solteiros, enquanto dois conviviam em união estável e do outro não se obteve tal informação. Aqui, é impende salientar que a violência doméstica e familiar não ocorre somente entre casais, sendo abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quaisquer casos que se deem em ambiente doméstico e que sejam pautados por questão de gênero, o que abarca violências praticadas por pai, tio, irmão, filho em desfavor das mulheres de seu seio familiar, e até mesmo sendo a autora outra mulher – mãe, filha, irmã, tia –, muito embora não exista no banco de dados desta pesquisa nenhuma mulher autuada nesta circunstância, o que também não foi constatado por esta pesquisadora ao longo dos meses.

Pois bem. Antes de entrar na sala de audiências, o custodiado tem uma conversa particular com o seu advogado ou defensor público. O procedimento correto – e anteriormente adotado (SILVA, 2017) – seria que, mesmo havendo concurso de agentes, cada um tivesse o seu momento de conversa com representante de sua defesa. No entanto, notou-se o triste hábito de um determinado membro da defensoria pública conversar com os presos em grupos de 3 ou 4, ainda que não se trate do mesmo auto de prisão em flagrante delito. Inclusive, não há, por parte deste defensor, nenhum pudor em mencionar tal proceder diante do/a magistrado/a e do/a membro/a do *Parquet*, que se mostram indiferentes aos bons ou maus préstimos voltados ao direito de defesa do preso, já que tal conduta facilita e até mesmo acelera seus trabalhos, consoante a lógica burocrática da justiça em linha de montagem (VALENÇA, 2012; ROSENBLATT e VALENÇA, 2015).

Em todas as audiências assistidas havia, no mínimo, dois policiais militares na sala. Do lado de fora, um grupo maior de cerca de 5 ou 6 PMs aguarda o início da audiência seguinte, enquanto vigia a porta da saleta em que estão os próximos custodiados, revezando-se em conduzi-los a sala de audiência assim que o/a magistrado/a solicita. Em raros casos, quando o preso se mostrava mais exaltado ou agressivo, o grupo de policiais entrava integralmente na sala. No entanto, antes de apresentarem os autuados ao magistrado, os PMs retiram as algemas que eles usavam até

então. Assim que o/a juiz/a determina a saída do preso da audiência, ele é novamente algemado, ainda na porta da sala.

Conforme já apontado em pesquisas anteriores, o clima nas salas das Audiências de Custódia é surpreendentemente amistoso e leve. Não que fosse esperado um tratamento hostil entre os operadores do direito que ali figuram; é que, na verdade, todos parecem muito à vontade naquele ambiente, haja vista que, em sua maioria, são amigos ou conhecidos de longa data. Não é incomum que conversem sobre suas vidas particulares e contem de viagens, acontecimentos da família e datas comemorativas entre uma audiência e outra. Ao mesmo tempo, quando a audiência versa sobre alguma situação inusitada, fazem brincadeiras e piadas a respeito da situação em tela, inclusive, em alguns casos, na frente do custodiado enquanto este aguarda o início de sua audiência já dentro da sala designada, ou mesmo na presença do custodiado seguinte.

Quando se tratam de crimes em contexto de violência doméstica e familiar, presenciamos situações em que o clima jocoso e as piadas de cunho sexista chegaram a beirar o absurdo. Notamos que isso ocorre quando, após consulta aos antecedentes do custodiado, verificar-se que já tramita processo em alguma vara de violência doméstica e familiar em que figure a mesma vítima – as chacotas à ofendida e insinuações sobre a sua vida, aparência ou autoestima são feitas sem nenhuma reserva diante daquele que, naquele momento, figura como suspeito de tê-la agredido.

Pude presenciar, em mais de uma ocasião, posturas lamentáveis de todos os operadores do direito, desde o/a magistrado/a até advogados constituídos. Para ilustrar, menciono um caso emblemático, em que já tramitavam outros três processos daquele autuado em relação à mesma vítima. O membro do Ministério Público, ao receber tal informação, respondeu à magistrada, em tom de deboche: “Tapa de amor não dói. Já dizia o poeta, né!?” e, logo em seguida, emendou a fala dizendo que o caso em tela lembrava-lhe uma música. Após insistência da defensora pública, e diante da garantia da magistrada de que a audiência não estava sendo gravada, o promotor, bastante risonho, cantarolou alguns trechos de uma canção que romantizava a violência contra a mulher, que foi recebido com sorrisos e risadas por parte de todos os presentes, inclusive do custodiado.

Ainda no mesmo caso, mesmo após realizar a leitura do auto de prisão em flagrante delito e constatar que, à época, vítima e autuado estavam separados, a juíza mostrou-se indignada e teceu severas críticas às “mulheres que gostam de apanhar”, pois, no seu entender, algumas vítimas “faziam por onde”, pela forma como se comportam, e “depois ficam infernizando o judiciário”, em suas palavras. Asseverou, ainda, que estas ofendidas que “procuram” ou “permitem” a violência acionavam a polícia apenas para fazê-los “perder tempo”. Suas afirmativas receberam acenos de cabeça em concordância por parte da defensora, do *parquet* e, claro, do custodiado, que sorria durante toda a fala da magistrada.

No entanto, não se vê a mesma postura quando a violência doméstica ocorre entre parentes “de sangue”, como quando figuram pais/mães em relação a suas filhas, irmãos em relação à irmãs ou mesmo avós em relação a netas (e vice-versa, guardadas as proporções). Nestas situações, o mais comum é que os agentes recebam severas críticas, em tom de conselho, por parte dos operadores do direito. Não raro, os “conselheiros” sustentam, em seus sermões, que os autuados devem colocar o bem-estar da família acima de tudo, qualquer que seja a causa do conflito doméstico. Em apenas um dos casos, que destoava sobremaneira daqueles acompanhados por esta pesquisadora, o juiz “deu um sermão” quando a situação de violência doméstica se deu entre um casal.

Na ocasião, o magistrado deu uma verdadeira lição de moral no autuado, aduzindo que estava “pensando em prendê-lo”, de modo a fazê-lo crer que a liberdade provisória seria um favor que lhe seria feito por aquela autoridade. Assim disse o juiz:

Se acabou, por que o senhor ainda está nessa? É a segunda vez que ela foi na delegacia. Eu to pensando em prender o senhor, então pare. Eu já prendi um rico, de posse, com advogado... Vai virar bandido a pulso, é isso que o senhor quer? Então pare. Se tiver chance vai ficar com a tornozeleira eletrônica... E acabou, acabou. Deixa ela em paz. Não tem mais isso de porque ela é mulher, e você, homem. Ninguém manda em ninguém. Tem isso mais não. Ali onde você dormiu [*provavelmente a delegacia em que passou a noite do dia anterior*] são as flores, cinco estrelas.

Insta apontar que, quando a prisão flagrancial não é convertida em preventiva, a aplicação das medidas cautelares alternativas é praticamente regra, ainda quando não necessárias, servindo de “castigo” para os que delinquem mas não têm sua liberdade cerceada, conforme já constatado em pesquisas anteriores (CRUZ, 2011; DANTAS, 2013; VALENÇA, CASTRO, BORBA e MACHADO, 2016; VARALDA, 2007).

Nos casos abarcados pela Lei Maria da Penha, a situação agrava-se sobremaneira, visto que as medidas protetivas de urgência previstas ou não no artigo 22 do referido diploma legal são utilizadas, também, no intuito de convencer o agente a não repetir aquela conduta, figurando como uma espécie de barganha. Geralmente, quando a palavra é dada ao membro do Ministério Público, este adverte ao autuado de que, se solto for, será um ato de benevolência dos juristas ali presentes e uma oportunidade para que não volte a importunar a ofendida. Antes da retirada do custodiado da sala de audiência, o juiz plantonista costuma repetir o discurso, asseverando que, tornando o autuado a incomodar a vitimada, não haverá uma “segunda chance”.

Por isso mesmo, em cinco dos seis casos de Recife, o Ministério Público pleiteou por liberdade provisória cumulada com medidas cautelares, prosperando no pleito em quatro deles, uma vez que o magistrado decidiu converter duas das seis prisões em preventiva. Aplicadas geralmente em um “pacote”, é de praxe o uso da medida de comparecimento periódico ao juízo (quatro dos seis casos) e de afastamento de pessoa determinada (três dos seis casos), independentemente do caso concreto, enquanto o uso da monitoração eletrônica apresenta baixa incidência nesta capital (apenas em um dos seis casos ela foi utilizada). É que os juizes plantonistas possuem seus “modelos” de decisão prontos que, embora muito parecidos entre si, divergem nas cautelares e protetivas de urgência elencadas. Assim sendo, é comum que o representante do Ministério Público não sugira as medidas cautelares a serem aplicadas quando pugna pela liberdade e faça apenas menção genérica ao artigo 319 do CPP.

Por sua vez, Olinda tem a monitoração como uma das cautelares mais aplicadas, porquanto nesta cidade o *parquet* tenha pugnado pela conversão da prisão em apenas dois dos onze casos, vendo seus pedidos serem sempre atendidos pelo juiz. Registre-se que, nas duas cidades, a conversão da prisão em flagrante em preventiva justificou-se pelo fato de o autuado já possuir histórico de violência doméstica em relação à mesma vitimada, em dois deles já tendo descumprido medidas protetivas de urgência anteriormente impostas em seu desfavor.

Digno de nota que em nenhum caso o Ministério Público e o magistrado cogitaram a concessão de liberdade provisória sem cumulação com medidas cautelares, justamente pelo papel destas na mencionada “barganha” que, pelo que pude perceber, ocorre nos crimes de menor potencial ofensivo. Aqui cumpre apontar que, em Recife, todos os casos registrados são de lesão corporal leve ou ameaça. Já em Olinda, a despeito de apresentarem-se outros delitos, como o homicídio tentado, os crimes de menor potencial ofensivo chegam juntos a 65% dos casos estudados. Somando-se os dados de ambas cidades, estes mesmos delitos despontam em 76% dos casos apresentados, o que coaduna com os resultados da pesquisa empreendida pelo

Conselho Nacional de Justiça em 2017, que registra a ameaça, a injúria e a lesão corporal leve como os delitos de maior incidência no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher (CNJ, 2017).

Estes delitos, antes da vigência da Lei nº 11.340/06, seriam julgados pelos Juizados Especiais Criminais e passariam pela audiência de conciliação e, após a vigência da Lei Maria da Penha, costumam resultar na absolvição do réu por falta de provas (MELLO, 2015). Nesse sentido, portanto, não há como deixar de mencionar o papel fundamental da audiência de custódia como modo de evitar que tais agentes fiquem presos preventivamente em casos em que podem vir a ser absolvidos, conforme mencionado no item de introdução.

## CONCLUSÕES

A Lei Maria da Penha recrudescer o tratamento dado àqueles que cometem delitos em sede de violência doméstica e familiar contra a mulher, em resposta aos argumentos de que a Lei nº 9.099/95 tratava os agressores com muita brandura, de modo que chegava a banalizar os crimes praticados contra a mulher. (FERREIRA, 2015; MELLO, 2015).

É sabido, no entanto, que a Lei Maria da Penha traz consigo uma função simbólica, iludindo seus destinatários com a falsa percepção de que, a partir de sua entrada em vigor, a mulher estaria mais protegida das violências que lhe acometem no interior de seu lar. Não é possível ignorar que, pelo menos num primeiro momento, tal simbolismo trouxe a sensação de tranquilidade e uma falsa sensação de segurança jurídica às mulheres-vítimas – tudo isso sem apresentar, todavia, resultados concretos.

Isto se deve ao fato de que a Lei Maria da Penha trata apenas as consequências dos conflitos domésticos, e não as suas causas. Não há como ignorar que os dilemas envolvendo a violência doméstica têm como pano de fundo as questões de gênero, em que o masculino entende-se com o poder de subjugar o feminino, que, sem questionar, deve lhe ser subserviente (FERREIRA, 2015; MEDEIROS, 2015; MELLO, 2015; ROSENBLATT e MELLO, 2015).

A conclusão não pode ser outra senão a de que o Direito Penal (e, por conseguinte, o Processo Penal) não é meio idôneo de resolver os conflitos domésticos e familiares, que caracterizam-se pela desigualdade de gêneros e sentimento de propriedade dos homens sobre as mulheres, fatores que, em sua gênese, são eminentemente sociais. Entretanto, o Sistema de Justiça Criminal não é instrumento apto e nem adequado para a promoção de políticas sociais, sobretudo se considerarmos que o Direito e o Sistema de Justiça Criminal reproduzem as desigualdades que desembocam na violência doméstica e familiar contra a mulher. (FERREIRA, 2015; MELLO, 2015; ROSENBLATT e MELLO, 2015; ROSENBLATT e VALENÇA, 2015).

Tal ilação me parece ainda mais acertada após a pesquisa de campo. Antes da Lei Maria da Penha, sustentava-se que os homens saíam dos Juizados Especiais com a sensação de que aquela violência era legitimada pelo Estado e que sua postura era permitida, haja vista que, com o aguardo do prazo decadencial – “solução” em muitas conciliações –, o agressor sentia que todo aquele procedimento não havia dado em nada. Este, sem sombra de dúvidas, era o fator primordial para se considerar que a Lei nº 9.099/95 trivializava a violência doméstica.

Contudo, ao ser colocado em liberdade provisória em sede de audiência judicial de custódia, este agente pode chegar a mesma conclusão de que todo aquele procedimento em nada resultou. Não que se deseje a conversão da prisão flagrancial em preventiva em todos os casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. A preocupação, aqui, diz respeito ao discurso que está por trás da concessão da liberdade provisória, aliada sempre a um “pacote” de

medidas cautelares, além do cenário e da postura de alguns dos operadores do direito que conduzem e participam das audiências de custódia envolvendo violência doméstica familiar, o que também pode levar o autuado a crer que sua conduta foi chancelada pelo judiciário.

Não por acaso, a Lei nº 13.641/2018 incluiu na Lei Maria da Penha o art. 24-A, que prevê pena de detenção de 03 meses a 02 anos para aquele que descumprir decisão judicial que deferiu medidas protetivas, haja vista o rotineiro descumprimento por parte dos agressores – seja nos procedimentos iniciados por portaria, seja nos que tiveram início após lavratura de auto de prisão em flagrante delito.

Desta feita, o dilema permanece, posto que o recrudescimento trazido pela Lei Maria da Penha não foi suficiente para dirimir a realidade da violência contra a mulher. Por assim ser, é de fundamental importância que se ampliem os horizontes para além do direito penal quando tratar-se de violência de gênero em contexto doméstico, de modo que se rompa com o modelo de justiça penal tradicional como o único e inevitável meio para resolver tais contendas, haja vista que o direito penal não serve bem a este propósito por não levar em conta a singularidade da relação entre vítima e agressor e desconsiderar a existência do fator afeto e de laços que, por vezes, não podem ser rompidos (ROSENBLATT e MELLO, 2015).

## REFERÊNCIAS

ANGROSINO, Michael. **Etnografia e observação participante**: Coleção Pesquisa Qualitativa. São Paulo, Editora Artmed, 2009.

ARKSEY, Hilary; KNIGHT, Peter. **Interviewing for Social Scientists**: An Introductory Resource with Examples. Sage, London, 1999.

BACHMAN, R; SCHUTT, R. **The Practice of Research in Criminology and Criminal Justice**. 4a ed. Londres: SAGE, 2011

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Violências contra a mulher e as práticas institucionais**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, 2015. 109 p. (Série Pensando o Direito, 52)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Entre práticas retributivas e restaurativas**: A Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do poder judiciário [Sumário Executivo]. Série Justiça Pesquisa, 2017.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DANTAS, Luziana Barata. **A Prisão Preventiva e o Paradigma da Pós-Modernidade em Bauman**. Núria Fabris Editora, 2013.

DENZIN, N.K. **The Research Act in Sociology**: a Theoretical Introduction to Sociological Methods. London: Butterworth, 1970.

FERREIRA, Débora de Lima. Do Movimento Feminista Às Formas de Resolução de Conflitos Domésticos: A real fundamentação da política criminal de combate à violência à mulher. In: **Para além do código de Hamurabi**: estudos sociojurídicos [e-book] Luciano Oliveira, Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Fonseca Rosenblatt (Org). - Recife: ALID, 2015 Disponível em: <http://www.unicap.br/biblioteca/pages/wp-content/uploads/2015/09/paraalemdocodigo-dehamurabi.pdf>. Acesso em 15 jul. 2019.

MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga de. **Reflexões sobre o punitivismo da lei “Maria da**

**Penha” com base em pesquisa empírica numa Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife.** 2015. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológicocrítica.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional, **INFOPEN**, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf). Acesso em 03 jun. 2019.

PASINATO, Wânia. **Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça.** XXVIII Encontro da Associação Nacional de PósGraduação em Ciências Sociais – ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: Novas abordagens sobre velhas propostas. *Civitas*, 10(2): 216-232, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/civitas/article/view/6484/5603>. Acesso em 09 dez. 2018.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da justiça restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos. In: **Para além do código de Hamurabi: estudos sociojurídicos [e-book]** Luciano Oliveira, Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Fonseca Rosenblatt (Org). - Recife: ALID, 2015. Disponível em: <http://www.unicap.br/biblioteca/pages/wp-content/uploads/2015/09/paraalemcodigodehamurabi.pdf>. Acesso em 15 jul. 2019.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; VALENÇA, Manuela Abath. Saídas restaurativas para uma justiça em linha de montagem. In: **Para além do código de Hamurabi: estudos sociojurídicos [e-book]** Luciano Oliveira, Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Fonseca Rosenblatt (Org). - Recife: ALID, 2015. Disponível em: <http://www.unicap.br/biblioteca/pages/wp-content/uploads/2015/09/paraalemdocodigodehamurabi.pdf>. Acesso em 15 jul. 2019.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. **Metodologia científica: a construção do conhecimento.** 7. Ed. Lamparina: Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, Alana Barros da. *et al.* **A ilusão do jus puniendi: da audiência de custódia enquanto trilha para a suplantação do paradigma do cárcere.** In: EdiPUCRS, Anais, Rio Grande do Sul, nov. 2015. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/congresso-de-criminologia/assets/2015/51.pdf>. Acesso em 28 abr. 2019.

SILVA, Alana Barros da. **Ilusória Última Ratio: A prisão preventiva e a superlotação do complexo prisional do curado á luz do instituto da audiência de custódia em Recife.** **Monografia,** Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2017.

TREVES, Renato. Métodos de pesquisa empírica. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica.** 2. Ed. Pioneira: São Paulo, 1999.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife.** Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#\\_edn3](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#_edn3). Acesso em 8 abr. 2018.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; BORBA, Marcela Martins. Audiências de Custódia e seus desafios: apontamentos a partir da realidade do Recife. In:

**Audiências de Custódia.** SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.] Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VALENÇA, Manuela Abath. **Julgando a liberdade em linha de montagem:** um estudo etonográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação e, Doreotp da UFPE, 2012.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência.** Prisão preventiva e ordem pública. SAFE FABRIS, 2007.

VERAS, Érica Canuto de Oliveira. As hipóteses de prisão preventiva da Lei Maria da Penha na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Centro e Estudos de aperfeiçoamento funcional. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/9750367-As-hipoteses-de-prisao-preventiva-da-lei-maria-da-penha-na-visao-do-superior-tribunal-de-justica.html>.>



# GP 02

A "MULTIDÃO QUEER": SEXUALIDADES,  
CORPORALIDADES E TRANSGRESSÕES  
EM DIÁLOGOS INTERSECCIONAIS

**Coordenação:**

Jorge Luiz Oliveira dos Santos (UNAMA)

Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith(UFPA)





## TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA: A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO

**Camilla Danielle Soares Costa**

Especialista em Direito Civil (UNIDERP). Advogada.

### INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Se se descobrir transexual já era um desafio para uma pessoa adulta, ele se torna ainda maior quando se é uma criança ou um adolescente, seja por eles não conseguirem compreender o que está de errado com o próprio corpo, seja por terem de se habituar às dúvidas existentes diante de uma sociedade discriminatória. Portanto, o presente trabalho científico terá por finalidade analisar a situação jurídica dos menores transexuais tanto na sociedade, quanto no direito brasileiro.

Como o infante ainda se encontra em desenvolvimento físico e psíquico, ele precisa do apoio e suporte dos adultos, os quais deverão entender que o menor transexual poderá optar por receber um tratamento que venha lhe propiciar o seu pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral e sexual, tal como fundamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Além da convivência familiar e em sociedade, que podem ser bastante difíceis, as crianças e os adolescentes transexuais têm, ainda, de enfrentar o bullying e a transfobia nas escolas.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro, observar-se-á o conceito de transexualidade infantil, bem como a transfobia existente nas escolas e a diferença entre transexual e tomboy. O segundo capítulo abordará os direitos da personalidade, em especial o direito ao nome e ao nome social. O terceiro analisará a situação jurídica do menor transgênero quanto à possibilidade da retificação do prenome e do sexo no registro civil e o problema da morosidade da justiça, sendo feita uma breve análise sobre o Projeto de Lei do Senado nº 134/2018, também conhecido como Estatuto da Diversidade.

Para alcançar o desiderato científico proposto, serão utilizados os métodos dedutivos e da técnica de procedimento bibliográfico e legislativo, tendo como fontes primárias os provimentos, as resoluções, as legislações, as dissertações e as doutrinas jurídicas. Como fontes secundárias, serão utilizados resumos e artigos científicos.

Por fim, o objeto deste trabalho científico se voltará para criar um espaço aberto a diálogos positivos e confiáveis para que, dessa forma, as pessoas possam reconhecer a identidade

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado sob o título Transexualidade na Infância e Adolescência: a luta pela identidade de gênero no direito brasileiro, no livro/e-book Debates e Reflexões sobre Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero, Recife: FASA, , 2019. p. 109- 130.

transgênero na infância e na adolescência, entendendo que esses menores devem ser tratados em igualdade de oportunidades como outras pessoas, pois o respeito não cria rótulos.

## **TRANSEXUALIDADE INFANTIL**

### **Conceito**

Para entender o conceito de transexualidade, é necessário, primeiro, entender o significado de identidade de gênero.

A identidade de gênero é a compreensão pessoal que cada sujeito constrói sobre si em relação às definições sociais de masculinidade e feminilidade, fazendo com que cada um se localize dentro desse universo de gênero. Segundo Elizabeth Zambrano (ZAMBRANO, 2006, p.104):

(...) é a forma de um indivíduo e perceber e ser percebido pelos outros com masculino ou feminino, de acordo com os significados desses termos construídos pela cultura à qual pertence. É tudo o que a própria pessoa espera de si, em função de classificar-se, naquela sociedade, como homem ou mulher: o lugar simbólico a ser ocupado nas relações com os outros, os tipos de roupas que deve vestir, os comportamentos prescritos e os interditados, além dos sentimentos que se presume deva experimentar.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), em sua Resolução 11, conceitua identidade de gênero da seguinte maneira:

§ 1º - Para efeitos desta Resolução, considera-se, de acordo com os Princípios da Yogyakarta:

II - Identidade de gênero "a profundamente sentida, experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos."

Essa identidade pode estar, ou não, relacionada ao sexo atribuído no momento do nascimento. Cisgênera é a pessoa que se identifica com o seu sexo biológico. Por outro lado, quando a pessoa não se identifica com a identidade que lhe foi atribuída, é denominada de transexual, sendo a manifestação da sua liberdade de gênero. Portanto, o direito a essa identidade é o direito de cada um ser reconhecido como realmente é, e, por causa disso, o indivíduo deve ver respeitado o direito à sua própria imagem real, segundo os valores que crê, não de acordo com uma imposição social.

Segundo João Nery e Icaro Gaspodini (GASPODINI, 2015, p. 65), os indivíduos transgêneros são aqueles "cuja identidade de gênero não coincide de modo exclusivo e permanente com o sexo designado no nascimento", ou seja, não se veem representados por aquilo que a sociedade lhes impôs quando da sua vinda ao mundo.

No Brasil, além da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu, em sua Resolução nº1955, de 12.8.2010, que o transexual "é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio". Além disso, tal resolução definiu critérios mínimos para a definição da transexualidade, quais sejam (a) o desconforto com o sexo anatômico natural; (b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; (d) ausência de outros transtornos mentais.

Em contrapartida, no corrente ano a OMS finalmente retirou a transexualidade do rol de doenças mentais. Portanto, espera-se que a CFM também altere a resolução acima citada e acompanhe o movimento de despatologização dessa identidade.

A identificação com o sexo oposto e o eventual desejo de uma pessoa em assumir uma nova identidade de gênero se formam ainda na infância, sendo possível que algumas pessoas só venham a compreender sua verdadeira identidade de gênero apenas na adolescência ou na fase adulta.

A psicóloga e coordenadora do grupo de apoio aos transexuais do Hospital Universitário de Brasília (HUB), Sandra Romero Studart, entende que os transexuais se identificam com o gênero oposto àquele que lhe foi atribuído no nascimento desde a infância, com 4 ou 5 anos de idade. Segundo ela:

Vão percebendo que estão fora daquele modelo de gênero que é cobrado deles. O menino tem que brincar com a bola, a menina, com a boneca. Hoje já se transita isso de uma forma diferente. O masculino e o feminino transitam em todas as áreas sem tanta pressão. Não que seja fácil para essas pessoas, mas acho que, se compararmos com antigamente, as pressões para assumir a sua identidade, sua orientação, elas vêm bem menos sofridas.

A transexualidade infantil se mostra quando a criança, desde a primeira infância, demonstra um extremo desconforto com as características do seu sexo biológico, querendo ser vista de acordo com o que deseja ser.

Quando a criança descobre que pertence ao gênero oposto àquele descrito em sua Certidão de Nascimento pode acarretar em um sofrimento inimaginável, especialmente quando ela tem de seguir uma norma estabelecida pela sociedade cisnormativa, àquela de que todas as pessoas devem ser cisgêneras, vivendo, portanto, a algo que não escolheu pelo resto de sua vida.

Em caráter ilustrativo, destaca-se um caso ocorrido no Brasil em 2016, quando os pais da criança notaram a sua aversão ao sexo biológico aos três anos de idade, quando foram surpreendidos por ela tentando cortar o seu órgão genital. Um ano depois, eles procuraram ajuda de especialidade e a criança passou a ser acompanhada. Em janeiro, foi proferida uma sentença concedendo à criança o direito de alterar os seus documentos para evitar constrangimentos.

Embora a sentença se mostre plenamente aceitável do ponto de vista jurídico quanto à sua fundamentação, não há o que se falar em alteração de documentos apenas para evitar constrangimentos, mas sim para permitir que aquela criança seja vista pela sociedade da forma que ela vê a si própria.

Além disso, faz-se necessário distinguir o que se entende por uma simples brincadeira, daquilo que se torna um comportamento constante. De acordo com o psiquiatra Alexandre Saadeh:

É muito comum crianças inverterem os papéis, e quando é algo pontual não há maiores problemas. Mas, se isso se tornar um hábito frequente, diário, o menino querer mudar de nome, usar presilha e brinco, é indicado que os pais e o filho passem por uma avaliação profissional antes de qualquer coisa, para ver se essa é uma questão familiar que a criança está tentando resolver dessa forma ou se já é um transtorno de gênero.

Saadeh diz ainda que cada caso é diferente e precisa de um acompanhamento diferenciado. Se a criança realmente for transexual, não poderão os pais ser violentos com ela e nem a censurar, pois isso poderá piorar a situação.

A não aceitação por parte da pessoa cisgênera, seja no âmbito familiar ou social da criança, poderá impedir o seu crescimento e desenvolvimento pessoal e social, o seu bem estar, o seu conforto e a sua segurança.

### **Transfobia no ambiente escolar**

O termo transfobia é utilizado para conceituar a discriminação e o preconceito contra pessoas transgêneras (transexuais, travestis, não-binários, intersexuais, etc). A transfobia no ambiente escolar ocorre das mais diversas formas, como (a) o preconceito velado à agressão verbal, física e sexual por parte dos alunos, professores e funcionários; (a) a exclusão social ao silenciamento de agressões verbais e físicas por parte dessas pessoas; (c) o desrespeito ao nome social e ao uso do banheiro de acordo com o gênero; (d) a falta do próprio reconhecimento das identidades de gênero e das pessoas transgênero. Logo, ao invés da escola ser um ambiente de socialização e educação para esses alunos, ela passa a ser considerada um ambiente hostil e psicologicamente perturbador, podendo gerar danos irreversíveis para as crianças e os adolescentes transgêneras.

Por causa da transfobia nas escolas, os alunos transexuais passam a apresentar dificuldades de aprendizagem e concentração, começam a ter perda de autoestima e autoconfiança, a expressar sentimentos de culpa e vergonha, podendo desenvolver doenças mentais como a ansiedade e a depressão e, em alguns casos, são levados à tentativa de suicídio.

Um caso conhecido foi a do jovem Allan, de 17 anos, que, após ter sofrido bullying e transfobia na escola por ser transexual, cometeu suicídio em 2015 na Catalunha, localizada na Espanha . A mãe do jovem comentou que seu filho não cometeu suicídio, mas havia sido “vítima de um crime social”. Ela ainda atribuiu a culpa aos colegas de classe de Allan, que levantavam a sua blusa e perguntavam como ele usava um nome de menino se ele tinha seios.

Apesar da Constituição Federal, em seu artigo 205, assegurar a educação como direito de todos, é possível concluir que os alunos transexuais têm mais dificuldade de permanecer na escola, por serem vítimas constantes da transfobia. Contudo, o que se deve fazer? Como transformar um ambiente discriminatório em um espaço inclusivo e acolhedor que assegure o direito à educação a todos e não somente a alguns e, sobretudo, respeitando as diferenças entre uns e outros?

As escolas reafirmam, diariamente, a heteronormatividade, excluindo indivíduos que não fazem parte do padrão pré-estabelecido de se ter determinado o sexo quando do nascimento. Além disso, a falta de informação e formações de profissionais de educação referentes à diversidade sexual e de gênero, dificulta a passagem dos alunos transexuais pela escola. Dessa maneira, faz-se necessário ser criadas propostas políticas-pedagógicas para que se possa minimizar, ou até mesmo acabar, com a transfobia no ambiente escolar. Entre elas estão:

1. Produção e reprodução de materiais educativos e informativos sobre os temas que abordem combate a qualquer forma de violência ou preconceito contra as pessoas LGBT+;
2. Formação de profissionais de educação e de saúde pra que eles possam lidar de forma não discriminatória com as crianças transgêneras.

O enfrentamento da transfobia é uma ação que precisa ser realizada junto com a família e toda a comunidade escolar. A gestão e a equipe escolar devem estar preparadas para promover debates com a comunidade, desconstruindo os preconceitos e posicionando-se para a defesa e proteção das crianças e adolescentes transexuais. É imprescindível envolver os/as responsáveis,

inclusive os que são resistentes, a esse debate, com o objetivo de se estabelecer um diálogo aberto e construtivo que estimule o respeito às crenças e visões de si próprio e do mundo.

### **Tomboy vs. Transexual**

É bastante comum meninas gostarem de brincadeiras socialmente rotuladas como sendo de rapazes, como por exemplo, futebol ou lutas, além de apresentarem características tipicamente de meninos, como o uso das roupas e cortes de cabelo. Contudo, isso não quer dizer de imediato que essas meninas se identifiquem como meninos transexuais.

A palavra tomboy se refere a uma pessoa do gênero feminino que prefere atividades ou comportamentos masculinos e é utilizada para se referir a três determinados grupos, quais sejam:

1. Meninas e/ou mulheres que se identificam com o seu sexo biológico e que, por acaso, gostam de atividades e comportamentos que a sociedade percebe como masculinas.
2. Meninas e/ou mulheres que gostam de atividades e comportamentos que a sociedade percebe como masculinas, mas que são infelizes ou confusas sobre a sua identidade, pois sentem que isso não é socialmente certo ou que elas são de alguma forma menos mulheres do que outras por não serem suficientemente femininas.
3. Meninas e/ou mulheres que não se identificam com o seu sexo biológico, sentindo-se como meninos e/ou homens e que gostam de atividades e comportamentos que sua sociedade percebe como masculinos.

Os dois primeiros grupos são as consideradas como tomboys ou “meninas-rapazes” e o terceiro grupo, considerados como meninos/ homens transexuais.

### **DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os direitos da personalidade correspondem àqueles direitos que integram a condição essencial da pessoa humana como pressupostos de sua existência e de sua dignidade. De acordo com Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade podem ser conceituados como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio.

Além disso, esses direitos são considerados indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inatos, absolutos e de efeitos erga omnes. São, ainda, extrapatrimoniais, porém, caso sejam lesados, gera-se o direito à indenização na medida da extensão do dano.

O artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB) dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ou seja, o ser humano, ao nascer com vida, torna-se titular de direitos e obrigações, contraindo capacidade e, portanto, personalidade jurídica.

Os direitos da personalidade podem ser encontrados em um rol exemplificativo no Capítulo II do Título I, Livro I da Parte Geral do Código Civil Brasileiro (CCB), intitulado “Dos direitos da personalidade”. Destacam-se como propósito do presente artigo o direito ao nome e ao nome social.

O CCB de 2002 estabelece, em seu artigo 16, que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e sobrenome”. Dessa forma, o nome é o meio de identificação da pessoa natural para com a família e com a sociedade, impedindo que ela seja confundida com outra. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 65), “o nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade”.

Conforme exposto, o nome possui dois elementos essenciais: 1) o prenome, que embora seja de livre escolha, possui algumas restrições, tais como a impossibilidade de expor o sujeito ao ridículo; 2) o sobrenome ou nome de família, o qual advém da própria filiação.

Por sua vez, o nome social reflete a manifestação da identidade de gênero adotada pela pessoa transexual. A utilização do nome social não resulta em alterações dos documentos ou registro civil da pessoa, permanecendo inalterados o prenome e o sexo. Contudo, o reconhecimento ao nome social busca garantir o respeito à identidade de gênero das pessoas transexuais, prevenindo-as de atos discriminatórios.

A implementação do nome social no Brasil vem sendo feita de maneira lenta, diante da escassez de normas que tratam da matéria, cabendo aos estados à regulamentação do uso do nome social.

No âmbito educacional, as escolas e universidades vêm efetivando o reconhecimento ao nome social em todo o território nacional. Um exemplo seria a Instrução Normativa nº 02/2016 elaborada pela Secretaria Estadual de Educação de Pernambuco, que instituiu que, a partir de 2017, o nome social dos menores transexuais, através de autorização por escrito dos pais ou responsáveis, deverá acompanhar o nome civil em todos os registros internos da instituição de ensino, incluindo matrículas, fichas de frequência e cadernetas eletrônicas. Além disso, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) já vem reconhecendo, desde 2015, a utilização do nome social dos transexuais nas realizações das provas.

Em janeiro de 2018, foi homologada a resolução do Conselho Nacional de Educação, que autoriza o uso do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares da educação básica. No caso de estudantes menores de idade, esta solicitação deve ser apresentada pelos seus representantes legais.

Todavia, já que o nome social não possui eficácia absoluta no viés prático, pois ele não altera o prenome e o sexo no registro civil, torna-se evidente que a retificação do prenome seja necessária para que haja a efetiva identificação da pessoa para com a sociedade, bem como para com a sua própria personalidade.

## **SITUAÇÃO JURÍDICA DO MENOR TRANSGÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO**

### **A possibilidade da mudança do prenome e/ou do sexo no registro civil e a morosidade da justiça**

Embora, em regra, o prenome seja imutável, a sua alteração pode ser realizada em um contexto de excepcionalidade legal. A título de exemplo, a mudança do prenome pode ocorrer por motivo de exposição ao ridículo, erro gráfico, inclusão de apelido público notório, em razão da maioridade ou da adoção.

No caso da transexualidade, por não haver legislação que possa regular expressamente a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, cabe ao Poder Judiciário, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, resolver o pedido de retificação.

Com base nos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da integridade, o da solidariedade e o da liberdade, atrelados com os direitos da personalidade, a jurisprudência brasileira vem autorizando as modificações no que tange ao prenome e ao sexo nos assentamentos públicos.

Em 2013, uma juíza em São Paulo concedeu um pedido judicial de um menor para a adequação do Registro Civil, considerando que:

[...] Não é justo nem aceitável submeter a requerente a mais anos de sofrimentos angustia, vexames e vergonhas. Se há uma medida judicial que pode contribuir com o seu bem-estar, com a sua adequação á sociedade, com o seu amor próprio, que vai lhe deixar mais feliz e até mais preparada para enfrentar todas as dificuldades que a vida lhe reserva, não há motivo justo para o judiciário lhe voltar às costas. Não permitir a referida alteração, com fundamento exclusivamente em sua menoridade, corresponderia a condená-la a conviver por mais três anos com os conflitos que a atormentam e inegavelmente, atingem a dignidade da pessoa humana protegida pela Constituição Federal. [...] Assim, ante o exposto ausente indícios de prejudicialidade para terceiros, manifesto-me favoravelmente à pretensão contida na inicial. (VIEIRA, 2013, p. 22-24)

No entanto, a burocracia e a morosidade existentes nos processos judiciais são tão grandes que podem prejudicar o desenvolvimento psicológico dos menores transexuais. Além disso, a existência da insegurança jurídica poderá agravar ainda mais a situação do menor, tendo em vista que as crianças dependem da sensibilidade dos magistrados para ter acesso aos seus direitos em razão das lacunas legislativas.

A título ilustrativo tem-se o caso da família de um menino de nove anos que conseguiu, em 2016, autorização judicial para a alteração do seu prenome no registro de nascimento, bem como a mudança de sexo do masculino para o feminino . Apesar do êxito na ação judicial, o problema da morosidade judicial se encontra no fato de que o processo tramitava desde 2012, ou seja, passaram-se quatro anos para que a criança conseguisse ter os seus prenome e sexo alterados no registro civil, tendo a sua identidade de gênero reconhecida.

A demora judicial quanto ao pedido de alteração de prenome e do sexo no registro civil pode causar diversos problemas às crianças e aos adolescentes transexuais, que, além de ter a sua identidade de gênero negada, eles podem sofrer violência pela ausência de documentos que os identifiquem corretamente em razão da ausência do prenome no registro.

Por outro lado, em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em decisão unânime, que as pessoas trans podem alterar o prenome e o sexo no registro civil sem que se submetam à cirurgia ou à decisão judicial. Nas palavras do excelentíssimo ministro Celso de Mello, “a prévia autorização judicial é desnecessária e encontra equacionamento na lei dos registros públicos, uma vez que se surgir situação que possa caracterizar fraude caberá ao oficial do registro civil a instauração de procedimento administrativo de dúvida”.

Em junho do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o provimento nº 73/2018 que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome, do gênero, ou de ambos nos assentos de nascimento e casamento da pessoa transgênera no registro civil, independentemente de cirurgia ou de decisão judicial. Para tanto, basta que o interessado seja maior de 18 anos e habilitado à prática de todos os atos da vida civil.

Mesmo antes de a regulação mencionada ter sido publicada pelo CNJ, alguns estados já haviam editado regras semelhantes para que os cartórios pudessem averbar a alteração do prenome no registro civil independentemente da cirurgia. Em Pernambuco, por exemplo, foi aprovado o provimento nº 07/2018 que regulamenta o procedimento de averbação da alteração do prenome e do sexo dos transgêneros no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais/patologizantes. Ainda sobre este provimento, merece destaque o seu artigo 1º, que atribui tal procedimento não só aos transgêneros maiores de 18 anos, mas também aos relativamente incapazes devidamente assistidos. Em outras palavras, adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos podem, desde que assistidos pelos seus pais ou representantes legais, formular o requerimento de substituição do seu prenome e/ou sexo no registro civil.

Art. 1 Os transgêneros que assim se declararem, maiores de 18 anos, capazes ou emancipados, bem como os relativamente capazes devidamente assistidos, poderão formular requerimento de substituição de prenome, sexo, ou ambos, direta e pessoalmente em qualquer Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco, para fins de averbação e anotações em seu assento de nascimento.

Portanto, apesar da morosidade do Judiciário, foram encontrados meios para que o processo de retificação do prenome e do sexo no registro civil se torne mais célere aos menores transexuais, para que eles possam ter uma vida digna, sem preconceitos e sem discriminações.

### **Uma breve análise sobre o projeto de lei nº 134/2018, o Estatuto da Diversidade.**

Em virtude da demora da justiça e da insegurança jurídica causada em razão desta e mesmo existindo provimentos que autorizem a averbação da mudança do prenome e do sexo no registro civil sem precisar de autorização judicial, é necessária a existência de leis que possam regulamentar a situação do menor transexual no direito brasileiro, assegurando-o o direito a vida, à integridade física e à inclusão social.

Em 2017, a Comissão Especial de Diversidade de Gênero e Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou, ao Senado Federal, o anteprojeto da lei para instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero, tendo como objetivo de promover a “inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero”.

Aprovado em 26 de março de 2018, pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), e havendo parecer favorável da relatora, a senadora Marta Suplicy do PMDB de São Paulo, o Estatuto da Diversidade passa a tramitar pela apreciação do Senado como Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 134/2018, sendo ainda apreciado pelas comissões competentes do Senado e da Câmara dos Deputados.

Ainda, de acordo com a comissão criadora da proposta, para aprová-la terá seus obstáculos, pois além de ser o primeiro projeto de lei a ser aprovado com esta temática, há resistências dentro do Congresso Nacional que utilizam a família tradicional conservadora como argumento de impedir que a proposta avance.

No entanto, é preciso que este projeto de lei seja aprovado pelo Congresso e entre em vigor, pois apesar de a Constituição Federal consagrar a dignidade da pessoa, a liberdade e a igualdade, além de vedar discriminações de qualquer ordem, cabe ao legislativo editar regulamentos infraconstitucionais para dar efetividade às suas diretrizes, aos seus princípios e as suas normas.

Apesar de existirem decisões judiciais que autorizem a mudança do prenome e do sexo no registro civil dos menores transexuais, o Poder Judiciário não substitui o Poder Legislativo, mas apenas cumpre o seu encargo de julgar e, na medida do possível, suprir as lacunas no sistema do ordenamento jurídico, exercendo a sua função contra-majoritária.

A aprovação deste projeto se torna indispensável para assegurar os direitos, criminalizar posturas lgbtfóbicas, além de impor a adoção de políticas públicas para assegurar a inserção de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais no âmbito da tutela do sistema jurídico.

O Estatuto da Diversidade garante uma gama de direitos que incluem, dentre outros, o da livre orientação sexual e identidade de gênero, o direito de constituir família, o direito de não discriminação e o direito ao acesso à justiça e à segurança.



O direito à livre expressão de identidade de gênero assegura o direito ao uso do nome social, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou da alteração do prenome no registro civil (art. 38).

Independente de realização de cirurgia de transgenitalização e de apresentação de perícias ou laudos médicos/psicológicos (art. 39), o direito à retificação do prenome e da identidade sexual, podendo ser requerida diretamente ao Cartório do Registro Civil, sem a necessidade de ação judicial ou de representação por advogado, sendo garantida, ainda, a gratuidade do procedimento (art. 40).

Além disso, o uso do nome social será garantido em todos os estabelecimentos de ensino fundamental e médio, devendo este constar em todos os assentos escolares e registros acadêmicos. O pedido deve ser formulado por escrito pelo próprio aluno e, mesmo no caso de ser relativamente ou absolutamente incapaz, não há necessidade da concordância dos pais ou responsáveis (art. 62).

Os procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação à identidade de gênero podem iniciar a partir dos 14 anos, desde que haja indicação terapêutica de equipe médica e multidisciplinar, sendo a cirurgia redesignação sexual somente podendo ser realizada a partir dos 18 anos.

Dito isto, os menores transexuais fazem parte de uma minoria da sociedade alvo de preconceito e de discriminação, razão pela qual, merecem uma tutela diferenciada para terem, assim seus direitos reconhecidos, devendo o Estatuto da Diversidade ser aprovado o mais rápido possível, já que, constitucionalmente falando, a democracia é direito de todos.

## **CONCLUSÃO**

Conforme analisado, constatou-se que o direito à identidade de gênero é o direito que cada ser humano tem de ser reconhecido como realmente é e, por causa disso, o indivíduo deve ver respeitado o direito à sua própria imagem real, segundo os valores que crê.

A identificação com o sexo oposto e o eventual desejo de uma pessoa em assumir uma nova identidade de gênero se forma ainda na infância, sendo possível que algumas pessoas só venham a compreender a sua verdadeira identidade de gênero na adolescência ou na fase adulta. A transexualidade infantil é, portanto, quando a criança, desde a primeira infância, demonstra um extremo desconforto com as características do seu sexo biológico, expressando ser vista de acordo com o gênero que deseja ser.

Além da convivência familiar e em sociedade, que podem ser bastante difíceis, as crianças e os adolescentes transexuais têm, ainda, que enfrentar o bullying e a transfobia nas escolas, que, ao invés de serem ambientes de socialização e educação para esses alunos, as escolas passam a ser consideradas ambientes hostis e psicologicamente perturbadoras, gerando, muitas vezes, danos irreversíveis. Por causa disso, foram analisadas no presente trabalho, propostas políticas-pedagógicas que devem ser criadas para que se possa minimizar, ou até mesmo acabar, com a transfobia no ambiente escolar.

Ainda, os direitos da personalidade correspondem àqueles direitos que integram a condição essencial da pessoa humana como pressupostos de sua existência e de sua dignidade, tendo sido trabalhados em especial o direito ao nome e ao nome social dos menores transexuais.

Por fim, restou demonstrada a possibilidade de mudança do prenome e do sexo no registro civil, ou seja, nos assentamentos públicos, tanto pela via judícia quanto pela via administrativa,

demonstrando que a jurisprudência brasileira vem autorizando essas modificações, baseadas nos princípios constitucionais, bem como nos direitos da personalidade.

Além disso, os estudos realizados indicaram que, em virtude da burocracia, da morosidade judicial e da insegurança jurídica, há a patente necessidade da existência de leis que possam regulamentar a situação do menor transexual no direito brasileiro, assegurando-o o direito a vida, à integridade física e à inclusão social.

Dessa forma, percebe-se que o Projeto de Lei do Senado nº 134/18, também conhecido como o Estatuto da Diversidade, garante uma gama de direitos, para além daqueles constitucionalmente explanados, o da livre orientação sexual e da identidade de gênero, o direito de constituir família, da não discriminação e de acesso à justiça e à segurança.

Apesar de estar ainda em tramitação no Senado Federal, este projeto é uma das soluções para que os direitos dos menores transexuais sejam garantidos, não dependendo apenas de decisões judiciais para que possam ter, principalmente, o direito à dignidade da pessoa humana, consagrado socialmente, necessitando ser aprovado começar a vigorar o mais rápido possível.

## REFERÊNCIAS

APÓS bullying escolar, transexual suicida-se em noite de Natal. Disponível em: <https://leiamais.ba/2016/01/02/apos-bullying-escolar-transexual-suicida-se-em-noite-de-natal>. Acesso em: 22 de setembro de 2018

AZEVEDO, Carolina Cravo de. **O reconhecimento da identidade de gênero e a possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro civil do transexual**. 2017. 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 22 de setembro de 2018

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm). Acesso em: 23 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução Nº 1, de 19 de Janeiro De 2018**. Define o uso do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares. Disponível em: [http://www.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2016049/do1-2018-01-22-resolucao-n-1-de-19-de-janeiro-de-2018-2016045](http://www.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2016049/do1-2018-01-22-resolucao-n-1-de-19-de-janeiro-de-2018-2016045). Acesso em: 23 de setembro de 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 73 de 28 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cnj-regulamenta-alteracoes-nome-sexo.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Provimento n. 0007/2018**, de 25 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1866099/PROVIMENTO+N%C2%BA+007-2018+CGJ+-+Publicado+no+DJe+de+31-05-2017.pdf/3d87e566-f74d-cb5e-a62a-4632f68452d1>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

CAZARRÉ, Marieta. **Transexuais**: descoberta sobre gênero e identidade começa na infância. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/transexuais-descoberta-sobre-genero-e-identidade-comeca-na-infancia>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3. Ed - São Paulo: RT 2017.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

INTERDONATO, Giann Lucca. **“Trans-identidade”: a transexualidade e o ordenamento jurídico** / Giann Lucca Interdonato, Marisse Costa de Queiroz. 1 ed – Curitiba. Appris 2017.

MENINO tentou cortar o pênis aos 3 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/02/tentou-cortar-o-penis-aos-3-anos-diz-mae-de-menino-que-trocara-de-nome.html>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

MENINO consegue na Justiça mudar para gênero feminino e trocar de nome. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/01/menino-consegue-na-justica-mudar-para-genero-feminino-e-trocar-de-nome.html>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

NICÁCIO, Camila Silva; VIDAL, Júlia Silva. Justiça Infante-Juvenil Travestilidade e Transexualidade: Apontamentos sobre a marcha dos direitos. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 197 - 226, jan./jun. 2017.

TRANSEXUAL pode se descobrir já na primeira infância, dizem especialistas. <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/03/transexual-pode-se-descobrir-ja-na-primeira-infancia-dizem-especialistas.html>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Organizadores). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**. 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexual menor de idade e adequação do nome. **Revista Jurídica Consulex**, n. 402, outubro de 2013, p.22-24.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (Organizadoras). **Família, Psicologia e Direito**. 2. Ed – Brasília – DF: Zakarewicz Editora, 2018.



## GP 03

**AS AGÊNCIAS DE CONTROLE E A(S) JUVENTUDE(S) NO  
BRASIL: COMPREENDENDO A RACIONALIDADE NORMATIVA  
E CONSTRUINDO ITINERÁRIOS DE RESISTÊNCIA**

**Coordenação:**

Erica Babini (UNICAP)

Mariana Chies Santiago Santos (IBCCRIM-SP)

Ana Paula Motta Costa (UFRGS)



## SOCIALIZAÇÃO CIDADÃ: UM ENSAIO PARA REINTEGRAR O ADOLESCENTE NO PÓS-MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

**Anderson Henrique Monte da Silva**

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

**Antônio Celestino da Silva Neto**

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

### INTRODUÇÃO

A educação é um fenômeno da humanidade de grande complexidade, que vai muito além do domínio da tecnologia alfanumérica, tendo em suas lentes espirais diversas concepções, vertentes e correntes que estão atreladas às tendências de cada sociedade, focando em elementos culturais que projetam em seus atores (os discentes) o empoderamento coletivo que responda aos valores de uma formação cidadã, crítica e participativa. Lembrando que o Direito Humano à educação é garantido pela Constituição Federal de 1988, Arts. 205 a 214, e reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei 8069/90, art. 53 e incisos.

A ação educativa concebe em seu cerne, caráter inclusivo, sendo elemento básico que auxilia os indivíduos no acesso aos demais conjuntos dos demais Direitos Humanos. Paulo Freire (1994) nos convida a compreender que toda ação pedagógica apresenta intrinsecamente uma compreensão de sociedade. Para tanto é necessário pensá-la distanciada do ideal burguês de neutralidade, tão em debate em nosso país, partindo do projeto como o “escola sem partido”, por exemplo.

A centralidade da tarefa pedagógica emerge justamente no olhar docente, que busca romper com os paradigmas provenientes das relações de opressão societária. Para tanto, Freire (1994, p. 31) apresenta a necessidade docente de pensar em ações com concretude, que não reforcem a violência que desumaniza, que internalizada pelos oprimidos, acaba por torná-los reprodutores dos discursos focados na manutenção de estereótipos, preconceitos presentes nas lentes do “*photoshop social*” governamental-midiático. A pedagogia enquanto ação teórica voltada à educação, materializa as ações humanas, fazendo emergir a partir de suas práticas, as já citadas concepções e projetos de sociedade.

Em relação à educação em espaços de privação de liberdade, os desafios se intensificam no contexto de contradições sociais fortíssimas e por tratar-se de um público ainda em formação. Devemos levar em conta ainda que o autor do ato infracional, o adolescente, também deve ser responsabilizado por seus atos, contabilizando à natureza híbrida, a reeducação sintetizada na normatização das medidas socioeducativas cabíveis (MACIEL, 2008). Sendo assim, o Estatuto da

Criança e do Adolescente (ECA) torna-se um marco fundamental para a mudança de paradigma institucional tão importante para ressocialização de socioeducandos. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) apresenta contribuições para articular diretrizes com ECA, para fim de regular a prática educativa nas instituições socioeducativas.

Dentro deste contexto, as medidas socioeducativas que em tese serviriam para corrigir as práticas infracionais cometidas por estes sujeitos ainda em formação, são vistas como brandas, por cidadãos comuns, cansados da impunidade vigente no país. Estes contribuem significativamente para fortalecer o argumento do cárcere (lógica punitiva) como única resposta para o caos social vigente na sociedade contemporânea. É oportuno salientar que tal argumentação é proveniente da violência desenfreada existente, cometida não apenas por menores, articulada a isso opiniões superficiais quanto às medidas socioeducativas, com grande destaque para a mídia sensacionalista e conservadora. Atualmente, tramita no senado uma proposta que visa à alteração da maioria penal vigente na Constituição Federal, Art. 228<sup>1</sup>, o Código Penal, Art. 27<sup>2</sup> e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 104<sup>3</sup> que asseguram a maioria penal somente aos 18 anos.

### **PRIVAÇÃO DA LIBERDADE: UM BREVE ESBOÇO**

Privação é um conceito de origem etimológica em *privatio*, termo ligado diretamente a língua latina. É algo que se sofre quando da falta de algo que se poderia ou deveria ter. De fato, a ideia de cárcere e aprisionamento, serve como elemento intimidador para aqueles que quebrarem as regras do contrato social. De acordo com Nolasco (2010), o termo cárcere tem ligação referente às masmorras subterrâneas ou torres as quais vidas eram atiradas e amontoadas para tormentos físicos (torturas, castigos físicos e pena de morte).

Nesse contexto, entende-se que durante o Brasil colônia, não existiam locais específicos para apreensão dos menores que cometiam delitos. Muitas vezes, eram colocados nas instituições que cuidavam dos infratores adultos, não havendo distinção de tratamento. O que poderia ocorrer no máximo seria o acolhimento destes jovens infratores nas casas de recolhimento de crianças geridas por jesuítas. (NOLASCO, 2010. p. 38).

O chamado Código Mello Mattos, sancionado em 12 de outubro de 1927 pelo decreto-lei 17.943-A, trabalhava desde a concepção da vulnerabilidade dos menores que necessitavam da tutela do Estado em razão de sua situação de carência que, em tese, os tornariam susceptíveis a situações e comportamentos violentos, a chamada “doutrina da situação irregular”, definida como “aquela em que menores passam a ser objeto da norma quando se encontram em situação de patologia Social” (SARAIVA, 2005, p. 48). A mesma concepção manteve a legislação sucessora, o chamado Código de Menores, promulgado pela Lei 6.697 de 1979, e que insistia na ótica carência/delinquência.

É nesta linha que surge o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM), e que funcionava de 1942 a 1964. O serviço tinha suas bases num modelo repressivo, correcional e disciplinar que não diferenciava adulto ou jovem, com estruturas e quadro funcional análogo ao sistema carcerário (NOLASCO, 2010, p.47). Tal programa ruíu pela ineficácia em gerir a grande demanda de jovens

---

<sup>1</sup> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

<sup>2</sup> Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

<sup>3</sup> Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

<sup>4</sup> Primeira Lei que abrangia o menor infrator diretamente. Promulgada em 12 de outubro de 1927, Decreto nº 17943-A.

infratores no meio urbano em franca expansão. O SAM daria lugar à FUNABEM, que traria consigo uma nova tentativa de solucionar o problema social dos adolescentes infratores:

A FUNABEM (Fundação Nacional do Bem estar do Menor) Lei Nº 4.513 inicialmente ligada à Presidência da República e depois ao Ministério do Trabalho. Tal programa foi criado para ser o órgão executor da PNBEM5 (Política Nacional do Bem do Menor Aplicado, criado pela lei 45/12/64). Tudo indicava estar no limiar de uma nova etapa em termos de atendimento ao menor no Brasil (NOLASCO, 2010, p. 44).

Ocorre uma mudança de concepção, dos conceitos pedagógicos e estruturais do programa anterior, conforme as diretrizes oriundas da Declaração da ONU6 dos Direitos das Crianças. Uma virada que se propunha a trocar os castigos físicos e torturas pelo diálogo, terapia de grupo e estudo de caso a partir de laudos psicopedagógicos. Contudo, tornou-se pacto não verbalizado a manutenção das “antigas” práticas. Neste contexto, a FUNABEM é descentralizada da União para os estados, dando origem as chamadas FEBEM’s (Fundação Estatal de Bem-Estar do Menor):

Neste tempo de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhidas às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crimes na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle de pobreza. Com o processo de redemocratização e a volta dos movimentos sociais, várias bandeiras específicas numa perspectiva democrática ganharam peso, inclusive no parlamento, em especial, na década de 1980 e início dos anos 90. O ECA está baseado em alguns pilares vitais, destaca-se: a abrangência do público infanto-juvenil como sujeitos de direitos, em condição própria de desenvolvimento humano. Desta forma, introduz-se a perspectiva da Proteção Integral a estes sujeitos, substituindo a doutrina da situação irregular posta anteriormente (SARAIVA, 2005, P. 51).

O ECA, através da Lei 8.069 de 1990, em consonância com o art. 228 do diploma constitucional de 1988, comina um novo regime jurídico aos menores infratores, representando uma virada paradigmática na perspectiva sistemática anterior. Num cenário de renascimento democrático seu elemento nuclear é a perspectiva do menor como sujeito de direitos, não mais como mero objeto da tutela estatal. Por fim, o ECA passou a contar recentemente com o auxílio do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), lei federal 12.594/2012, que em suma, teria a função de contribuir com a qualidade das instituições de privação e semiliberdade estabelecendo princípios e normas, sendo tal sistema norteado por dois termos: efetividade e eficácia.

## **A CARACTERIZAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: INTERNAMENTO DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI**

A medida consiste na privação da liberdade do menor infrator com base nos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição de ser em desenvolvimento do adolescente. Gomes da Costa (1990) traz a seguinte reflexão quanto aos referidos princípios norteadores do regime de internação:

Três são os princípios que condicionam a aplicação da medida privativa de liberdade: o princípio da brevidade enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, quanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquanto limite ontológico a

---

<sup>5</sup> A Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), criada em dezembro de 1964, reconhece que o chamado problema do menor decorre da desagregação da família.

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas (ONU), ou simplesmente Nações Unidas (NU), é uma organização internacional cujo objetivo declarado é facilitar a cooperação em matéria de direito internacional.

ser considerado na decisão e na implementação da medida (GOMES DA COSTA,1990, p. 37).

De acordo com Nolasco (2010), pode-se concluir a internação como medida socioeducativa de privação de liberdade, logo deve ser cumprida em estabelecimento que adote regime fechado. Apenas mediante a autorização da equipe técnica o adolescente poderá realizar atividades externas. Os adolescentes privados da liberdade já sentenciados devem ser encaminhados para a unidade de internamento mais próxima de sua família.

Durante o período de internamento decretado pelo juiz, será estipulado um prazo para realização de um relatório da equipe técnica da instituição, que deverá acompanhar a evolução do socioeducando, sendo o prazo de cumprimento da medida de seis meses à, no máximo, três anos de internamento, não significando que o adolescente não possa progredir para outras medidas (semiliberdade ou liberdade assistida). O Art. 122 da Lei 8.069/90 informa que “a internação deve ser cumprida em instituições exclusivas para adolescentes, obedecendo à separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Sendo obrigadas atividades pedagógicas”.

## **RESSOCIALIZAÇÃO: CONCEITOS BÁSICOS**

Com o nascimento das instituições de privação de liberdade, a ociosidade do privado, além do caos presente no cotidiano do cárcere, se fez necessário pensar na prerrogativa de reinserir, de ressocializar o infrator (VALOIS, 2012, p. 78). Sendo assim, o indivíduo “ressocializado” está presumidamente preparado para “voltar ao convívio social”. A expressão ressocialização é frequentemente usada e associada a percepções básicas como: reeducar, retornar à condição de cidadão, ser reintegrado, etc. Valois (2012), dentro do contexto de privação da liberdade, nos chama a atenção para os fins daquilo que ele chama de prevenção social, que atuaria em dois vieses: primeiro segregaria o indivíduo que cometeu a infração, impossibilitando-o de cometer novas; segundo, partindo da reeducação, a prioridade quanto ao reforço positivo, a ressocialização.

A ressocialização é o determinante objetivado pelas instituições de privações de liberdade. Sendo assim, o indivíduo “ressocializado” está presumidamente preparado para “voltar ao seio social”. Ademais, é um direito do indivíduo privado de liberdade, sendo necessário ter-se em conta os fatores que o levaram ao ato infracional, bem como, dotá-lo dos subsídios e estímulos necessários à ressocialização de fato.

Souza (2007) nos convida a refletir que ressocializar é muito mais que apenas “corrigir práticas inadequadas”. Ressocialização seria a transformação do pensar do sujeito, incluindo-o na sociedade. Sendo assim, seria necessário pensar em elementos que possibilitem o desenvolvimento da integralidade do ser humano, desta forma, as instituições de formação educacional presentes no sistema socioeducativo tornam-se espaços de resiliência e ressignificação para os socioeducandos, salientando que para tal, será necessário que o discurso docente entre em consonância com a prática. Tal conceito se aproxima muito da perspectiva educativa problematizadora apontada por Freire (1994); a educação pode auxiliar o sujeito no processo de reflexão, permitindo a liberdade e a ampliação de possibilidades tão necessárias aos socioeducandos.

Mendes (2011) apresenta o pensamento de John Howard, percussor da reforma nas instituições de privação de liberdade na Inglaterra. Howard compreendia o isolamento e o sofrimento, somado ao trabalho, como oportunidade de despertar o sentimento de culpa no infrator. Neste sentido, Melo (2013, p. 88) nos afirma que as instituições socioeducativas detêm apenas ensaios, tentativas de reinclusão. Tais estabelecimentos não garantem aos adolescentes



um tratamento digno, acesso à cultura, ao lazer, ao esporte, à profissionalização e prioritariamente à educação, não assegurando sequer a segurança dos socioeducandos.

Com sua pesquisa realizada no CASE Jabotão dos Guararapes, Silva (2015) nos informa que a concepção de ressocialização do profissional que atua com as tarefas pedagógicas tende a influenciar diretamente no processo de reinserção do adolescente privado de liberdade. Este também relata que os fatores como a superlotação, a condição estrutural da instituição, o trabalho da equipe de acompanhamento da medida, os cortes de verbas, o descaso das autoridades responsáveis e, porquê não dizer, da própria sociedade brasileira, são elementos que influenciam diretamente a ressocialização.

## **SOCIOEDUCAÇÃO: CONCEITOS BÁSICOS**

A socioeducação surge enquanto alternativa destinada aos socioeducandos, com objetivo de romper com as espirais de práticas infracionais, sendo amparados metodologicamente por aparatos jurídicos, políticos, sociológicos, éticos, filosóficos, históricos e prioritariamente pedagógicos (MEDEIROS e OLIVEIRA. 2014. p. 209). Lembrando que a educação participa ativamente do processo de formação do sentido crítico e de coletividade do indivíduo privado de liberdade.

O entendimento de que a socioeducação fornece subsídios para ressocializar os socioeducando é algo significativo, valendo destacar o seu papel enquanto ferramenta que oportuniza condições concretas para ressignificação do ato infracional, preparando o jovem para vida em liberdade (Medeiros e Oliveira *apud* Silva, 2014, p. 109). Compreende-se como Socioeducação, a ação de preparar o adolescente em conflito com a lei para ser reinserido no meio social. Ela tem significativa importância, pelo fato de atuar como tecnologia social na comunidade de comunicação da sociedade civil-adolescentes, garantindo ações concretas (que vão desde a educação formal a atividades psicomotoras ligadas a profissionalização, arte, cultura e esportes).

Medeiros e Oliveira (2014) afirmam que a socioeducação deve atuar, enquanto resposta legal estatal do ECA, em consonância com o SINASE. Destaque-se o Art. 124, XI e XII, do ECA, que aponta a responsabilidade Estatal quanto à escolarização, profissionalização e demais atividades culturais/esportivas para o desenvolvimento do adolescente em privação de liberdade.

Enquanto finalidade, a socioeducação caminha para a reinserção do socioeducando ao convívio em sociedade através de um processo educativo e de aprendizado para o convívio social, não apenas respeitando o contrato social da não infração, mas sendo de fato crítico, empático, responsável, autor de sua biográfica. É ferramenta que oportuniza condições concretas para ressignificação do ato infracional, preparando o jovem para vida em liberdade (MEDEIROS; OLIVEIRA *apud* SILVA, 2015, p. 109). Suas raízes (BISINOTO, 2015) estão fundadas na educação social, seja educação escolar, não escolar, formal e não formal, a educação cidadã, a educação para o trabalho, a educação nas cidades, a educação política. Todas elas são ainda mais caras no contexto da educação no estabelecimento prisional.

A socioeducação parte justamente do empoderamento popular enquanto força motriz, outros elementos a serem destacados são: O ato compromissado com o meio popular; O desenvolvimento de ações que refestecem o desejo de novos aprendizados nos grupos que passarem por tais práticas. Fazendo uma analogia com a proposta de ressocialização apresentada por Souza (2007) a socioeducação tem seu cerne no empoderamento dos sujeitos coletivos, a autonomia desses sujeitos, a superação das desigualdades presentes no meio social, por fim a

inclusão dos marginalizados. Logo, tal modalidade educacional não pode se observada pela ótica inclusiva dos grupos à margem social.

## JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITOS BÁSICOS

Antes de qualquer análise, devemos nos perguntar: qual são nossas lentes mentais em relação aos atos considerados infracionais ou criminais? Em nosso quadro mental, detemos desejos, ensaios de possíveis caminhos em relação aos conflitos, como enxergamos os conflitos em nossa sociedade? Será que não o compreendemos apenas na perspectiva da judicialização, sem a devida escuta da vítima e reparação da ação infracional junto a comunidade? A comunidade se sente ouvida durante o processo punitivo do infrator? Quais as nossas lentes mentais diante de tais questionamentos? É dizer, o prisma a partir do qual enxergamos o conflito determina o modo como configuraremos o problema e a solução, parafraseando Howard Zehr.

A violência é um fenômeno social de complexo entendimento, não pode ser resolvida apenas por normas jurídicas dogmáticas e sujeitas a uma seletividade perniciosa que insiste em salvaguardar sujeitos de melhores condições financeiras. Compreender a violência enquanto parte de nós, enquanto algo que a todos permeia, seguramente nos empodera na construção de um novo caminho. A violência (Pelizzoli, 2008) se esconde em nós mesmos, em nossa “sombra íntima”:

Há uma tendência primitiva encarnada ainda em nossa sociedade, a mesma que está por trás da instituição Justiça e da moral conservadora: o mal tende a ser projetado sempre para fora, seja em nível pessoal, seja numa projeção coletiva (como os judeus no nazismo). A não aceitação de si, da própria alteridade, ou seja, da sombra íntima, do mal e estranheza que nos habita, faz com que não nos percebamos como partícipes de sintomas chamados “ladrões, prostitutas, criminosos, depravados”, que são odiados, mas, não obstante, no fundo, igualmente desejados! Deveras, sintomatizam doenças psico-sociais que nos habitam. Imagine se não tivéssemos espelhos?! Eis uma belo ditado indiano: “Encontrei o inimigo. Quem é ele? Ele sou EU !” Parece difícil admitir que um foco de violência, uma ponta de iceberg visível, traz à tona o que temos dentro, de raiva, medo, ódio, frustração, violação (PELIZZOLI, 2008, p. 3).

Vemos a violência apenas pelas lentes da justiça convencional (moderna) que enquadra a ação delituosa apenas na perspectiva do marco dogmático hermético, distante e idealizado do dever-ser. Com isso, o dia a dia prepondera para o punitivo/excludente em detrimento da paz. Howard Zehr nos diz que:

Tal incapacidade nos trouxe até a sensação de crise generalizada que vivemos hoje. Muitas reformas forma implementadas. As modas mais recentes são o monitoração eletrônica e a supervisão intensiva, mas elas são simplesmente as últimas de uma lista longa de “soluções”. Mas o sistema tem se mostrado incrivelmente resistente a melhorias significativas, tendo até agora absorvido e subvertido os esforços de reforma. O provérbio francês parece válido nesse caso: “Quanto mais as coisas mudam, mais ficam iguais” (ZEHR, 2008, p.81)

Como alternativa a esta compreensão convencional da justiça criminal, entendida enquanto justiça punitiva-retributiva, está a justiça restaurativa. Howard Zehr, no seu escrito *Trocando as Lentes*, quanto à privação de liberdade, afirma:

não é um último recurso que deve ser ponderado e justificado pelo juiz que a impõe. Pelo contrário. A prisão é normativa, e os juízes sentem a necessidade de explicar e justificar as sentenças que diferem da privação de liberdade... A prisão é o primeiro em vez de ser o último recurso, e não apenas para crimes violentos (ZEHR, 2008, p. 34).

Esse sistema deixa de analisar as necessidades prementes e futuras da vítima, bem como contribui com a desumanização do ofensor, que, em diversas ocasiões permanece oprimido,

abusado, e afastado da coletividade. No arquétipo restaurativo, entretanto, a ação infracional/criminal é vista como uma violação de relações, renovando, assim, a necessidade de uma justiça terapêutica, que reverbera enquanto empodera todas as partes envolvidas no processo.

A Justiça Restaurativa atua enquanto instância de responsabilização, convidando o ofensor a assumir sua responsabilidade junto a vítima e a comunidade, logo, buscando soluções que promovam assim que possível a reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2008, p. 170). Na perspectiva Restaurativa, compreende-se o crime ou ato infracional como transgressão do sujeito às relações interpessoais, o papel da justiça deve ser o de restauração dessa relação, ou seja, a reparação dos danos acarretados à vítima, mas também à coletividade.

## **METODOLOGIA**

Tal escrito, surgiu da curiosidade epistemológica de compreender os a necessidade de implementação de ação pedagógica voltada para adolescente egresso do sistema socioeducativo. Justamente por compreender que esse adolescente necessita diretamente de ações concretas, que confabulem com o empoderamento desse sujeito coletivo. Optamos enquanto metodologia por uma pesquisa qualitativa, Deslauriers (1991, p. 58) esclarece quanto as vantagens de tal escolha:

Na pesquisa qualitativa, o cientista é ao mesmo tempo sujeito e o objeto de sua pesquisa. O desenvolvimento da pesquisa é imprevisível. O conhecimento do pesquisador é parcial é limitado. O objetivo da mostra é de produzir informações aprofundadas e ilustrativas: seja pequena ou grande, o que importa é que ela seja capaz de produzir novas informações.

Realizamos um levantamento bibliográfico dos seguintes documentos (SINASE, Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos, dissertações, teses e sites), para identificar qual concepção sobre a temática. Quanto a técnica de pesquisa mencionada, Fonseca relata que:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Fizemos uma correlação entre o que foi exposto pelo arcabouço jurídico teórico (inclusive levando em conta ausência de políticas públicas afirmativas para esses adolescentes egressos do sistema), as contribuições trazidas pelo meio científico e, por fim, as experiências anedóticas desenvolvidas quanto a realidade que espera o adolescente ao retornar da instituição de privação de liberdade. Para a análise dos resultados obtidos, usaremos a técnica de análise temática (MINAYO, 2004), a ser realizada em três etapas: pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados obtidos. As etapas do método de interpretação de sentidos partem de depoimentos de uma pesquisa, observando os seguintes aspectos: a) Primeira etapa (será feita uma leitura compreensiva, visando a: impregnação dos depoimentos; visão de conjunto; e apreensão das particularidades do material da pesquisa original. após a leitura, identificam-se os temas); Segunda etapa (com base na estrutura de análise montada por temáticas, recortaremos trechos de depoimentos e neles identificamos as ideias explícitas e implícitas); Terceira etapa (buscaram-se sentidos mais amplos que articulam modelos subjacentes às ideias).

## PÓS-MEDIDA EM AÇÃO

São muitas as dificuldades do adolescente pós-cumprimento de medida socioeducativa de privação de liberdade, dentre elas a volta para seu local social, o estigma, o contato com a realidade infracional, a evasão escolar, etc. Neste sentido, um dos ASES pesquisados por Silva (2015), aponta a necessidade de se pensar em uma política governamental voltada prioritariamente ao socioeducando recém-egresso da privação de liberdade, com fins de que se elida o retorno àquele que é o primeiro momento da cadeia de exclusão do cárcere.

Em seu estudo Nardi e Aglio (2014) destacam que a reintegração do adolescente no pós medida socioeducativa tende a ocorrer a partir de várias perspectivas, sendo elas baseadas no meio social que o socioeducando está inserido. Nisso, as autoras usam a mostra de 143 adolescentes em conflito com a lei entre 14 a 20 anos, jovens divididos em quatro grupos: reincidentes, reinseridos socialmente, manutenção da situação e G4: outras situações. Nos interessa aqui, o grupo dos reinseridos socialmente, os “ressocializados”. De acordo com estudo, ter de fato a compreensão do trabalho sociopedagógico auxilia no pós-medida, além de cursos profissionalizantes apresentados nas propostas de muitas instituições como arcos temáticos, outros elementos como a família e o trabalho são citados no escrito como elementos que mantêm esses adolescentes longe de práticas infracionais

## NOSSA PROPOSTA: SOCIALIZAÇÃO CIDADÃ

Nossa proposta consiste em acompanhar adolescentes recém-egressos do sistema socioeducativo, propondo atividades em contra-turno para esses, é dizer, em horários que o discente não esteja estudando ou trabalhando. Desta forma, pensamos ampliar as articulações propostas a esses quando do cumprimento das medidas de privação de liberdade. Entendemos que os eixos norteadores de nossa ação seriam: **socioeducação, educação formal, educação profissional, saúde comunitária, legislação cidadã, família e integração social e comunitária.**

Sendo assim, ofertaremos oficinas culturais, cursos profissionalizantes e encontros de acompanhamento em círculos restaurativos mediando conflitos vividos pelos socioeducandos em sua realidade. Tais eixos norteadores seriam apresentados da seguinte forma:

- **Socioeducação:** debates quanto a realidade do socioeducando focados na percepção do lugar social de origem desde da perspectiva destes, empoderando-os na identidade para além do ato infracional;
- **Educação formal:** Elemento de cidadania do socioeducando e instrumento de ampliação das oportunidades;
- **Educação profissional:** Visa inserir o socioeducando no mercado de trabalho, através de ferramentas e ações ligadas à empregabilidade do adolescente recém-egresso através de parcerias Estado/Sociedade Civil com vistas a reinserção;
- **Saúde Comunitária:** Práticas restaurativas que contribuiriam para o socioeducando repensar sua identidade, percebendo que justiça e vingança não são a mesma coisa, reforçando o elo de pertencimento com a comunidade, elemento central à superação do paradigma convencional que impossibilita o real acolhimento necessário à reinserção;
- **Legislação cidadã:** Visa a construção do senso crítico e real compreensão do sistema de justiça convencional, empoderando-o para a cidadania ativa;
- **Família:** Busca o protagonismo da participação familiar, indispensável à constituição de uma cultura de paz;

- **Integração social e comunitária:** A construção de uma comunidade de acolhimento, que participe ativamente das atividades propostas (construção do senso de pertencimento) aos adolescentes, demonstrando-os que de fato são bem-vindos ao seio social.

## CONCLUSÃO

As medidas socioeducativas demandam também uma troca de compreensão, precisam ser compreendidas como elementos que buscam tanto disciplinar o adolescente, quanto atuar pedagogicamente para modificar condutas, ampliar conhecimentos, ou mesmo possibilitar que o infrator compreenda as regras que transgrediu com sua ação conflituosa. O levantamento bibliográfico proposto pelo escrito aponta que tal resolução da problemática não parece ser objetivada pelo Estado. Tendo esse responsabilidade direta pela ação delituosa desses adolescentes, que antes da privação de seus corpos, foram privados de serviços que possibilitariam melhores condições de vida como: educação, saúde, cultura e etc.

É também da sociedade a responsabilidade de fiscalizar a qualidade das unidades responsáveis por ressocializar os socioeducando (princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, art. 227<sup>7</sup> da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 3 e 4<sup>8</sup> do ECA), instituições, que por fato público e notório, estão despidas de estrutura e de profissionais mais qualificados. O viés social do delito não é debatido, o que ocorre na verdade um paliativo/remendo para ocultar a realidade destes jovens.

O desafio é, em primeiro lugar, o de possibilitar, através de um giro restaurativo, que a socioeducação converta-se numa ferramenta transformadora, inscreva, pois, todo o seu potencial *socioeducativo*. Pensar numa educação que rompa grades, que acabe com a sensação de injustiçado do infrator, que socialize para desgarrar-se de seu viés delitivo. Em segundo lugar, subverter a própria ideia restaurativa, muitas vezes pensada enquanto uma tecnologia social para uso dentro do próprio Sistema Judiciário. O foco da Socialização Cidadã é o de ser uma prática pedagógica pensada para o egresso, para o enfrentamento à espiral de violência das ruas, numa perspectiva propositiva onde este adolescente se entenda capaz de compreender as regras dos jogos sociais, que acima de tudo o faça ser crítico do sistema para não reproduzir conceitos que levam os jovens para trás das grades.

## REFERÊNCIAS

BISINOTO, Cynthia. **Socioeducação: Origem, Significado e Implicações para o Atendimento Socioeducativo.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 20. n 4, p. 575-585, out/dez 2015.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm)>. Acesso em 02/04/2015.

---

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

8 Art. 3. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

- CÉSAR, Isaura Albuquerque de. **A funase e a formação cidadã**. 2014. 122 f. Dissertação de mestrado (Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste)- Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco. 2014.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 2004.
- DESLAURIERS, J. & KÉRISIT, M. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008 (p. 127/153)
- FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da punição**. 36. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 76. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994
- FONSECA, Antônio Carlos. **Manual da metodologia**. São Paulo, Columbus/IBPS, 2002
- GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. **Brasil-Criança-Urgente A Lei**. São Paulo, Columbus/IBPS, 1990.
- MENDES, Francisco Carlos de Figueiredo. **Um mundo Dentro de Outro Mundo: Educação Prisional no Estado de Pernambuco**. 2011. 95 f. Dissertação de mestrado (Mestrado em Educação)- Centro de Educação, Universidade Federal de Pernambuco. 2011.
- MEDEIROS, Amanda Maria e OLIVEIRA, Cynthia Bisinoto Evangelista de. **Docência na Socioeducação**. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2014.
- MELO, Normando Jorge de Albuquerque. **“Suspeitei desde o princípio”**: a construção da identidade entre os internos da FUNASE-PE. 2013. 175 f. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia) - Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Holanda Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. Rio de Janeiro: IBIDIFAM, 2008.
- NARDI, Fernanda Ludke e AGLIO, Débora Dalbosco Dell’**. Trajetória de Adolescentes em Conflito com a Lei Após Cumprimento de Medida Socioeducativa em Meio Fechado**. Rev. Psico. Porto Alegre. V. 45, p. 541-550, out.dez. 2014
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: Pesquisa qualitativa em saúde**. 8ª ed. São Paulo: Hucitec, 2004.
- NOLASCO, Anabel Guedes Pessoa. **Adolescente em cárceres contemporâneos invisíveis, quem se interessa?** Um estudo da Funase- unidade Jaboatão dos Guararapes. 2010. 158 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste)- Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco. 2010.
- PELIZZOLI, Marcelo. **Fundamentos para a restauração da justiça**. Resolução de conflitos, justiça restaurativa e a ética da alteridade. Recife. Ed Universitária. 2008.
- SARAIVA, João Batista. **Adolescente em conflito com a Lei**: da indiferença à proteção integral- uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. Ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SINASE, 2017. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidas-socioeducativas/sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo-sinase1>>. Acesso em 22/02/2019.
- SILVA, Anderson Henrique Monte da. **Socioeducandos e Ressocialização**: Uma análise do olhar do pedagogo e agente socioeducativo na FUNASE Unidade- CASE Jaboatão dos Guararapes. 2015. 25

f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Pedagogia)- Centro de Educação, Universidade Federal de Pernambuco. 2015.

SOUZA, Francisco João de. **E a filosofia da educação: que??** A reflexão filosófica na educação como um saber pedagógico. Ed. Bagaço. 2006.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal**. 2012. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o Crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo. Ed Palas Athena. 2008.

# A CONSTRUÇÃO DO POPULISMO PUNITIVO A PARTIR DA ESCOLA PÚBLICA PERIFÉRICA

**Arthur Vinícius Rodrigues Gomes**

Graduando em Direito (UFPE)

**Jullyane Chagas Barboza Brasilino**

Doutora em Psicologia Social (PUC/SP)

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa incitar o debate da diante da construção do populismo punitivo a partir da perspectiva de construção social da realidade, com enfoque na escola pública periférica, pontuando de que forma o déficit e relações existentes nas escolas públicas periféricas dão margem à criação e reprodução do populismo punitivo.

A amplitude dos limites geográficos do Estado brasileiro e a diferença material entre as unidades federativas são fatores que dificultam o tratamento no sistema educacional público de forma equânime dentro do mesmo país. Isso faz com que exista um determinado desnível no que diz respeito, principalmente, à estrutura de má qualidade das instituições; de caracteres palpáveis e impalpáveis, afetando todo o corpo institucional das escolas. Dentro desse contexto, cada vez mais o direito passa a possuir reflexos dentro do campo da educação, não sob o fundamento de efetivar as garantias sociais constitucionais, mas com o fulcro de disciplinar suas engrenagens a fim de direcionar a dinâmica educacional no sentido da regulação e da cobrança de seus deveres com outras instituições sociais. Por conta disso, este passa a ser utilizado de forma corriqueira para a neutralização de conflitos dentro do território escolar, utilizando-se de ameaças de punição que intensificam a criminalização de ações que interrogam as práticas instituídas, forjando-se políticas do medo e do controle do suposto risco social (BERGER, LUCKMANN, 2003, p. 90)

Essa construção, pautada na disciplinarização dos corpos, constitui um germe que contribui para a formação da concepção do significado do direito em seu sentido coercitivo e punitivo, por parte da população que carece de informações. Isso porque o subjetivismo do indivíduo em relação ao direito, e sua aparência efetiva, o concretismo, estão inseridos em planos esféricos diferentes, fazendo com que a realidade participe de uma “supra ocupação hierárquica” na esfera concreta, traduzindo a vida cotidiana como realidade por excelência, pois, “a sua posição privilegiada autoriza a dar-lhe a designação de realidade predominante”. O indivíduo, dessa forma, apreende aquilo que é posto em seu entorno e propaga tal significação até que possa formar uma distinta.

É preciosa a pontuação da educação como um direito que é assegurado na carta Magna de 1988, sendo viabilizado pela esfera Federal, Estadual e Municipal. Como bem aponta Uadi Lammêgo Bulos: “a educação é o caminho para o homem evoluir” (BULOS, 2011, p. 1.556), devendo existir, portanto, especial precaução diante do manejo de suas disposições. Deve-se, assim, fazer com que as políticas públicas relacionadas à educação não sejam postas de forma a tratar o indivíduo como mero destinatário de ações governamentais que são desconexas às experiências concretas; mas efetivadas de maneira a ampliar as concepções de mundo para promover mais coerência social. Por isso, há grande valor no estudo da relação do Direito frente ao sistema educacional.



A escola, nesse plasma, serve como meio em que o sistema educacional é visualizado por uma série de indivíduos que constroem suas perspectivas e atribuem-lhe valores (ainda que previamente determinados). A visualização permite, assim, a internalização de conhecimentos escolares que serão tomados como verdadeiros, unicamente porque advindos da escola, por serem os únicos existentes ou reafirmados por outro meio de poder social. Com a interferência do Direito nessa esfera, a dinâmica do sistema muda e, por isso, o modo de assimilação dessas pessoas também é alterado, pois, há introjeção de uma ordem verticalizante que interioriza essa hierarquia como algo natural (ZAFFARONI, 1991, p.24) e divide os alunos em infratores e não infratores, ou melhor, “boa” e má influência”. Quando os de “boa influência” passam a ser prejudicados, passam a reclamar por políticas de castigos, que busquem punir ao invés de consertar, restaurar, o que foi danificado: há, aí, um germe do populismo punitivo.

O objeto de estudo é mais específico e, por isso, é fundamental pontuar alguns aspectos relevantes quanto à delimitação da “escola pública periférica”. Sabe-se que a educação foi construída em função de uma camada aristocrata no Brasil através da influência do processo de colonização portuguesa. Com isso, o ideal de educar verdadeiramente uma população inteira não permeou o imaginário dos detentores de poderes por muito tempo e só a partir da construção de uma racionalidade em função do controle social foi possível conceber (ou ampliar, no caso dos jesuítas) tal possibilidade. Por mais que indiscutíveis os avanços da educação e do alcance desta às camadas mais periféricas, é necessário entender que a esta não ficou isenta dos processos históricos, como a escravidão, ocorridos no Brasil apresentando, portanto, resquícios desses. Por isso, quando se fala sobre “escola pública periférica” deve-se entender que não se trata de uma simples escola, ou de uma escola pública que pode se aproximar da qualidade da educação privada na medida em que são postas em regiões privilegiadas, habitadas por camadas privilegiadas, de determinadas cidades; recebem investimento privado em pesquisa e mão de obra qualificada para seu posterior retorno.

Por mais que seja possível delimitar as semelhanças entre as escolas públicas periféricas e as não públicas periféricas, quanto aos modelos de aprendizagem, meios de institucionalização de conhecimento e/ou ocorrência de eventos advindos de macro estruturas como racismo e machismo; na primeira esses processos terminam sendo mais recorrentes e agravados, pois, soma-se à perspectiva social preconceituosa de que os estudantes de escolas públicas detém um potencial risco de infringir uma norma penal (ou, na verdade, executá-la). Isso porque o corpo discente representa o nicho que é alvo das políticas repressivas e discriminatórias por ser parte da sociedade excluída, invisibilizada, e fruto dos processos históricos já referidos. Tal fato pode ser visualizado pela prática estatal que institui práticas como patrulha escolar, que colocam um policial “fazendo a guarda da escola”, prevenindo infrações cometidas pelos potencialmente perigosos jovens; constroem escolas integrais que pouco possuem qualidade e/ou recursos materiais para um funcionamento razoável, servindo como meio de contenção e supervisão dos estudantes. Por conta disso, a delimitação.

Em seguinte, o trabalho está estruturado em tópicos que visam dar o suporte para a visualização da problemática. Inicia-se com a explanação das etapas para a criação de uma percepção, a incorporação de determinado significado diante um fato, a partir da teoria de Peter L. Berger e Thomas Luckmann que a constroem tendo como ponto de partida a esfera da fenomenologia, que faz ligação entre a consciência e o mundo objetivo por meio da ideia de intersubjetividade. Essa linha de pensamento apreende suas premissas por meio de aspectos internalizados empiricamente e, por isso, a vida cotidiana torna-se objeto de seu estudo, uma vez que tal vivência realística é dotada de diferentes sentidos e significações atribuídas pelos indivíduos. O descristimo se mostra, portanto, o método mais conveniente a ser utilizado, não

fazendo uso de aspectos biológicos ou até mesmo da genética para fundamentar-se, mas por meio de visões que objetivam possuir uma consciência intencional diante de um determinado objeto.

Em mesma seção é feito um recorte histórico que subsidia o acúmulo de concepções punitivas frente à escola. Isso porque as noções existentes na atualidade não surgem do desconhecido, mas a partir de experiências anteriores que foram transmutadas. Ademais, não se pode desconsiderar outros caracteres que atuam na construção de percepções, como a mídia, estando entrelaçada com as questões postas sobre e através das escolas públicas periféricas por reafirmar a criminalização ou forjar a concepção do menor infrator equivalente ao estudante, em diversos casos.

Logo após, à guisa conclusiva, discorre o artigo sobre o punitivismo nas escolas públicas periféricas e o punitivismo escolar a fim de levantar o debate sobre a relação dos termos tratados no texto, sendo o fragmento que tratará de apresentar caminhos possíveis, mas não respostas com cognição exauriente, juízo de absoluto de certeza, sobre o tema. Isso porque a complexidade demanda adequação dos termos educacionais às realidades dos participantes, tornando imperiosa a análise minuciosa dos casos.

## **A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA REALIDADE A PARTIR DA ESCOLA PÚBLICA PERIFÉRICA**

A forma em que a escola está submersa no meio social reflete o período histórico em que está inserida de modo a possuir um caráter ideológico que visa formar cidadãos para desempenhar papéis que são “pertinentes”. Por isso, em cada século, existem perspectivas sobre suas atribuições. Por exemplo, no século XIX, não havia previsão para a inclusão de camadas populares à educação, restava-lhes a submissão da informação de que era necessária para proteger a pátria. Contudo, às camadas ricas ficava destinado o desenvolvimento intelectual para a constante fortificação do Estado. Ainda que a discrepância quanto às finalidades destinadas às camadas fosse possível, nota-se que a violência física era medida utilizada por ser tratada como eficaz, prática imputada aos jesuítas (STELKO-PEREIRA, SANTINI, WILLIAMS; 2011), sendo um meio de demonstração de poder dos senhores aos escravos bem como dos professores aos alunos privilegiados, na escola.

A frequência do uso de objetos que intensificavam a dor como a palmatória é a reprodução dos contextos dos familiares (entre si) em uma situação hierárquica, diga-se subsidiada pelo Direito, sob a égide da ordem e disciplina. Nesse sentido, a punição corpórea constituiu-se como prática recorrente, de forma a ser estabelecida até mesmo em leis, como a lei Nº 20, de 6 de maio de 1837, na província da Paraíba que regulariza as práticas violentas

Art. 12º – Terão por obrigação, tanto os professores, como as professoras.

1º) Tratar aos seus discípulos com docilidade e prudência.

2º) Fazer guardar entre eles uma recíproca amizade banindo de suas respectivas aulas os apelidos chulos e toda a idéia de rivalidades, a menos que não seja aquela que nasce da emulação do estado.

3º) Remeter ao Presidente da Província todos os anos, e em um tempo pelo mesmo mercado um mapa dos alunos, em que mostrem com clareza o grau de adiantamento de cada um deles.

4º) **Observar e fazer observar em suas aulas os presentes estatutos, administrando o infrator; caso porém não aproveite a primeira e segunda admoestação, poderão usar além de outros castigos morais adaptados, de palmatoadas, que não excederão as seis em cada dia; usando porém deste castigo com a necessária moderação, e em proporção a idade dos alunos. Em argumentos de atrasados, que o professor, ou professora deverá estabelecer uma vez em cada semana, ou em desafios de uns com outros se admitirá**

**também entre eles as palmatoadas até o número de doze, cada dia.** (grifos nossos). (ARAGÃO; MIRANDA; BONIFÁCIO; SANTA; 2013 *apud* PINHEIRO; CURY; 2004)

Em 1841, no Maranhão, a realidade não era distinta. Conforme o regulamento da casa dos educandos artífices:

Art. 32. A Casa reconhece as penas seguintes:

1. Repreensão no gabinete do Diretor;
2. Repreensão à frente ao corpo formado;
3. Exclusão da mesa por uma a três vezes;
4. Servir à mesa aos companheiros por uma a três vezes;

**5. Palmatória em uso moderado na presença de todo corpo**

**6. Prisão no xadrez da Casa por um a oito dias. O educando que for preso será excluído da mesa por tantos dias, quanto forem os da prisão.** (grifos nossos) (ARAGÃO; MIRANDA; BONIFÁCIO; SANTA; 2013 *apud* CASTRO, 2009)

Tais previsões normativas admitiam a punição física leia-se palmatoadas, aspecto que foi colocado em xeque após as discussões fervorosas quanto à legitimidade e eficácia de tais práticas, de forma a reconstruir os meios de punição nas instituições em algumas províncias. Com isso, no ano de 1857, no Paraná, decidiu-se que seriam proibidos tanto o uso da palmatória quanto os castigos ditos corpóreos. Houve, então, a transferência da punição dos meios físicos aos simbólicos, pautada em uma configuração paradoxal que pairava sobre o sentimento de caridade, como no Decreto n. 4 de 19 de janeiro de 1893 ou no regulamento de ordem geral para as escolas de instrução primária, Tomo IV:

Art. 47. Os professores empregarão os castigos com a maior parcimônia e discrição, mostrando-se animados de **purros sentimentos de caridade**.

Art. 48. Só poderão aplicar-se as seguintes penas.

1ª- **Repreensão em particular**, sem manifestação de cólera, ou frieza por parte do professor, **que deverá revelar interesse e amor pelo discípulo**, que se desvaria.

2ª- Repreensão em publica na escola e, tom muito sério e de pesar, que desperte a consciência do dever tanto no delinquente como no auditório.

3ª- Outros castigos que excitam o vexame, como **mandar ficar de pé ou de joelhos, evitando a hilaridade dos observadores**.

4ª- Separação da classe por tempo determinado, ocupando o banco do castigo, no qual se conservará de costas para o auditório.

5ª- Tarefa de trabalho fora das horas regulares, isto é, ocupar-se durante os exercícios escolares, depois da lição da classe, em estudo e trabalhos determonados, ou ainda leval-os para trazel-os de casa.

6ª- Comunicação aos pais para maiores castigos.

7ª- Expulsão da escola, notada no livro de matriculas e communicada ao governo. Esta pena não será aplicada senão por incorrigibilidade do alunno, e precedendo autorização do inspetor geral.

Art. 49. Se a experiência demonstrar a necessidade do emprego de algum outro meio disciplinar, por faltas de conduta, os professores representarão ao inspetor geral, que os pederá autorisar, **salvos os castigos corporaes, que para serem applicados devem ser propostos e resolvidos pelo governo**. (grifos nossos). (DALCIN; 2004)

Nesses termos, percebe-se que a punição física era representada pela palmatória, mas é relevante dizer que tal prática não eximia a categorização das demais como “violência física”, como no caso de “mandar ficar de pé ou de joelhos”. Acontece que as práticas tomaram outros rumos,

isto é, a punição passou a ser pautada principalmente em meios de violência simbólica a segregação, a exemplo do art. 48, §4. Nesse sentido, a utilização de novos meios de punição das épocas representam germes que afetaram a maneira de corrigir o corpo discente dos séculos seguintes, tanto o século XX como o XXI. Mesmo com a introdução de ideologias que prezam por uma didática mais humanística, ainda há traços dos modos como as circunstâncias eram conduzidas, com uma nova roupagem. Agora, o campo psicológico começa a ser mais utilizado, como de deixar o aluno em pé durante a aula. Neste caso, o discente é castigado fisicamente pela posição forçada e, moralmente, pelo fato de o castigo imposto se tornar visível a todos os colegas, constituindo-se em uma exposição pública da punição. Diante disso, cabe indagar: de que forma o estudante incorpora tais premissas como corretas e/ou válidas?

Nesse contexto, o indivíduo internaliza o entendimento de que deve-se castigar os infratores de forma pública, por meios vexatórios. Isso porque o que constituirá a existência de significado é a habilidade de aceitação da realidade pelo indivíduo e a seus elementos atribuir-lhes sua significação. A partir da construção dessa consciência, o indivíduo adquire a capacidade de distinguir os fatos ante diferentes contextos e, ainda mais, reproduzi-los de modo a desenvolver uma característica habitualmente a uma série de eventos. A maneira como o indivíduo edifica essa distinção está disposta por meio do entendimento da realidade dotada de significado.

Essa realidade, por sua vez, pode ser internalizada de distintas formas frente a contextos ou esferas diversos. Isso porque é um meio de contemplação da verdade, e não ela própria. A verdade se impõe e a percepção da realidade é a leitura dessa premissa genuína. Por isso, por mais que exista a possibilidade de interpretação diversa da realidade, o concretismo se mostra como esfera inevitável porque a sua posição privilegiada, “propriamente real”, autoriza a dar-lhe a designação de realidade predominante (BERGER; LUCKMANN; 2003, p.38) , pois, constitui-se de modo a impossibilitar a subtração de sua presença grandiosa e tensa, que cerca e obriga o indivíduo a ter um caráter de plena vigilância. Essa capacidade traz consigo a legitimação da realidade cotidiana e sua principal diferença entre as demais: a afirmação de que o mundo real é real para o interlocutor, locutor e o espectador, isto é, o mundo real possui ligação e sentido para distintos indivíduos. Desse modo, além da capacidade de o ser humano fazer a diferenciação de consciência diante de fatos, ele ainda possui uma relação intersubjetiva com outros indivíduos que, por meio de objetos, imprimem suas significações.

É fundamental pontuar que o fato de determinada esfera ser subjetiva ou intersubjetiva não faz alusão à negação da apreensão por apenas aqueles que estão contidos nela. É comum nas escolas públicas brasileiras, por exemplo, que os professores retirem estudantes da sala de aula quando cometem alguma infração. Tal ato carrega a hipótese subjetiva de que os educadores, que ocupam posição hierarquicamente superior à dos alunos, assim fazem para demonstrar seu “poder de polícia” com o fim de punir o educando, reestabelecer a ordem<sup>1</sup>. O fato é que aqueles que infringem a norma, os punidores e espectadores conseguem absorver a bagagem de significações contida no ato. Ao observar a cena, o estudante internaliza aquele tipo de punição como coerente, por ser repetida de diversas formas, por diferentes docentes, e passa a se posicionar no sentido de conceber a prática como natural. Quando essa situação, face a face, ocorre, o outro (ser humano) mostra-se como “plenamente real”, possibilitando o conhecimento do próprio “eu”, por meio do interacionismo social.

---

<sup>1</sup> A exclusão do aluno, ainda, contribui para sucessivas reprovações que representam uma das causas da evasão escolar, como bem aponta Raimundo Filho e Ronaldo Araújo. SILVA FILHO, Raimundo Barbosa; ARAÚJO, Ronaldo Marcos de Lima. Evasão e abandono escolar na educação básica no Brasil: fatores, causas e possíveis consequências. Educação por escrito, [s.l.], v. 8, n. 1, p.35-48, 29 jun. 2017. EDIPUCRS. <http://dx.doi.org/10.15448/21798435.2017.1.24527>. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/poescrito/article/view/24527>>. Acesso em: 05 set. 2018.

Inicialmente, essa relação pode se dar de modo conflituoso, pois, tanto “eu” quanto o outro pode criar tipificações, ou seja, o “tipo” em que o indivíduo se enquadra. Por exemplo: se João vê Carlos como infrator, irá tratá-lo de modo condizente com a sua visão, sentindo medo dele, o rejeitando ou evitando-o. Por isso, as relações passam a se construir com esse caractere tipificador, de modo que a estrutura social seja soma dessas tipificações e dos padrões recorrentes de interação estabelecidos por meio delas (BERGER; LUCKMANN, 2003, p. 51). Esse tipo de “esquema tipificador” é estável na consciência deste indivíduo por tempo indeterminado, até que uma dada situação consiga convencê-lo de modo diverso, pois, a repetição comportamental diante de situações idênticas e/ou iguais impede que exista um ventilarmento no que diz respeito à possível mudança do hábito.

Aplicando a teoria à discussão da escola pública periférica, pode-se inferir que quando um estudante passa a tratar o outro como infrator, necessitará de um marco para auxiliar na mudança de tratamento. Aliás, tal percepção seria *interna corporis* porquanto que este não considera estar em mesmo patamar (de infrator); porém o lado externo dessa relação pode não diferenciá-los, pela tendência à generalização. Diante disso, percebe-se que a escola encontra obstáculos relevantes no que diz respeito às tipificações dos discentes: a) a resposta dos estudantes nos modelos de tipificação entre si e; b) o tratamento generalista dos estudantes de escolas públicas periféricas como potencialmente infratores.

Quanto à primeira problemática, a figura do professor acaba por ser utilizada como neutralizador inicial do conflito, como uma primeira instância. Isso porque sua posição diante dos estudantes, muitas vezes, se constrói hierarquicamente superior fazendo com que a ele seja atribuído, ainda que minimamente, os ideais de justiça, poder e autoridade; o que gera (em alguns casos) a confiabilidade do estigmatizado. Há exceções, tendo em vista que a própria autoridade possa corresponder positivamente à estigmatização, podendo recorrer às “instâncias superiores” como os diretores e gestores, família ou aceitar o que lhe atribuem. Talvez essa última via seja uma das mais problemáticas nesse processo, por ter o autoreconhecimento a partir dessa movimentação. A segunda problemática advém de um conceito preestabelecido que foi oportunizado através de diversas instituições sociais e reafirmados por fatores como o *mass media* que cada vez mais ganha maiores alcances e a narrativa de fatos, ainda que distorcidos, que será pontuado em seguinte.

Há que se notar que a escola não é um elemento isolado da relação do corpo discente para com o mundo, por isso, falar de construção social da realidade é também levar em consideração outros institutos que reafirmam ou negam conceitos fornecidos pela escola ou acabam por forjar novos. É inevitável afirmar que o século XXI trouxe à tona novos caminhos de aquisição de conhecimento e percepção de realidade, mas não se deve eximir a escola de oferecer subsídios teóricos que permitam entender tal bagagem. Por isso, como a análise visa identificar de que forma o populismo punitivo também se cria mediante a atuação escolar e essa não está deslocada de um *locus*, cabe examinar de que forma os meios de comunicação se lançam à população e/ou população periférica como caractere que supre, ainda que de modo falacioso, a falta de informação e/ou reafirma uma percepção do indivíduo já constituída, ampliando-a e/ou agravando-a, fazendo com que exista a formação de uma tipificação diante dos estudantes de escola pública periférica. Então, qual é o papel da mídia em detrimento da ausência ou atividade superficial da escola?

## **A ATUAÇÃO MIDIÁTICA**

Diante da criação de tipificações pelo indivíduo, é importante pontuar a diferença deste com o pseudoambiente. Na primeira, o concretismo é o ponto fundante da realidade: o indivíduo,

por si só, participa do evento de forma a acompanhar de perto os acontecimentos, que pode ser ainda repassado pelos indivíduos entre si. Por isso, sua proximidade ao fato é o caractere que permite a internalização do significado e sua atribuição de valor. Já o pseudoambiente é um meio em que há um recorte direcionado para a construção de uma percepção, isto é, um veículo da atuação midiática que cria um imaginário impreciso da realidade (concreta) que limita a cognição do indivíduo frente a real circunstância, questão que é aceita pelo receptor na premissa de que ela revela os acontecimentos de forma direta e precisa, de modo a condicionar o receptor a uma percepção frágil e superficial desta, podendo o espectador ter posição crítica ou não (a depender de suas vivências e conhecimentos apreendidos ao longo de sua vida). Com isso, os meios midiáticos recortam aquilo que deve ser mostrado, envolvendo-o numa amálgama de redes sentimentais que acabam com realizar um bloqueio da racionalidade, de acordo com Lippman (GOMES; 2015, p. 68 apud Lippman).

Por mais que distintos, o resultado da interação do indivíduo frente a tais fenômenos é semelhante, pois, o indivíduo passa a responder a tais estruturações, aceitando-as como plenamente verdadeiras podendo ocorrer uma aproximação que retifica a circunstância transmitida. A problemática instaurada quanto à atuação da mídia na construção da realidade do indivíduo traduz-se então no recorte fático ou distorção das questões que são preponderantes, como uma espécie de janela que permite apenas a visualização de ângulo específico, sem a possibilidade de conhecer para além dele. É o que acontece, por exemplo, quando o entrevistador, ao conduzir a entrevista, assim o faz em função de sua subjetividade (GOME, 2015, p. 74), que posteriormente será objeto de edição e excluirá ainda mais outros questionamentos que podem ser preponderante à visão crítica do espectador. Isso, por si, já representa uma espécie de censura que faz com que a prerrogativa da notícia pura e transparente com função do controle dos poderes estatais (watchdog) seja afastada e a carga ideológica passa a corresponder à realidade da atuação da mass media.

Não obstante, a mídia alcança diversas camadas da sociedade na prerrogativa de levar informação aos cidadãos, de forma a contribuir com uma espécie de espetáculo. O poder existente no campo comunicacional insufla a parcela que não detém condições de averiguar as informações com notícias que constroem os jovens como marginais por excelência, que corrobora com a percepção dada pela realidade concreta. A população, assim, apenas as aceita como verdadeiras porquanto que os veículos midiáticos não dizem sobre como pensar, mas sobre o que pensar (GOMES, 2015, p. 63). Enquanto a agenda dos meios de comunicação detém a faculdade de escolher aquilo que é considerado mais lucrativo, de modo a tratar a notícia como moeda de troca, forma-se a opinião pública de modo inverso: considera-se essa como uma percepção privada que é disseminada para o público. As combinações de linguagem oral, visual, auditiva conferem à mass media caráter complexo de forma a permitir veiculação da informação de modo mais rápido.

Essa eficácia auxilia na ressignificação de termos e suas conexões que são disseminados por intermédios como a televisão, que é mais utilizada por comportar em seu perfil o tempo televisivo curto junto com a combinação de imagens com a linguagem oral que dá maior proeminência à notícia, permitindo que seja possível a transmissão de uma série de diferentes conteúdos corroborando para a ideia de que “aquilo que é visto não é discutido”. Com isso, a população periférica passa a ter medo de si, de seus semelhantes, reproduzindo uma racionalidade que sempre lhe foi atribuída (para disseminar e ser), reclamando a modificação de políticas que visam enrijecer penas e crimes, desmedidamente, sem conhecer seu potencial alvo político. Ademais, é tal processo que corrobora com a generalização dos estudantes, por ser tal via utilizada para reafirmar ou construir a imagem do estudante desviante.

A educação passa a ser parte dos componentes para identificar aquele que é considerado como infrator. Um estudo coordenado por Marília Budó juntamente com Ricardo Cappi (2018) revelou que os periódicos passam a narrar atos infracionais em um cenário que transforma o adolescente como pivete, adulto mirim ou até mesmo culpabiliza as mães numa espécie de binômio infração-abandono. O fato é que essas caixas estigmatizadoras obedecem uma ordem social que se relaciona com a cor, origem, escolaridade e classe dos jovens, como uma espécie de função matemática, isto é, pretos, periféricos e de baixa escolaridade. Divergente, porém, é o cenário quando os adolescentes são brancos, de classe média, hipótese que põe a escolaridade como um ponto relevante, condicionando suas infrações como “brincadeira de mau gosto.” Um exemplo relatado na pesquisa diz respeito à conduta dos jovens que arrancaram e subtraíram os óculos da estátua de Drummond, em Copacabana; que causou prejuízo de três mil reais, de acordo com a Seconserva (BUDÓ; CAPPI; 2018, p. 135).

Essas referências oriundas do pseudoambiente auxiliam no suporte da criação de sentimentos que, de acordo com a psicanálise, bloqueiam os filtros racionais diante dos casos, fazendo com que a circunstância seja internalizada com mais facilidade. Com isso, cria-se um suporte argumentativo à população periférica que passa a requisitar a punição dos infratores (já mencionados), sem um mínimo de garantismo penal, reflexão crítica, porquanto que estão contaminados pelo substrato do pseudoambiente. Nesse andamento, é válido observar a educação como meio possível de mudança social. Isso porque terá o condão de desmitificar esses processos e oferecer subsídios que auxiliarão no forjamento do pensamento crítico que servirá como parâmetro para a atribuição de juízos de valores diante dos acontecimentos, sendo, assim, não um meio de controle social de cabresto, mas de autonomia popular.

## **PUNITIVISMO NAS ESCOLAS PÚBLICAS PERIFÉRICAS E O PUNITIVISMO POPULAR: À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À frente de tal conjuntura, isto é, da desigualdade entre as instituições no Brasil bem como os parâmetros que subsidiam a criação de concepções pelo indivíduo; nota-se que a exclusão e estigmatização ditas alcançam a esfera concreta, que circunda o indivíduo, de modo a perpetuar, em seu plano subjetivo, tal realidade por excelência, isto é, o indivíduo passa a considerar a exclusão como forma natural para o que é considerado inadequado e desviante. Essa capacidade de internalizar o processo que torna normal a exclusão do infrator representa uma semente da cognição subjetiva do indivíduo de que essa é a correta forma de punir aquele que não obedece, responde positivamente ou, ainda, representa um desvio radical à ordem baseada em um corpo universal válido sobre as regras. Junto a isso, a mídia insufla o imaginário social com a ideia de periculosidade de jovens infratores, tratando sua cor, classe e escolaridade como aspectos relevantes para forjar um indivíduo dotado de personalidade voltada para o crime, o que na verdade, representa a população discente dos estudantes de escolas públicas periféricas. Com isso, além das interações que ocorrem dentro da escola entre os estudantes, que se tipificam, há o tratamento social condicionado ao perigo em relação aos estudantes.

Somado a isso, o fluxo complexo das práticas dos discentes representa um caractere que “ameaça” a ordem das instituições de ensino, fazendo com que exista o objetivo da gerência de apaziguar os corpos, tornando-os úteis (aos comandos de práticas produtivas) e dóceis (HECKERT; ROCHAS, 2012, p. 87 apud FOUCAULT, 1991). As práticas que surgem mediante o desenvolvimento tecnológico estão englobadas nesse contexto. A utilização de aparelhos tecnológicos acarreta no descontrole da autoridade central em determinadas circunstâncias, fazendo com que exista a necessidade de judicializar a questão. Foi o que ocorreu no Rio de Janeiro, quando houve a promulgação da Lei ordinária n. 4.734, de 4 de janeiro de 2008, que

proíbe a utilização de celular e outros em sala de aula. O indivíduo, nesse meio, passa a compreender o direito como ferramenta coercitiva, que limita a sua liberdade porquanto tal ferramenta não preenche outras esferas de sua vida com tal eficácia, ou seja, o ordenamento jurídico não lhe alcança para efetivar direitos que permitam concretizar novos saberes e realidades.

É nesse âmbito que o populismo punitivo se encontra. Diante questões racionalizadas em uma esfera material limitada nas escolas públicas periféricas, o indivíduo busca o acesso à justiça penal baseada na necessidade de excluir os infratores de modo potencial, para que a ordem, tradicionalmente repassada pelas instituições como a escola, seja instaurada. Em tal populismo punitivo, encontram-se os modos de legitimar cada vez mais um Estado essencialmente punitivista, que se pauta pelos “anseios da sociedade” situada em situação de vulnerável por conta dos índices de delitos. Desse modo, deve-se tomar como premissa o desenvolvimento da educação ligado ao processo de emancipação dos indivíduos em função da construção de suas personalidades junto com o aumento de participação na sociedade democrática.

A educação, nesse contexto, detém crucial função que auxilia o estabelecimento de parâmetros para que a internalização dos significados pelo indivíduo possuam filtro crítico, de modo a apresentar-lhe aspectos essenciais para sua concepção tipificante, afastando-lhe de interpretações superficiais das questões em seu entorno. Um dos desafios da escola na periferia, portanto, é fazer com que o indivíduo passe a compreender os processos de criminalização e violência em que está inserido, sem subtrair-lhe sua realidade concreta. Além das tipificações sociais, outra dificuldade nisso está no fato de que tal instituição historicamente possui tais aspectos como recorrentes.

Por isso, o pluralismo ideológico é um ponto que deve ser destacado no debate. Isso porque a preocupação com a maneira em que o conhecimento será produzido e/ou escolhido deve ter como norte principal o Estado Democrático de Direito, pois assim o é o Brasil, sem dispensar outras facetas teóricas. Ademais, tal pilar tem sido constantemente alvo de correntes interpretativas ideológicas contrárias ao Estado Democrático na medida em que veda a instrução do conhecimento livre e desamarrado do docente.

Nesse sentido, há que citar a PL 7180/14, conhecida como “Escola sem partido” e ainda suas semelhantes, senão iguais, como a “Escola Livre”, lei 7800/16 que foi promulgada no estado de Alagoas e, posteriormente, alvo da Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.537. A centralização o discurso pautada na vagueza de conceitos tais quais “doutrinação”, “imposição de opinião”, “propaganda religiosa ou filosófica”, “incitação à participação em manifestações” combinada com a falácia da neutralidade tentam servir de subsídios basilares de tais leis em um movimento de vedação da autonomia dos educandos dentro das instituições.<sup>2</sup>

Nessa toada, o princípio constitucional da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamento, a arte e o saber (artigo 206, II da Constituição Federal) afastam-se quando impostos os limites ao conteúdo programático. Como aponta Barroso (ADIn 5.537):

---

<sup>2</sup> Como aponta Barroso, relator da ADIn: “A própria concepção de neutralidade é altamente questionável, tanto do ponto de vista da teoria do comportamento humano, quanto do ponto de vista da educação. Nenhum ser humano e, portanto, nenhum professor é uma “folha em branco”. Cada professor é produto de suas experiências de vida, das pessoas com quem interagiu, das ideias com as quais teve contato. Em virtude disso, alguns professores têm mais afinidades com certas questões morais, filosóficas, históricas e econômicas; ao passo que outros se identificam com teorias diversas. Se todos somos – em ampla medida, como reconhecido pela psicologia – produto das nossas vivências pessoais, quem poderá proclamar sua visão de mundo plenamente neutra? A própria concepção que inspira a ideia da “Escola Livre” – contemplada na Lei 7800/2016 – parte de preferências políticas e ideológicas.” Pg. 21



Só pode ensinar a liberdade quem dispõe de liberdade. Só pode provocar o pensamento crítico, quem pode igualmente proferir um pensamento crítico. Para que a educação seja um instrumento de emancipação, é preciso ampliar o universo informacional e cultural do aluno, e não reduzi-lo, com a supressão de conteúdos políticos ou filosóficos, a pretexto de ser o estudante um ser “vulnerável”.

Outrossim, a maneira em que as questões sociais devem ou não estar inseridas dentro da esfera educacional, de modo lógico, não é funcional quando posto por meio de políticas governamentais, que tratam os usuários de seu sistema como meros destinatários de ações governamentais que são desconexas às experiências concretas (SILVA; ARAÚJO, 2017).<sup>3</sup> Deve-se discutir essas dimensões para que possam ser racionalizadas com a finalidade de dispor ao indivíduo suporte para interferir em sua realidade. Isso porque a escola pública, como aparelho ideológico do Estado, é responsável pelo sucesso ou fracasso dos alunos (SILVA; ARAÚJO, 2017).

Por isso, a escola periférica necessita se adequar ao ambiente que está inserida para que seja possível proporcionar aos alunos novos meios de racionalizar questões que estão ao seu entorno. Devem-se discutir questões sociais com mais afinco tais quais de violência de gênero, para que os números de violência contra a mulher decresçam em função da constante ratificação da igualdade de gênero nos ambientes; sobre o Governo, de forma a proporcionar ao estudante (e conseqüentemente à comunidade) substrato teórico para construir sua própria concepção de governo e de que forma este deve atuar ou ser, possibilitando maior conscientização nos processos eleitorais; ideologia política, para que possa-se orientar nos debates e encontrar seu espaço discursivo; raça, para contribuir com o combate dos discursos racistas institucionalizados, contribuindo a percepção da história brasileira em relação ao tratamento de diferentes raças dentre tantos outros assuntos. A educação é chave que abre ou quebra fechaduras, por isso, é preciso que seja utilizada com cuidado para que se proporcione a abertura de caminhos adequados ao desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Milena; MIRANDA, Itacyara Viana; BONIFÁCIO, Nadja; SANTANA, Jeová. **Práticas disciplinares em instituições de ensino: relações históricas entre normas e cotidiano**. Disponível em: <<http://sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe7/pdf/07-historia-das-instituicoes-e-praticas-educativas/praticas-disciplinares-em-instituicoes-de-ensino.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de Sociologia do Conhecimento**. 23. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003. Tradução de: Floriano de Souza Fernandes.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1556

DALCIN, Talita B. **Os castigos corporais nas escolas domésticas e isoladas do Paraná no século XIX: disciplina e controle dos corpos**. UFPR – CAPES. 2005. Disponível em: <<http://www.sbhe.org.br/novo/congressos/cbhe3/Documentos/Individ/Eixo4/171.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan.

Heckert, A. L. C. & Rocha, M. L. (2012). A maquinaria escolar e os processos de regulamentação da vida. **Psicologia & Sociedade**, 24(n. spe.), 85-93.

---

<sup>3</sup> As alterações, a nível federal, na regulamentação das políticas públicas para a Educação possui forte impacto por possuírem efeito em cadeia. A lei n. 9394/96, que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional e que foi hodiernamente alterada pela lei n. 13.415/17, é um exemplo disso, uma vez que não se pode negar que a concepção da divisão entre aprendizado intelectual e profissional remete-se manifestamente à segmentação de classes.

SILVA FILHO, Raimundo Barbosa; ARAÚJO, Ronaldo Marcos de Lima. Evasão e abandono escolar na educação básica no Brasil: fatores, causas e possíveis consequências. **Educação por escrito**, [s.l.], v. 8, n. 1, p.35-48, 29 jun. 2017. EDIPUCRS. <http://dx.doi.org/10.15448/2179-8435.2017.1.24527>. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/poescrito/article/view/24527>>. Acesso em: 05 set. 2018.

STELKO-PEREIRA, Ana Carina; SANTINI, Paolla Magioni; WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque. **Punição corporal aplicada por funcionários de duas escolas públicas brasileiras**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722011000400009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000400009)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Tradução de: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, p.24

# O PROJETO RACISTA BRASILEIRO: MORTE DA JUVENTUDE NEGRA E A INDIFERENÇA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

**Carolina Braga Cavalcanti da Cunha**

Graduanda em Direito (UNICAP)

**Hugo Matheus de Castro Silva**

Graduando em Direito (UNICAP)

## INTRODUÇÃO

O Brasil, assim como todo contexto Latino Americano, fez parte do projeto colonizador europeu, em que, tais nações tiveram suas Instituições estruturadas dentro da perspectiva do colonizador. Em que pese o senso de punitivismo, em territórios nacionais, predomina o uso do discurso do Positivismo Criminológico, teoria essa que trata o delito como consequência direta da constituição biológica dos indivíduos, ensejando assim o chamado “atavismo” e o “homem delinquente” (Lombroso, 2007). Nisso, tem-se que a criminologia do norte mostrou-se como principal aparato de controle social dentro dos países do sul, fortalecendo o poder das elites, mantendo assim um padrão segregacionista em razão da cor da pele, revertendo na idealização do “inimigo do direito penal”, o qual no Brasil assume a feição dos negros, existindo dessa forma um sistema paraestatal, em que o uso indiscriminado da violência com a fachada de segurança pública seria válido, desde que empreendido sobre tal grupo. (HOLANDA, 2014). Assim, é a partir dessa bagagem histórica de racismo e controle social que o sistema penal brasileiro é parido, nisso, apesar de, na atualidade se ter uma presunção de Estado Democrático de Direito, o qual não fomenta as desigualdades, é visto que no âmbito da persecução penal ainda se manifesta o ideário do positivismo criminológico, já que o mesmo não abdicou da imagem do inimigo penal, sendo isso observado tanto no encarceramento em massa de pessoas negras (INFOPEN), como também na impunidade referente aos agentes policiais que ao utilizar de truculência, sob a justificativa de confronto, assassina a juventude negra de forma massiva (ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2018). Assim, fazendo-se uma análise minuciosa do fluxo processual, vê-se que há uma espécie de corporativismo entre as Instituições protagonistas de tal sistema (Polícia, Ministério Público e Judiciário) como uma forma de autoproteção de seus integrantes, ensejando baixa resolução do casos que envolvam a letalidade policial, a qual fica disfarçada sob o termo de “auto de resistência (RIBEIRO e COUTO, 2014), sendo tal tema bastante atual, devido a toda polêmica envolvida no pacote anticrime que está em discussão no Congresso, o qual concretiza os valores de uma criminologia estrangeira, demonstrando que a falta de brasilidade dentro dos pensamentos das ciências criminais torna-se um obstáculo para repensar os paradigmas do sistema penal.

## A CRIMINOLOGIA DO NORTE

Compreende-se, dentro do desenrolar da história do direito penal nas sociedades, que, dentro de uma perspectiva pós-moderna, um questionamento latente de tal ciência o entendimento da origem do crime, o porquê dos indivíduos cometerem atos delituosos. Nessa perspectiva, vê-se um desdobramento por parte dos estudiosos da época sobre tal temática, surgindo assim a chamada “criminologia”, dentro do contexto europeu.

Em que pese o surgimento de tal estudo, é vital apontar que tais questões não foram suscitadas por juristas, mas sim por profissionais da área da medicina legal, isso dado devido ao

sistema positivista que pairava sobre a Academia no período do século XIX. Tal movimento influenciou o modo de se produzir conhecimento dentro desse período, isso porquê a manifestação dos estudos passava pelo crivo da ciência, sendo aqui “ciência” relativa aos fenômenos naturais, logo, era referente não às questões subjetivas, mas sim objetivas, sendo tal forma de conhecimento elaborada pelo sociólogo francês Augusto Comte, o qual quis trazer para o meio social foi a ideia de que o ser humano poderia ser medido, analisado e interpretado tal qual os fatos da física ou da matemática, dando um caráter objetivo ao ser humano. Tal entendimento não se manteve apenas dentro da sociologia, mas transpassou para outras áreas das ciências sociais, como foi o caso do behaviorismo (séculos XIX e XX) na psicologia e na criminologia, representada pelos estudos de Lombroso (Chauí, 1999).

Logo, quando as primeiras correntes de estudos da criminologia surgem no âmbito da medicina, não se trata de mera coincidência, mas sim uma questão lógica, já que é nas ciências médicas que se é proposto a análise dos caracteres biológicos para se chegar a um diagnóstico conclusivo. Dessa forma, o crime começou a ser pensado dentro de tal perspectiva, em que o mesmo poderia ser percebido através de padrões biológicos e fenotípicos dos indivíduos, criando-se assim estigmas que auxiliariam a perceber o “criminoso” anteriormente ao cometimento de crime, sendo assim possível haver a prevenção do delito sem que o mesmo tenha ocorrido, interpretando-se assim o crime como enfermidade, e, como toda doença, tinha como tratamento o decreto de prisão, não sendo ela quantificada em um período certo de anos, mas sim para que se desse a cura para tal “infecção”.

Se se pudesse extrair uma média da potência intelectual dos delinquentes com a segurança com que se obtém da medida do crânio, creio que se chegaria a igual resultado, ou seja, encontrar-se-ia uma média inferior ao normal (LOMBROSO, 2010, p.133)

Nisso, destaca-se a teoria do “criminoso nato”, criada por Lombroso, o qual percebia o crime como algo biológico, entranhado em determinadas características pessoais dos indivíduos, as quais poderiam sofrer medições e cálculos, dando assim uma espécie de exatidão e cientificidade para sua teoria, ensejando assim o nascimento da Escola Positivista da Itália, a qual se dedicava ao estudo da criminologia sob a perspectiva do positivismo.

Alicerçada sobre tal determinismo, a Escola acabava por negar a existência do livre-arbítrio, considerado por ela uma abstração metafísica. Daí iria derivar seu programa: a pena deveria ser concebida enquanto tratamento, e não punição; por isso, deveria ter sua duração e condições de aplicação indeterminados, conforme as respostas personalíssimas do condenado-paciente ao “tratamento”; e a prevenção ao crime teria de receber maior ênfase e prioridade, fazendo uso dos recursos médico-científicos disponíveis para a identificação do indivíduo perigoso antes do aparecimento do crime. (Ferla, 2009, p. 23-24)

Dessa forma, fica claro que os primeiros desenhos a respeito do crime seguiram perspectivas euro centradas, sendo a teoria do positivismo criminológica pautada nas novas relações intersubjetivas que ocorriam na Europa nesse mesmo século, em que, tal continente passava pelo processo de industrialização, lidando assim com uma nova classe: o proletariado, o qual, foi enquadrado na categoria do “criminoso nato”, pois, muito mais além do que uma teoria científica, o positivismo criminológico era uma forma de pautar o controle social, traduzindo-se assim o conhecimento como instituição de poder (FOUCAULT, 2001), estendendo-se assim tal teoria ao inconsciente coletivo, principalmente pelo reforço trazido por parte do Estado no que tange ao implemento prático de tal teoria, havendo assim forte persecução penal frente aos trabalhadores, sendo isso parte de uma estratégia de docilização dos mesmos, para que eles se mantivessem dentro de uma disciplina rígida, inviabilizando assim qualquer tipo de levante social quanto às condições de vida dos mesmos.

(...) a Criminologia não tem necessidade de se justificar teoricamente porque é um saber

totalmente utilitário, que se consolida ao término de um longa transformação no interior das práticas de saber e poder na modernidade, a partir das quais um discurso “científico” se tornará indispensável para o funcionamento das penalidades. Trata-se de um *saber destinado ao poder* (...) pois o pensamento criminológico sempre foi mais valorizado pela sua utilidade política e administrativa do que por sua exatidão científica (Alvarez, 2005, p.78)

É importante salientar que a questão da cientificidade não foi algo decisivo para aceitação de tal teoria, tanto que os cálculos trazidos por Lombroso não possuíam precisão, mas o que foi decisivo para que tal teoria fosse acatada pelo meio estatal, foi justamente seu caráter utilitário, pois, qual meio mais eficiente de sem manter o *status quo* do que a partir da ameaça de prisão?

Tratada tais perspectivas, resta evidenciado que as primeiras pautas criminológicas foram instituídas por homens, bancos, de elite e europeus, os quais, ao se depararem com sua realidade frente às organizações do proletariado, necessitavam de alguma ferramenta que mantivesse a ordem social, valendo-se assim da ideia de periculosidade do agente, insuflando assim, dentro do senso comum, a imagem de uma classe trabalhadora quase que animalésca, minando assim a reputação de tal grupo frente ao coletivo, o que, em certo grau, favorece o projeto estatal de controle hegemônico.

Assim, vê-se essa corrente de pensamento criminológico positivista como própria dos países do norte, sendo fator decisivo para a designação da figura do “criminoso nato”, que mais tarde seria tido como inimigo do direito penal, as relações de classe, já que, no que tange a Europa, dentro do século XIX, se era percebida uma maioria populacional branca, não sendo as questões raciais obstáculos dentro desse contexto.

Se o século XIX europeu viu nascer uma sociedade de uma complexidade inédita, perpassada por novos conflitos sociais, advindos da industrialização e da urbanização crescentes, se a tentativa de construção de uma nova ordem social passava por uma atuação igualmente crescente dos mecanismos de controle social para os quais o alvo principal eram as classes populares e o controle de seus ilegalismos se o crime e a criminalidade apareciam para as agências de controle social – e mesmo no imaginário da nova sociedade burguesa – como os índices principais da crise moral que parecia ameaçar a sociedade da época e como objetos a serem melhor compreendidos e dominados, a idéia [sic] de que o criminoso era uma espécie de fenômeno natural, indivíduo primitivo que poderia ser anatomicamente identificado na multidão, deveria seduzir pela sua capacidade de fornecer uma explicação ao mesmo tempo pseudo-científica e tranquilizadora[sic] acerca da desorde (ALVAREZ, 2005, p. 81).

## **A influência europeia na construção da América Latina**

Em que pese a insurgência de tal sistema, seria leviano afirmar que ele permaneceu, em sua plenitude, dentro do continente europeu, pois, com o advento das grandes navegações durante o século XVI, as nações europeias, principalmente as ibéricas (Espanha e Portugal), despontaram processos múltiplos de colonização no que hoje é conhecido como América Latina, dessa forma, encontra-se a história do velho continente imbricada com a formação dos povos americanos, logo, compreende-se que a criminologia do norte plantou semente nos países do sul, engendrando uma problemática no sistema penal, a qual virá a ser melhor explicada.

A princípio, é preciso reputar que, incontestavelmente, a forma pela qual se deu a colonização espanhola e portuguesa nos países do continente americano, serviu como base para a estruturação do sistema penal em tais localidades. Pois, tais nações, principalmente a Espanha, usaram do meio do extermínio das sociedades nativas para garantir a sua imposição de poder, dizimando assim diversas comunidades indígenas afim de garantir a supremacia europeia, insurgindo assim uma cultura pautada no genocídio. Logo, assume-se que a linguagem sobre a

qual se pautam as relações sociais dentro da América Latina se dá a partir da violência e da morte, sendo fonte primordial quanto ao direito penal, o qual não se constitui a partir da legalidade determinado pelos ordenamentos, mas sim por um sistema para estatal, o qual é reforçado pelo próprio Estado, perpetuando a cultura genocida do sistema punitivo, como dito por Zaffaroni, 200, p. 124-125, citado por Flauzina, 2006, p. 29:

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais [sic] de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais [sic] que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furto, roubos domiciliares, etc.). Há "mortes anunciadas" de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não "aguentaram" e de outros em que os torturadores "passaram do ponto". Há mortes "exemplares" nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa investigação pública. Há mortes em represália do pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra preso nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídio entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconsistentes. *Há mortes...*

Saliente-se que, o processo colonizador da América Latina, dá-se por meio da supressão, em dado momento dos povos indígenas e, com o advento do processo escravagista, dos povos sequestrados no continente africano, trazendo aqui a ideia de Zaffaroni (2001) à "instituição de sequestro" sobre a qual se baseou a América Latina.

Esboça-se assim uma realidade dos meios de poder que se perpetuaria até a atualidade, em que, ao colonizador branco depara-se com a multiplicidade de etnias que habitavam tal território, bem como o fato de que as mesmas tratavam-se de uma maioria, era necessário que se buscassem formas de controle para subjugar-las, dessa forma, houve uma reprodução das Instituições de poder havidas na Europa, assim, a América Latina era vista como um ente periférico de participação nas questões mundiais, não cabendo a ela nenhum poder de mando, mas sim servir como matéria prima e mão de obra para o Velho Continente. Dessa forma, percebe-se que o processo colonizador trouxe moldes europeus para contextos latino-americanos, engendrando uma problemática fortíssima no que tange ao pensar dos sistemas penais, isso porquê as correntes nortenhas, ao serem impostas nos países do Sul, por não terem pontos convergentes, teve que ser adaptada ao cotidiano de tais nações, logo, as Instituições de controle partiam de uma perspectiva eurocêntrica, sendo o racismo o elemento base da manutenção do poder. Nisso, vê-se o surgimento de elites brancas, cujo poder foi delegado por parte do colonizador, a qual mantinha-se no poder a partir de um discurso baseado na hierarquização das etnias, colocando negros e indígenas a margem da coletividade.

O racismo está, portanto, nas bases de sustentação do processo histórico latino-americano. Dentro de uma percepção que coloca negros e indígenas como a barreira a nos separar da civilização, a partir de uma concepção que compreende os traços civilizacionais inscritos nos padrões europeus, nada mais natural do que investir todos os esforços com vistas a remover os segmentos que maculam a potencialidade da região. Assim, se desenha todo um quadro simbólico refratário ao reconhecimento da existência desses agrupamentos, formatando-se a prerrogativa necessária para que os empreendimentos genocidas pudessem ser levados a cabo. A conformação de um imaginário social que investe nitidamente para a eliminação de determinado contingente humano tende a ser

materializado por práticas efetivas de extermínio. Em outras palavras, o genocídio ancora-se necessariamente numa fonte simbólica que o reclama (...). (FLAUZINA, 2006, P. 32)

Não obstante, esse intercâmbio cultural baseado na opressão de culturas não-brancas, faz com que diversos países surjam dentro dos países do sul com graves problemas no que tange a etnia, dando-se destaque ao Brasil, o qual vê-se, na prática um verdadeiro abismo entre as raças, resultado direto das bases racistas sobre as quais o país se fundou, como também ao processo de recepção do positivismo criminológico como instrumento de controle social dentro de seu território.

## **A INDIFERENÇA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Logo, o perfil do preso brasileiro é de jovem e negro.

Igualmente, a população que mais morre no país é exatamente essa. Tratando-se de dados extraídos do sistema de saúde, trabalhados pelos Atlas da Violência ou pelos dados fornecidos pelo Poder Executivo, pelas suas secretarias de segurança pública, tem-se que houve aumento exponencial dos casos de homicídio da população jovem negra. Os dados fornecidos pelo mapa da violência de 2016, trazem não objetivamente números quanto à intervenção policial, porém, o mesmo torna-se relevante por identificar em seus dados o perfil das vítimas de homicídio por arma de fogo, assim, se estabelece que dentro do corte "idade" houve um aumento de 699,5% entre os anos de 1980 e 2014, em que pese a faixa dos 15 aos 29 anos. No quesito "etnia", tem-se que há uma problemática quanto ao número preciso a esses casos, já que é um quesito de pouca informação, porém, em uma média, tem-se que de 1980 a 2014, as mortes contra negros aumentaram em 46,9%, demonstrando o perfil dos mortos por arma de fogo.

É importante fazer um destaque para Pernambuco que, dentro dos dados mais recentes, fornecidos pelo Atlas da Violência de 2019, percebeu um aumento exorbitante na taxa de homicídio, figurando assim o mesmo como uma das Unidades da federação mais inseguras. Deve-se ressaltar que o período analisado por tal documento, é aquele estabelecido entre os anos de 2007 a 2017, em que, a princípio, Pernambuco contava com uma taxa de 7,8% para 100.000 habitantes, entretanto, desde 2014 que esse Estado encontra-se dentro de uma crescente quanto a violência, chegando a taxa de 21% entre 2016 e 2017. Vale ressaltar que o programa de segurança pública "Pacto pela Vida", foi instaurado justamente no ano de 2007, remanescendo até os dias atuais, sendo perceptível que restou frustrado o objetivo de tal programa. No que tange a morte contra jovens, Pernambuco também lidera, com uma taxa de 133 homicídios por mil habitantes, representando assim a taxa de 26,2%. Por fim, no que concerne ao fator raça, tal Estado também demonstra insegurança quanto às pessoas negras, pois, no ano de 2017, foi averiguada uma taxa de mortos negros de 73,2 por 100.000 habitantes.

A questão da morte é agravada quando o crescimento dos casos de morte em 2017 guardam estreita relação com as condições do sistema carcerário, isto é ausência do Estado, cujo vácuo permite facções criminosas disputarem espaços territoriais, levando à óbito a população brasileira (MANSO, DIAS, 2018).

Outrossim, os dados de morte envolvem as praticadas pelas polícias. No país ocorrem, de acordo com os dados auferidos pelo Anuário de Segurança Pública de 2018, o qual consegue precisar as mortes em decorrência de intervenção policial, em que houve um aumento das taxas de mortos, em que pese a proporção entre mortos por policiais e os policiais mortos em confronto tem-se 1 policial morto a cada dia, totalizando assim 367 os policiais mortos dentro do ano de 2017, enquanto que são, 5.159 mortos por policiais, havendo crescimento de 21% no caso dos

homicídios por policiais e um decréscimo de 4,9% de policiais mortos em fogo cruzado nesse mesmo ano.

Via de regra, a ocorrência de um delito suscita o acionamento das organizações policiais (Constituição Federal, Art. 144, § 5º). Em seguida, o policial deverá acionar a Polícia Civil, que é a organização responsável pela produção do inquérito policial em razão de sua competência de Polícia Judiciária (Constituição Federal, Art. 144, § 4º). Isso referente ao delito autuado por meio do auto de prisão em flagrante. Mas o procedimento padrão é a comunicação diretamente à Polícia Civil do encontro de um cadáver, sobre o qual essa agência deverá se debruçar de processamento penal desse delito.

Com a abertura do inquérito policial, o delegado deverá coletar uma série de provas que mostre a autoria e a materialidade do delito. O inquérito policial se encerra com o relatório do delegado, quando é apresentada uma manifestação do Ministério Público.

O CPP estabelece prazos diferenciados para a conclusão do inquérito policial de acordo com a situação de privação de liberdade do suspeito. Entende-se que se ele foi recolhido ao cárcere, a sua investigação e consequente processamento devem ser mais rápidos para se evitar os efeitos nocivos da prisão – 10 dias, art. 10, Código de Processo Penal. Porém, se o acusado responde ao processo em liberdade, o mesmo dispositivo informa ser 30 dias.

Pesquisa recente que avaliou o tempo de processamento dos casos de homicídio doloso, a partir da consulta a autos processuais baixados nas capitais no ano de 2013 (RIBEIRO, COUTO, 2014) identificou que Recife tem mediana de 8 dias para os casos de réu preso.

A atuação do Ministério Público se inicia com o recebimento das peças que compõem o inquérito policial (art. 12, CPP). Em alguns casos, os autos de prisão em flagrante e diligências preliminares do Inquérito são suficientes, dispensando-se, dessa forma, as formalidades do procedimento administrativo policial que subsidia o trabalho do promotor de justiça (art. 46, § 1º, CPP).

Processualmente falando, o Ministério Público é o chamado *dominus litis* da ação penal pública, que é a ação penal dos crimes de homicídio, ou seja, incumbe ao nobre *Parquet* a função de denunciar quando achar que já resta provado a materialidade e a autoria delitiva; solicitar a realização de novas diligências, por julgar insuficientes os elementos de provas coligidos, ou pedir o arquivamento do inquérito e para tal precisa da anuência de um juiz conforme inteligência do art. 28 do Código de Processo Penal.

Não há na legislação, de forma expressa, os motivos que embasem um pedido de arquivamento, o que há são os requisitos para a denúncia, que é a peça inicial do processo penal em uma ação pública. Por exclusão conclui-se que na falta dos elementos obrigatórios da exordial acusatória, deve o Ministério Público pedir o arquivamento do procedimento investigatório fundamentando o porquê (art. 93, X da CF), e é lógico que esses argumentos perpassam a esfera processual, não tendo relações com as condições pessoais das vítimas.

Apesar dos dados apontarem que anualmente vem crescendo o número de vítimas fruto de ações da polícia, há pesquisas (ZACCONE, 2015; ANISTIA, 2015; RIBEIRO, 2014; FBSP, 2018; FBSP/IPEA, 2019) que apontam para uma impunidade, até mesmo um acobertamento, por parte do Ministério Público ao pedir o arquivamento de denúncias contra policiais se valendo de argumentos, quase que padrões, de desqualificação da vítima ou de que o agente público estava em situação de legítima defesa.

Enfim,



No Brasil, de cada sete indivíduos assassinados cinco são negros, já considerando proporcionalmente as subpopulações subjacentes. Quando analisadas regionalmente, essas diferenças aumentam significativamente e alcançam proporções de 19 negros mortos para cada não negro que sofre homicídio, como foi o caso da Paraíba em 2010, conforme indicado no Atlas da Violência 2016, produzido pelo Ipea e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (CERQUEIRA, COELHO, 2017, p.8).

Nestes casos a resolutividade é baixa. O que se percebe é a falta de celeridade e, até mesmo, a negligência por parte do Poder Judiciário, mostrando a displicência e o senso de corporativismo dentro do sistema penal (ZACCONE, 2015). Logo, compreende-se que há uma falha proposital de promover justiça no que tange às mortes decorrentes de intervenção policial, tornando-se o Estado conivente com o controle social exercido sobre a parcela negra e jovem da população, tanto no que se refere ao encarceramento, como também às execuções. No levantamento de dados do fluxo processual de casos de homicídios em 5 capitais brasileiras: Belo Horizonte, Recife, Porto Alegre, Belém e no distrito federal, Tem-se a seguinte conclusão:

A baixa capacidade dos tribunais do júri em absorver todos os casos preparados para julgamento a cada ano ajuda a compreender por que a mediana de tempo entre a data da sentença de primeira fase (após o recurso e novo julgamento, se esse existiu) e a data da plenária do júri (para aqueles casos em que ela efetivamente ocorreu) é de, aproximadamente um ano ou mais. O caso mais impressionante é o de Belo Horizonte, em que esse valor chega a 1.209 dias, ou um pouco mais do que três anos; seguido de Goiânia, onde o júri é de mais de dois anos. Por outro lado, nota-se que, com exceção de Recife e Belém, existem casos com valor mínimo igual a zero, o que parece muito mais um erro de preenchimento ou de datas de documentos judiciais do que realidade, dada a impossibilidade de preparação do processo para plenária do júri no mesmo dia em que ocorre a pronúncia (RIBEIRO e COUTO, 2014, p.193).

Dentro dessa perspectiva, faz-se necessário trazer os dados produzidos pelo relatório da anistia internacional em 2015: "Você Matou Meu Filho". Em que, foi averiguado que, no que tange a resolutividade, tanto o Ministério Público, cuja função é justamente ser fiscal da Lei e de controlar externamente os atos da polícia, além da própria polícia civil, são os principais responsáveis pela questão da impunidade dos agentes que cometem homicídios. Assim, torna-se bastante dificultoso o êxito de processos que tratem de tal matéria, pois há um bloqueio institucional frente a essa questão.

Outro defensor público explicou em entrevista: "claramente, se não tiver cobrança, a investigação não anda porque há uma tendência corporativista muito forte, tanto por parte da polícia quanto do Ministério Público". Segundo ele : "Caberia ao Ministério Público, não só como fiscal da atividade policial, mas também como titular da ação penal- ou seja, aquele que oferece a denúncia-, apreciar com mais cautela os 'autos de resistência' e não permitir que eles ficassem indefinidamente parados ou nas prateleiras das Delegacias ou do próprio órgão". (...) questionou a falta de monitoramento e de prestação de contas da Polícia Militar, em particular em relação aos policiais que frequentemente utilizam e disparam suas armas de fogo e fazem registros de "homicídio decorrente de intervenção policial" (...) Em geral, os depoimentos dos policiais militares envolvidos em casos de "homicídio decorrente de intervenção policial" descrevem uma situação de confronto ou troca de tiros com supostos criminosos. E essa versão é o ponto de partida da investigação (...) Para que essa versão possa prevalecer, a investigação criminal não dá a devida atenção para a dinâmica dos homicídios em si (testemunhas oculares, perícias, depoimentos de moradores e familiares), mas tem como foco a vida pregressa e moral das vítimas (se tiveram passagens pela polícia, se estavam envolvidas com alguma atividade criminosa, se tinham emprego ou estudo formal etc.). Nesse caso, o perfil estético e racial das vítimas e os outros estereótipos associados à juventude negra das favelas e periferias ajudam a justificar estas mortes. (p. 69-73).

Nisso, demonstra-se que o trâmite dessas ações é extremamente afetado por todo esse ranço racista e corporativista que circundam o sistema penal brasileiro, em que para o algoz cabe

o esquecimento, até mesmo o perdão, mas para a vítima cabe a desqualificação e a impunidade. Logo é possível afirmar que

A morte violenta tem cor, idade e endereço no Brasil, e está longe de ser um tabu. Uma parte das mortes violentas, ao que tudo indica, está fortemente correlacionada à interação entre polícia e juventude. De um lado, a juventude não conta com políticas orientadas para o seu direito à vida e à segurança, especialmente a juventude negra; de outro, a juventude – especialmente a juventude negra – é o alvo privilegiado da vigilância policial, conforme indicam os dados sobre a população prisional e os dados sobre mortes em decorrência de ação policial. (SINHORETTO E LIMA, 2015, p.6).

O falso senso de democracia racial que se tem no Brasil torna invisível a verdadeira perseguição penal que se tem contra pessoas não brancas. O fato de pouco se debater que o sistema jurídico nacional estar pautado em raízes racistas, impede ao senso comum enxergar a verdadeira motivação por detrás das ações de segurança pública, principalmente no que se refere à instituição da polícia; braço extensivo da força do Estado. Sendo o preceito do racismo institucional corroborado dentro desse protagonista do sistema penal, em que pese os seus agentes identificarem os suspeitos baseados em sua cor, mesmo que não tenham plena consciência da razão de terem como alvo esse grupo. Nisso, o chamado faro policial (tirocínio), faz uso de filtragem racial, incidindo maior cerceamento de direitos para a negritude. Isso advindo de uma instituição que deveria garantir plena segurança e cidadania, mas não o faz, sendo possível inquirir: para quem a polícia serve?

Ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muito dos elementos que compõe a chamada *fundada suspeita* remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar, falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura da “periferia”. Conforme atestam os depoimentos, a vestimenta e a postura corporal são consideradas indícios empíricos a fundamentar a suspeita policial [...] (SINHORETTO *et al*, 2014, p. 134).

Resta claro que o Brasil foi gestado e parido dentro de uma ótica violenta e racista, isso, devido ao processo colonizador que deu origem ao país, em que incidiu um forte eurocentrismo, o qual já carregava em si esse gene da inferiorização racial, como explicado por Frantz Fanon: *Agora vamos mais longe, dizendo que a Europa tem uma estrutura racista* (2008, p. 89).

Se antes falávamos de diferenças moldadas em influências genéticas, que justificavam a hierarquização e o domínio, hoje, falamos de ambientes físicos e sociais propícios a certos atos de exclusão e isolamento. Se antes criminalizávamos abertamente os negros africanos e seus descendentes, hoje, impera o sutil oculto conceito de “potencial suspeito” em que o alvo preferencial da imputação penal de condutas, revestido material e simbolicamente de uma racialização na sociedade brasileira, é dirigido preferencialmente a negros e indígenas (BERNARDO, 2005, p. 13).

Portanto, o discurso do positivismo criminológico, legitimador e racionalizador do poder punitivo, se mantém e se atualiza permanentemente, configurando o poder genocida do estado brasileiro:

Tal quadro de assimetrias não poderia se perpetuar sem o emprego de mecanismos institucionais que fossem capazes de ostensivamente privilegiar um segmento em detrimento do outro. Todavia, diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos e na África do Sul em que a segregação era assumida como política do Estado, a democracia racial foi instrumentalizada para resguardar o institucional, num jogo que enclausurou a imagem do racismo no âmbito privado (...) Assim, era preciso garantir a produção da desigualdade sem revelar a fonte. Para uma sociedade pintada em cor de rosa, um Estado “neutro” e justo em termos raciais. (FLAUZINA, 2006, p.39).

Em que pese a estrutura brasileira, é perceptível o uso contínuo das Instituições como elemento necessário à manutenção do discurso racista, sendo esse fenômeno intitulado por

"racismo institucional", entretanto, faz-se necessário trazer uma outra classificação, a qual transcende as instituições, mas reflete toda uma estrutura social, de qual se insurge as relações de poder pautadas aos cidadãos, ensejando assim o controle social sob determinado grupo.

Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente com todos os conflitos que lhes são próprios - o racismo que esta instituição venha a expressar é também parte desta mesma estrutura. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: *as instituições são racistas porque a sociedade é racista* (ALMEIDA, 2018, p. 36).

O Brasil, em sua formação como país, possui arraigada a noção do positivismo criminológico. Não como teoria científica, mas sim como justificativa para a manutenção do *status quo* da sociedade, a qual se encontra guiada por uma elite branca, formatando a construção do "inimigo penal".

Nisso, fortalece-se a ideia do racismo institucional, já que, desde o início do período escravocrata o Estado reafirma constantemente situações que inferiorizam a comunidade não branca no Brasil. Seja de uma forma mais direta, tal como nos tempos coloniais, como de uma forma muito mais sutil, através do sistema penal.

Logo, percebe-se que o próprio sistema criminal, tal como foi estruturado, funciona como um meio de controle social, por parte do Estado, para conter a parcela negra da população, principalmente os jovens. Entretanto, em fazendo isso, essa Instituição contribui para o chamado genocídio da comunidade não-branca, pois é a polícia, cujo contrato social firmado perante a sociedade, garante a mesma o poder do uso da força, acaba por utilizar tal liberdade para atentar contra a vida desses grupos, afinal existe a autorização implícita do Estado para matar.

A violência policial continuará sendo uma realidade persistente na sociedade brasileira; a instituição decorre de um ranço autoritário que não condiz com os ideais democráticos presentes na Constituição Federal de 1988. A polícia funciona no Brasil com caráter de guardião da paz social, um grupo que não se enquadra no ordenamento jurídico e age como se a ele não fosse subordinado, extrapolando suas funções e atuando em corriqueira ilegalidade.

## REFERÊNCIAS

Anistia internacional: **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro/ Anistia Internacional.- Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

Brasil. Infopen- **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em:<[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_221111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_221111.pdf)> acesso em 4 de junho de 2019

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Democracia Racial Homicídio de Jovens Negros na Cidade Partida**. Brasília, DF: IPEA, 2017

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Ipea, 2019. Um atlas. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2019/>. Acesso em: 21 jun. 2019

DE ALMEIDA, Silvio Luiz. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Letramento, 2018

FANON, Frantz. **Pele negra máscaras brancas**. Bahia: Edfba, 2008.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. disponível em: [http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006\\_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf](http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf). Acesso em 3 de outubro de 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência** São Paulo, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: na história da violência das prisões**. 24 ed. Petrópolis, Vozes, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª. ed. 19ª reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MANSO, B. P.; DIAS, C. N. **A guerra – A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; COUTO, Vinícius Assis (Coord.). **Mensurando o tempo do processo de homicídio doloso em cinco capitais**. Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio. **Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime**. *Contemporânea*, v. 5, n. 1 p. 119-141, Jan.–Jun. 2015.

ZACONE , Orlando .**Indignos de vida:: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora revan, 2015. v. único

ZAFFARONI, E. R. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. Deslegitimação e dogmática jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

# O PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO (PIA): UMA DIREÇÃO AO PROTAGONISMO E DIREITOS

**Marcela Maura Lira Mariz**

Mestranda em Direitos Humanos (UFPE). Assistente Social - Analista em Gestão Socioeducativa em Pernambuco (FUNASE).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe discorrer sobre as perspectivas fundamentais que delineiam o Plano Individual de Atendimento e sua importância de consolidação dos Direitos Humanos à adolescentes que cumprem medidas socioeducativas. O PIA, instituído pela lei 12.954/12 norteia as ações da execução da medida socioeducativa e propõe uma construção coletiva e protagonista dos atores envolvidos no processo socioeducativo, contrariando uma lógica de decisões uniformizadas sobre uma perspectiva de poder e controle. O adolescente ao iniciar o processo de cumprimento de sua medida não está alijado de direitos sociais que o legitimam como cidadão, igual a isso, precisam serem enxergados sob a ótica da proteção integral e pessoa em desenvolvimento. O processo de articulação da socioeducação com as demais políticas é complexo e desnuda os desajustes e falta de clareza nas competências operacionais que dificultam o trabalho em rede. Aqui, se trava uma luta para que o PIA não incorra por caminhos burocráticos, nem se torne mais um instrumento de avaliação de medidas socioeducativas. E sim, recurso para a legitimação de direitos humanos.

O PIA, instituído pela Lei 12594/2012 (Art. 52 a 57) é um planejamento ao longo do processo socioeducativo; mutável e flexível conforme a necessidade do adolescente e família; vivo e dinâmico, por dialogar constantemente com atores de uma rede intersetorial. É a partir dele e de sua elaboração que se estabelece o acompanhamento no desenvolvimento da medida socioeducativa de cada adolescente. É estabelecido metas e objetivos, conforme as necessidades individuais de cada adolescente e família. Sua elaboração tem prazo de até quarenta e cinco dias a partir do ingresso do adolescente nas medidas socioeducativas (Art. 55 Parágrafo único). Conforme a Lei do Sinase (12594/2012), em seu Art. 54, devem constar no Plano Individual de Atendimento no mínimo: I - os resultados da avaliação interdisciplinar; I - os objetivos declarados pelo adolescente; III - a previsão de suas atividades de integração social e/ou capacitação profissional; IV - atividades de integração e apoio à família; V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; e VI - as medidas específicas de atenção à sua saúde.

Quanto ao cumprimento das medidas socioeducativas de Semiliberdade ou de Internação, o PIA de conter ainda, conforme o Art. 55: I - a designação do programa de atendimento mais adequado para o cumprimento da medida; II - a definição das atividades internas e externas, individuais ou coletivas, das quais o adolescente poderá participar; e III - a fixação das metas para o alcance de desenvolvimento de atividades externas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que adolescentes, autores de atos infracionais, serão responsabilizados por seus atos e submetidos às medidas socioeducativas que são previstas no seu ordenamento, a saber, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida, que são executadas pelo Município e em meio aberto, e às medidas de semiliberdade e internação que restringem e/ou privam a liberdade do adolescente, e são executadas pelo Estado.

A fim de superar paradigmas de controle e punição, a doutrina da proteção integral, ao tratar o adolescente como sujeito de direitos e em desenvolvimento, os eleva à condição de prioridade absoluta na elaboração e execução das políticas sociais públicas. Crianças e Adolescentes devem receber todas as oportunidades e facilidades, conforme exposto no Artigo 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A preocupação em garantir direitos e promover o pleno desenvolvimento também atinge aqueles que são submetidos às medidas socioeducativas e, por isso, toda a observância em garantir o acesso às políticas públicas e sociais e impedir que o adolescente enfrente longos encarceramentos, quando submetidos às medidas socioeducativas de restrição e/ou privação de liberdade, como dantes ocorria, conforme código de menores e doutrina da situação irregular.

Com isso, lançaremos luz a algumas questões-Importantes: Sinalizar o Plano Individual de Atendimento como instrumento paradigmático no processo das medidas socioeducativas; refletir: qual a sua conexão com as políticas sociais brasileiras? Como pensar uma lógica de autonomia quando a retórica da estrutura é de domínio?

Assim, o Objetivo Geral é traçar uma reflexão acerca do Plano Individual de Atendimento e sua concepção protagonista. Em especial, por sua constituição, preconizar a participação efetiva do adolescente e família na formulação das metas que serão pactuadas no processo da medida socioeducativa, e estas podendo ser revistas a qualquer momento.

[...] Não é um diagnóstico, não é um relatório burocrático, mas um mapa de situação, um estudo de caso acompanhado de um plano de atendimento nas diversas dimensões da vida. Assim, não é algo estático, a situação muda, o adolescente muda e é necessário revê-lo continuamente (FRASSETTO, 2012, p. 49).

Este artigo se justifica por sua relevância social em potencializar o protagonismo do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, entendendo à instrumentalidade do PIA como via na luta pelo reconhecimento do adolescente e rota paradigmática de legitimação de direitos humanos, uma vez que, para além da medida socioeducativa, o adolescente não está alijado dos processos que se dão no cotidiano das relações sociais, mas em constante movimento da interação social.

Neste artigo trago a lógica e relevância do pensamento de Axel Honneth e a categoria do reconhecimento como base para a construção do Plano Individual de Atendimento, e esse instrumento conectado com a atual conjuntura da política social no cotidiano dos indivíduos. Honneth é na atualidade o representante do histórico instituto de pesquisa da Escola de Frankfurt e seu debate cada vez mais ganha força por sua práxis, e por suas proposições de transformações dentro de uma realidade presente.

Honneth traz à tona a proposta da luta pelo reconhecimento como releitura ou até esclarecimento de algumas aporias de seus antecessores. Para Honneth a luta por reconhecimento a partir do intersubjetivo pode alcançar uma liberdade que propõe autonomia. Afirma: “autonomia do indivíduo aumenta também com cada etapa do respeito recíproco” (HONNETH, 2003a, p.158). Honneth, embasado nas leituras e pensamentos de Hegel (nos escritos de Jena) e Winnicott interpreta que a autonomia está intimamente ligada com a ideia de reconhecimento do indivíduo, sendo esse reconhecimento intersubjetivo. Emil Sobottka interpreta:

“...O indivíduo, para Honneth, precisa experimentar sucessivamente em cada esfera o tipo de reconhecimento correspondente, para desenvolver uma autorrelação prática positiva e assim formar uma identidade pessoal sadia e tornar-se um sujeito autônomo. Esse reconhecimento não é resultante de generosidade generalizada, mas sim de processos de luta que em cada esfera assumem formas distintas – e que também pode ser negado.” (SOBOTKA, 2013, p. 156).

A partir das esferas do Amor, do Direito e da Solidariedade Honnet expõe como sendo o meios e caminhos (ou fases) para o reconhecimento. Assim como, expõe, que a negação dessas esferas é, o que para ele se dá, como estopim na busca dos sujeitos por inserção e luta por reconhecimento. Essa negativa desvela as questões do desrespeito, impulsionando para as lutas sociais e a aglutinação dos movimento sociais em busca de participação política na sociedade.

Aqui intento dialogar a implicação dessa categoria (reconhecimento) no ambiente da socioeducação e a importância do desencadeamento para um movimento coletivo de luta por reconhecimento através de um plano de atendimento (PIA) que pontue ações protagonistas de impulsos para um vida autônoma em sociedade a partir de políticas sociais emancipatórias. Parto de um pressuposto que ao adentrar no sistema socioeducativo adolescentes e famílias encontram-se em um redemoinho de falta de reconhecimento. Sendo muitas vezes o sistema socioeducativo, para algumas famílias, o lugar onde terão acesso à políticas sociais. Atitudes como estigmatização, tão presentes na sociedade capitalista, é exemplo do que ocorre no cotidiano dessas pessoas. E que muitas vezes por si sós, não logram o impulso (causado pelo desrespeito – expressão pontuada por Honneth) para a mobilização coletiva na luta por reconhecimento.

## **O PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO (PIA): UM CAMINHO PARADIGMÁTICO**

O plano individual de atendimento surge a partir das mudanças ocorridas na política de atendimento a crianças e adolescentes propostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos anos 1990. Esta legislação traz em seu caráter a doutrina da proteção integral; um contraponto à doutrina da situação irregular à qual crianças e adolescentes eram submetidos a intervenções que não se preocupavam com as peculiaridades e individualidades do sujeito. É importante lembrar que no período imperial já havia legislação (Código Criminal do Império 1830) com pontos que diferenciavam o tratamento para crianças e adolescentes que cometiam “crimes”. Legislações foram desenvolvidas até culminar na primeira legislação específica para “menores de idade ou menores em situação irregular”: o código de 1927.

O código de menores se fixava na intenção de contemplar a um segmento de crianças em “situação irregular”, propunha proteção e vigilância aos menores, proteção para as crianças abandonadas, e vigilância para os inadaptados e infratores. Um modelo puramente correccional e repressivo de controle social da infância. Aqui, percebe-se o caráter tutelar do Estado a crianças e adolescentes em condições de precariedade e abandono. Alvarez (1989) compreende que o código de menores sinalizava a infância e adolescência ligadas à pobreza como uma questão social do menor a ser solucionada pelo Estado a partir de moldes, ajustamentos e controle. Impunha-se uma lógica de limpeza social.

[...] O Código de Menores elegeu a internação como estratégia privilegiada de recuperação das condutas juvenis indesejáveis e prevenção da criminalidade adulta (PAULA, 2015, p. 31).

[...] vinha legitimar o objetivo de manter a ordem almejada, à medida que, ao zelar pela infância abandonada e criminosa, prometia extirpar o mal pela raiz, livrando a nação de elementos vadios e desordeiros, que em nada contribuíam para o progresso do país. [...] Sob o comando da Justiça e da Assistência, julgou-se estar, desta forma, combatendo os embriões da desordem (RIZZINI, 2011, p. 139).

Para dar conta das questões operacionais, foi criado o Serviço Social dos Menores Abandonados e Delinquentes em São Paulo (1935), que tinha como objetivo monitorar as instituições de recolhimento e recuperação de crianças e adolescentes, e, mediante registros com recortes em aspectos sociais, econômicos, afetivos e educacionais, instituições de controle social, classificavam crianças e adolescentes como abandonados, delinquentes ou pervertidos (BORGES; SALLA, 2017), definindo, assim, o local para onde essas crianças e adolescentes eram encaminhados, seja por abandono ou infração.

Instituições vão sendo criadas para suprir os objetivos determinados pelo código de 1927. Em 1941, é criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), com alcance nacional. No entanto, diante de vários escândalos e denúncias por parte da operacionalização, tratamento degradante e desumano a crianças e adolescentes, o mesmo foi extinto, sendo em 1964 criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), que vinha no intento de fechar lacunas e brechas do antigo SAM. A Funabem receberia maior controle do poder executivo e criaria braços com fundações estaduais responsáveis pela execução de uma política de atendimento. No mesmo ano, é elaborada a Política Nacional de Bem-estar do Menor com a proposta de priorizar a categoria do abandono, compreendida como causa principal de criminalidade juvenil (PAULA, 2015).

Sobre esse mesmo terreno da perspectiva do abandono como o ponto central da criminalidade, promulga-se o código de menores em 1979. A mesma ordem permanece e a situação irregular norteia as ações, sendo expressa claramente no corpo da lei, de um sistema regulador e higienista, e a pobreza como categoria ligada diretamente ao desvio e delinquência de crianças e adolescentes. Pode-se dizer que era um código penal do menor, com medidas puramente sancionatórias, mascaradas por um tom de proteção social (LIBERATTI, 1999).

A doutrina da situação irregular<sup>1</sup>, nas ações executadas, trazia a incipiência nas respostas a fenômenos sociais e estruturais. Obviamente, o contexto político à época não estava desassociado das ações aqui pontuadas, e, neste modo de produção econômico, nunca estarão. As respostas estão muito longe de ser dadas, mas, seguramente, a institucionalização dos corpos está longe de qualquer lógica de equidade ou humanidade.

Com o processo de redemocratização, mobilização dos movimentos sociais, tensionamento de defensores dos direitos da criança e adolescentes, promulgação da Constituição Federal (1988), criança e adolescentes se tornam sujeitos de direitos, com prioridades absolutas. Detalhe, aqui não mais sob uma lógica da situação irregular, mas como detentores de direitos, abarcando todos que estão na condição de 0 a 18 anos incompletos.

A lei 8.069/1990 (ECA) contrapôs o padrão da “situação irregular” para uma doutrina de proteção integral, rompendo com o segmento de exclusão. O ECA vai delinear políticas dentro de um sistema de garantia de direitos (SDG), mediante a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) (Lei 8.242/91), órgão competente na elaboração de leis gerais na política nacional de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes, inclusive a adolescentes em conflito com a lei, com a explanação das medidas socioeducativas. Entretanto, eram necessárias diretrizes e direcionamentos aos executores das medidas socioeducativas. Por isso, em janeiro de 2012, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) é instituído, com o objetivo de fechar brechas deixadas pelo próprio ECA na execução das medidas

---

<sup>1</sup>“...Propõe que a proteção estatal deve dirigir-se à erradicação da irregularidade da situação em que eventualmente se encontra o menor e buscar meios eficazes de prevenção, sempre com a preocupação de assistência, proteção e vigilância aos menores. Nesse sentido, o direito do menor seria o ramo da ciência jurídica voltado prioritariamente para o menor em situação irregular. Essa foi a doutrina encampada expressamente pelo Código de Menores de 1979. O termo "situação irregular" era utilizado para definir situações que fugiam ao padrão normal da sociedade.” (COSTA, 2000, p. 03).



socioeducativas. Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente fazer referência ao Plano individual de atendimento (PIA) este dispositivo se dirige apenas a crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional sem fazer menção aos adolescentes submetidos as medidas socioeducativas

E é no Sinase, nos artigos 52 a 57, que o Plano Individual de Atendimento é pontuado como proposta paradigmática para o cumprimento das medidas socioeducativas: “o Sinase constitui-se de uma política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei que se correlaciona e demanda iniciativas dos diferentes campos das políticas públicas e sociais” (BRASIL, 2006, p. 23).

## **PIA: AO PROTAGONISMO**

A importância do PIA no novo modelo de gestão da medida socioeducativa é fundamental por romper com a lógica das instituições totais, nas quais os indivíduos não tinham suas singularidades e peculiaridades respeitadas e acolhidas por tais serviços (GOFFMAN, 1988). Os indivíduos encarcerados durante muitos anos não puderam expressar seus sentimentos, habilidades e vontades quando submetidos à privação de liberdade. Todos eram tratados como iguais e não havia personalização nos serviços oferecidos a essa população.

Com a regulamentação do Sinase, o acompanhamento da medida socioeducativa passa a ter o PIA como peça central no processo socioeducativo do adolescente. Vê-se que já não é mais possível um adolescente ser submetido à socioeducação sem um Plano Individual de Atendimento que balize sua trajetória na execução da medida. Esse instrumental servirá de previsão e registro das atividades do adolescente no decorrer do cumprimento de sua medida socioeducativa e deverá ter sua participação na tomada de decisões de todas as atividades (FRASSETO *et al.*, 2012)

Da mesma forma, a participação familiar se torna essencial, pois é ela que ajudará o adolescente a dar continuidade a estas atividades após o cumprimento da medida socioeducativa. O PIA deverá conter as formas de participação da família no processo socioeducativo e por isso é um direito do adolescente cumprir sua medida socioeducativa próximo de sua residência, como determina o Sinase no artigo 49 parágrafo II (2012):

São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei: II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência.

O acompanhamento familiar se torna fundamental desde o início do processo de conhecimento até a execução da medida socioeducativa, e é na execução que a família deverá acompanhar e monitorar em conjunto com a equipe técnica as atividades planejadas no PIA. O princípio da incompletude institucional permite que o adolescente esteja literalmente inserido na rede de garantias e todos os equipamentos desta rede fazem parte do processo socioeducativo e devem ter os pais e/ou responsáveis como suporte nos diversos atendimentos. O campo de acesso da família não se resume à unidade de atendimento socioeducativo, os pais ou responsáveis estão inseridos agora numa comunidade socioeducativa e devem conhecer e participar das reuniões escolares onde é oferecida a educação formal, assim como acompanhar seus filhos nos atendimentos médicos de rotina, quando possível, inclusive nas atividades de lazer, esporte e cultura. Diante das dificuldades da família em dar suporte ou acompanhar o adolescente, a equipe técnica deverá buscar, por meio das políticas públicas, meios de prover que a família alcance as condições necessárias de acompanhar seu filho na medida socioeducativa.

Acerca da responsabilidade da elaboração do PIA, esta é exclusiva da equipe técnica da unidade socioeducativa (Art. 53 do Sinase), que geralmente é composta por Psicólogo, Assistente Social, Pedagogo e Advogado. Após atendimento inicial, dá-se início ao estudo situacional a partir dos atendimentos individuais e grupais, no intuito de conhecer o adolescente e sua família, e compreender a dinâmica, os fatores de proteção e risco que envolvem o seu contexto sociofamiliar e comunitário. A partir destes atendimentos, a equipe deve realizar estudos de caso, visita domiciliar e reuniões com o adolescente e família, sempre buscando levar em consideração as aptidões, habilidades e objetivos do adolescente em relação aos planos e metas longe da criminalidade.

É importante pontuar que o papel da equipe técnica não se resume apenas na elaboração do PIA, como se este fosse um mero documento burocrático exigido pelo judiciário, pois o PIA é uma ferramenta político-pedagógica e de registro documental que servirá para acompanhar o desenvolvimento e o percurso do adolescente durante toda a medida socioeducativa. Além disso, o PIA serve como organizador do atendimento socioeducativo e que deverá nortear a elaboração do relatório de avaliação da medida socioeducativa.

Outro fator que deve ser considerado de extrema importância na gestão socioeducativa é o acesso do adolescente sempre que solicitar as informações sobre seu plano individual. O Sinase diz no artigo 49 parágrafo VI que o adolescente deverá (2012): “Receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação”.

Há de se considerar também que a dinâmica socioeducativa e os processos de subjetivação da adolescência interferem no processo de reflexão e construção do projeto de vida do adolescente. Sendo assim, é comum e deve ser respeitado o direito do adolescente de mudar seus planos e metas e repensar novas trajetórias, na medida em que experimenta novos sentidos no processo de amadurecimento. Segundo Machado (2016, p. 538) “Colocar a adolescência unicamente como preparação para a vida adulta é determinar-lhe condicionamentos dos valores adultos, cuja projeção gera estereótipos”

O adolescente, no seu processo peculiar de desenvolvimento, ao encarar uma medida socioeducativa de restrição ou privação de liberdade, tem alguns dos seus direitos restringidos e tal fato gera angústia e aflição, o que pode muitas vezes levar à confusão de relacionar a punição ao caráter pedagógico da medida socioeducativa. Sobre isso Frasseto (2012, p. 40) diz:

Se o foco na medida judicial lembra que a medida é uma resposta social ao delito, o foco no programa nos lembra de que a medida exige uma resposta pedagógica, a tradução da sanção ao cotidiano, à relação face a face, fora do rito jurídico.

O olhar deve ser voltado mais para as questões que protagonizem o adolescente e família no desenvolvimento do processo socioeducativo e todo o movimento de totalidade que envolve esses sujeitos; compreender o ato infracional como um processo isolado ou um fato social é excluir o movimento dialético nas relações sociais em seu processo histórico.

## **O PIA E AS POLÍTICAS SOCIAIS**

Conforme consta em seu bojo, a política socioeducativa se baseia no princípio da incompletude institucional<sup>2</sup> e por isso necessita da interface com as demais políticas setoriais,

---

<sup>2</sup> O princípio da Incompletude Institucional revela a lógica presente no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à concepção de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais para a organização das políticas de atenção à infância e juventude. Disso decorre que todas as políticas devem ser executadas de forma integrada. As políticas de execução de medidas socioeducativas situam-se no Sistema Terciário de Garantias, representando uma

integrando um sistema de garantia de direitos. Este princípio demanda de todos os sistemas e também da sociedade civil a responsabilização e concretização do que preconiza o Estatuto da Criança do adolescente, a concretização da Doutrina de Proteção Integral (Art. 4º). O Sistema Nacional de atendimento Socioeducativo (Sinase), enquanto sistema de política pública, deve estar articulado às demais políticas setoriais concretizando direitos básicos, de acordo com as peculiaridades daqueles que foram submetidos a medidas socioeducativas.

Entretanto, não se pode deixar de analisar a interface do PIA com a atual conjuntura de esfacelamento de políticas sociais, a partir de lógica de um Estado cada vez mais mínimo imposto pela batuta do poder econômico e por concepções de classe. Com o presente discurso de uma crise fiscal sem proporções, a tendência é o endurecimento ao acesso a determinadas políticas sociais e a quem elas irão alcançar (BEHRING, 2016).

As fragilidades dos serviços oferecidos, as condicionalidades cada vez mais restritas tornam-se muros quase que intransponíveis para os mais pobres (BEHRING, 2016). Esta dinâmica no acesso aos serviços oferecidos gera impacto direto aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas. Faleiros (1980, p. 57) declara que o Estado “[...] aparece como defensor das camadas pobres, ao mesmo tempo em que oculta e escamoteia a vinculação dessas medidas à estrutura econômica e à acumulação de capital”.

Não há como pensar o Plano Individual de Atendimento sem interligá-lo ao sistema de garantia de direitos e a trajetória histórica das vidas que estão implicadas em sua construção. Com a superação da doutrina da “situação irregular” e suas ideias de vigilância, poder e controle de condutas “imorais”, percebe-se avanço nas legislações a fim de priorizar criança e adolescentes na construção de políticas públicas e sociais. Estes, agora, não mais vistos como um problema a ser corrigido, mas como sujeitos de direitos e protagonistas de direitos sociais.

No entanto, diariamente, no âmbito das contradições sociais, a categoria pobreza encontra-se intimamente ligada as medidas socioeducativas, sendo os adolescentes mais vulneráveis os que adentram ao sistema de justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012), declarando uma seletividade do referido sistema e as faces de um Estado penal. Foucault (2001) vai explicar tais atitudes como “faltas sem infração”, pois estas, parte de um estereótipo ou padrão concebido para aqueles que cometem condutas tipificadas como crimes. Com isso, mais que nunca, a urgência de pensar ações alternativas de empoderamento do ser social, e que descolem de modelos sem promoção do reconhecimento.

Assim, elaborar o PIA a partir de um movimento dialógico e participativo promove potência na construção e responsabiliza diretamente os atores que estão participando do referido processo. É como se cada um, em comunidade, respondesse por sua parte que cabe no processo da socioeducação. Ora, a construção desse instrumento legal, a partir de uma metodologia que prioriza o encontro, o diálogo, a responsabilização entre os atores do processo socioeducativo tem potência e impacto na vida de todos os envolvidos, e move na interação com os demais sujeitos o sentido do reconhecimento quanto parte e como ser social.

O reconhecimento intersubjetivo de cada adolescente em cumprimento de medida socioeducativa o protagoniza em seu próprio processo, permitindo-o compreender nesta reciprocidade os caminhos por uma luta de autonomia. Ultrapassar caminhos burocráticos na construção do PIA possibilita a criação de um canal aberto com os operadores das políticas intersetoriais. Propõe que a medida socioeducativa se desgarre de um olhar de punição ainda

---

intervenção restrita para os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais. Sua operação, no entanto, não pode se dar de forma isolada, pois a proteção integral para ser atendida impõe o oferecimento de serviços e ações de natureza social e protetiva (SPOSATO, 2004, p. 33).

arraigado por uma cultura de controle e poder sobre os corpos. É importante a superação de uma lógica de que as ações na medida socioeducativa são naturalmente punitivas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de grandes avanços nas legislações postas a adolescentes em conflito com a lei (ECA, Sinase, Conanda), o Conanda nº113/2006 diz: Art. 1º “...dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal”. Os desafios à política socioeducativa estão postos, são estruturais e caminham em uma realidade dada pelas estruturas de poder. Contudo, é por meio das ações e lutas travadas pelos operadores de tais políticas sociais, que direitos sociais e humanos se solidificam em um grande quebra-cabeça. Cada peça posta no imenso cenário para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária é fruto de grandes conquistas ao longo da história.

Ao entender que o Plano Individual de Atendimento é também um instrumento político nas ações que serão desenvolvidas ao longo do processo da medida socioeducativa, cabe à comunidade socioeducativa utilizá-lo como estratégias para o acesso aos direitos individuais e sociais de adolescentes alijados do processo de inclusão.

É importante pontuar a necessidade em tornar esse instrumento vivo e dinâmico como estratégia da luta por reconhecimento. Assim, é necessário ter uma dimensão ético-política da prática profissional, no sentido de envolver estratégias na garantia de direitos humanos e sociais dentro da lógica de contradições, o que gera mudanças profundas no exercício profissional, pois a partir da realidade que está todo o tempo em movimento, ela põe e repõe possibilidades de transformações, dando respostas complexas a demandas complexas.

Pensar nas respostas a determinadas demandas exige um profissional atento às questões que ultrapassam ao que aparentemente não se salta aos olhos e que se desafie em pensar projetos de uma sociedade mais justa e igual. E isso significa um diálogo com o tempo presente. Em especial, em uma conjuntura de uma crise estrutural e de esfacelamento das políticas sociais.

Para tanto, cabe aos atores das políticas de socioeducação uma compreensão que o processo político não cristalizou-se; encontra-se aberto e em disputa, e capaz de impactar transformações significativas na vida de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. **A emergência do código de menores de 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Universidade de São Paulo. Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas – Departamento de sociologia. Dissertação (mestrado). São Paulo, 1989.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. **Política social**: fundamentos e história. São Paulo, Cortez, v.2. 2011.

BEHRING, E. R. A condição da política social e a agenda da esquerda no Brasil. In **SER Social**, Brasília: v. 18, n. 38, p. 13-29, jan.-jun./2016.

BORGES, V. T.; SALLA, F. A gestão da menoridade sob o Serviço Social de Assistência e Proteção aos Menores de São Paulo, 1930-1940: encruzilhada de saberes. **Saúde e Sociedade**, v. 27, n.2, p.326-337. 2018b.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Juarez de Oliveira. São Paulo, Saraiva, 1989.

BRASIL. **Resolução n.º 113, de 19 de abril de 2006**, dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília, SEDH/CONANDA, 2006.

BRASIL. Presidência da República. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos: Ministério da Educação, 2012.

BRASIL. Presidência da República/Secretaria de Direitos Humanos. **Lei Federal 12.594/2012** em 18 de Janeiro de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos: Ministério da Educação, 2012.

COSTA, D. C. Estatuto da Criança e do Adolescente – teoria da situação irregular e teoria da proteção integral – avanços e realidade social. In **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: ... v. 2, nº 8, pp. 53-64, nov./dez., 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama Nacional: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação**. Programa Justiça ao Jovem. Relatório. 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/panorama\\_nacional\\_doj\\_web.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf). Acesso em: 01 set. 2019.

FALEIROS, V. de P. **A política social do Estado capitalista: as funções da previdência e assistências sociais**. São Paulo: Cortez, 1980.

FRASSETTO, F. A.; GUARA, I. M. F. R.; BOTARELLI, A.; BARONE, R. E. M. Gênese e desdobramentos da Lei 12594/2012: Reflexos na ação socioeducativa. **Revista. Bras. Adolescência e Conflitualidade**, 2012 (6): 19-72.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no College de France (1974 – 1975)**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HONNETH, A. 2003a [1992]. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo : ed. 34

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MACHADO, E. B. L. do A. Socioeducação: da ontologia à teleologia – uma ambiguidade teórica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 531-557, ago. 2016. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19934>>. Acesso em: 27 ago. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419934>.

MAGNANI, J. G. C. De perto e de dentro: notas para uma etnografia urbana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.17, n. 49, 2002.

NICODEMOS, C. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ABMP; Ilanud, Secretaria Especial de Direitos Humanos (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo ILANUD, 2006.

PAULA, L. de. Da “questão do menor” à garantia de direitos: discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. **Civitas**, v.15, n.1, p.27-43 jan/mar.

2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/16937> >. Acesso em: 26 ago. 2019.

RIZZINI, I.; PILOTTI, F. (Orgs). **A arte de governar crianças**: a história das Políticas Sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação – raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n.33, mai./ago. 2013 (p. 142-168).



# GP 04

A TUTELA JURÍDICA PROTETIVA DOS GRUPOS  
SOCIALMENTE VULNERABILIZADOS

**Coordenação:**

Andréia Garcia Martin (UEMG)

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (FJÁU/ANHANGUERA-Jaú)

Carolina Valença Ferraz (UNICAP)



## A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO PARA A COMPREENSÃO DA (IN)EFETIVIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

**Andréia Garcia Martin**

Doutora em Direito Constitucional (PUC/SP). Professora do Curso de Direito (IMES/FAFICA; UEMG - Unidade Frutal).

**César Augusto Zacheo**

Bacharelado do curso de Direito (UEMG - Unidade Frutal). Bolsista ( PAPq/UEMG).

### INTRODUÇÃO

Na busca de discorrer sobre o direito antidiscriminatório, bem como sua extrema relevância para a compreensão da efetividade ou não das ações afirmativas no Brasil, o presente estudo enseja analisar se a vedação das diversas formas de discriminação poderá auxiliar diretamente ou não na devida promoção de políticas públicas de ações afirmativas no país.

Desse modo, de caráter inaugural, tal análise partirá da definição terminológica sobre o que é discriminação, evidenciando suas diversas formas, bem como a concepção errônea do instituto em questão, visualizando, posteriormente, sua manifestação através de três teorias sociológicas, quais sejam: Teoria dos Papéis; Interacionismo simbólico e a Etnometodologia, uma vez que as referidas teses expressam como a discriminação passa a ser disseminada através das diversas formas de integração social.

Neste mesmo segmento, a observância posterior recai sobre como o direito antidiscriminatório se encontra previsto no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando os diplomas legais que abarcam tais questões, além dos princípios fundamentais que regulamentam a vedação de quaisquer formas de discriminação, observando o princípio da igualdade material e o direito à diferença como principais instrumentos que se correlacionam com o direito em evidência.

Analisadas tais disposições, o estudo se debruçará sobre as normas programáticas da Constituição da República Federativa do Brasil que dispõem sobre a necessidade de criação de legislações específicas que visem confrontar as diversas discriminações, observando se os âmbitos estatais têm verificado ou não as disposições previstas pelo constituinte e se estão atuando devidamente conforme demanda a sua referida função.

Para tanto, ante tal situação, a análise se delimita através da observância das pautas sexuais, verificando se os entes estatais têm efetivado ou não a proteção antidiscriminatória destinada à comunidade LGBTI+, saindo desde a carência de ações afirmativas para a omissão



legislativa arbitrada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, mesmo após 31 anos da promulgação da Constituição, tal matéria ainda carece de efetivação.

Posto isso, as últimas exposições se concentram na observância da decisão arguida pelo Supremo Tribunal Federal e critica determinadas questões relacionadas ao direito antidiscriminatório, evidenciando as diversas mortes de pessoas LGBTI+ sem qualquer proteção Estatal. Assim, tal parte conclusiva pretende destacar como as ações afirmativas poderão lograr efetividade no país, evidenciando determinadas estratégias promocionais que perpassam a mera criminalização arguida recentemente no país.

Por fim, as presentes exposições adotaram o método de raciocínio dedutivo, tendo em vista que segundo afirmam Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro, tal instrumento metodológico parte de argumentos gerais para particulares, não colocando em risco a validade da conclusão, tendo em vista que esta se dará na maneira em que os objetivos do estudo forem devidamente alcançados (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019). No entanto, quanto ao tipo de abordagem, será utilizado o aparato qualitativo, tendo em vista que independente do número alcançado, o estudo visa investigar o conteúdo, além da essência da matéria que enseja a efetividade das ações afirmativas no país, ou seja, perpassa a análise quantitativa, já que o estudo almeja fornecer as riquezas que cada detalhe lhe proporcionará.

## **A DEFINIÇÃO TERMINOLÓGICA DE DISCRIMINAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: NECESSIDADE DE UM OLHAR INTERDISCIPLINAR**

A sociedade brasileira é permeada por um histórico de práticas discriminatórias, tanto que, vislumbrando este quadro, o constituinte de 1988 consignou como meta do Estado a proibição de qualquer forma de discriminação. Contudo, o termo discriminação é de determinação ampla e conceituação multifacetada, diante deste fato, em face da necessidade do presente estudo em evidenciar os aspectos do direito antidiscriminatório em sua aplicação e previsão no ordenamento jurídico pátrio, torna-se relevante, de caráter preliminar, a definição terminológica de discriminação, desfazendo preceitos socialmente difundidos que confrontam o instituto em questão.

Convém consignar ainda que em âmbito social há a disseminação de uma definição errônea de discriminação, vez que o ato de discriminar é analisado apenas de forma arbitrária, tendenciosa e direcionada negativamente a determinado indivíduo ou grupo social. Entretanto, conforme se verificará a seguir, o termo discriminar perpassa essa mera análise parcelar, veja:

A palavra discriminação possui uma pluralidade de significados, embora tenha adquirido um sentido bem específico no mundo atual. O vocábulo discriminar significa aqui categorizar pessoas a partir de uma característica ou situação jurídica para atribuir a elas alguma consequência. Contudo, a palavra discriminação tem também outro significado no mundo do Direito: ela indica que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso a partir de um julgamento moral negativo. (MOREIRA, 2017 p. 27)

No sentido colacionado acima, constata-se que há discriminações de índole positiva ou negativa, fato este que torna possível vislumbrar que a discriminação positiva alude diretamente à separação jurídica de alguns grupos sociais para que se busquem determinadas garantias legais para a categoria em questão. Todavia, a discriminação, conforme difundido na sociedade, também poderá ser utilizada para interpor um tratamento desvantajoso à determinada minoria social ou grupo vulnerabilizado.

Assim, o autor Adilson José Moreira passa a segmentar a discriminação através de duas vertentes, sendo elas a de forma negativa, que viola o princípio da igualdade por se utilizar de um status privilegiado de determinados segmentos majoritários para manter certas classes de pessoas

em uma situação de subordinação, ou ainda, sob o viés positivo, utilizando-se de um tratamento diferenciado para garantir os princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito, dentre eles, a igualdade material, a justiça social e a solidariedade, promovendo, sobre este viés, a devida inclusão dos grupos minoritários. (MOREIRA, 2017, p. 30-32)

Neste contexto, torna-se necessário trazer à baila a compreensão terminológica de discriminação evidenciada pelo autor Roger Raupp Rios, uma vez que, pautando-se nos marcos jurídicos advindos com a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, define o ato discriminatório da seguinte maneira:

Qualquer distinção, exclusão, restrição, ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20).

Nestas condições, denota-se que sob o ponto de vista jurídico tem-se observado a discriminação apenas sobre o viés negativo, haja vista que disciplina os atos discriminatórios apenas relativos à invisibilização, bem como as dificuldades presentes no devido reconhecimento das minorias sociais e dos grupos vulneráveis tutelados pelos diplomas legais em comento, perpassando, nessas condições, a forma positiva do instituto em análise.

À vista disso, sob a análise das previsões constantes no ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe a terminologia discriminação em quatro dispositivos legais,<sup>1</sup> evidenciando todas as menções dos atos discriminatórios como formas pejorativas de tratamento destinado às minorias sociais, seja concomitantemente às formas preconceituosas presentes nas relações laborais, bem como na própria violação dos direitos e garantias fundamentais previstos pelo constituinte. (BRASIL, 1988)

Entretanto, uma análise limitada à lei não seria capaz de expressar a definição de discriminação, muito menos de seus reflexos sociais, carecendo, nessas condições, de uma abordagem interdisciplinar para que se evidencie como a coletividade se depara com os atos discriminatórios existentes no seio e na respectiva integração social.

Por tais exposições, debruça-se num exame que recairá sobre três correntes sociológicas, buscando evidenciar como os atos discriminatórios se perpetuam e fundamentam a vida cotidiana

---

<sup>1</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

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

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

dos diversos grupos sociais, utilizando-se das contribuições da Teoria dos Papéis, do Interacionismo simbólico e a Etnometodologia para que se possa compreender as discriminações para além de um espaço jurídico.

Neste segmento, a primeira corrente, relacionada à teoria dos papéis, dispõe que na sociedade cada indivíduo está concomitantemente relacionado à um papel social, devendo corresponder às características pré-estipuladas para que não venha a sofrer com atos discriminatórios. À vista disso, a referida teoria complementa ainda que tal indivíduo poderá ser discriminado simplesmente por fazer parte de determinado grupo social que não condiz com os papéis majoritários, ou seja, neste caso, as discriminações se darão principalmente aos grupos minoritários que não se encontram alinhados aos estigmas sociais de quem detém em suas mãos o poder, sofrendo, nessas razões, com as diversas formas de discriminação. (GOFFMAN, 2012)

Na mesma perspectiva, o autor Fernando Diehl contribui afirmando que o indivíduo dessa peça teatral terá todas as características relacionadas ao grupo em que se encontra inserido, sofrendo com as mesmas discriminações sem que seja vislumbrado, pelo autor de tais atos discriminatórios, a essência, bem como a própria peculiaridade do indivíduo discriminado, veja-se:

O indivíduo, por pertencer a um grupo terá todas as características do grupo a qual ele pertence. Isso pode corroborar para a discriminação, quando um grupo torna-se estigmatizado. Visto em consideração que não é levado em conta o indivíduo em si, mas sim o grupo a qual ele pertence. Acerca disso, vai ser esperado que eles se comportem de uma maneira determinada pelo “roteiro”. (DIEHL, 2015, p. 9)

Neste contexto, percebe-se que a discriminação analisada sobre a teoria dos papéis diz respeito diretamente às formas discriminatórias sob o aspecto negativo, uma vez que as discriminações são destinadas às minorias sociais e aos grupos vulnerabilizados sem que seja vislumbrada a essência dos indivíduos que fazem parte de tais comunidades, bem como os seus respectivos papéis sociais.

Assim, a segunda teoria diz respeito ao Interacionismo Simbólico criado no final do século XIX por Georg Herbert Mead (1967), destacando a relevância da compreensão dos símbolos criados a partir da comunicação realizada sob a integração dos indivíduos na coletividade social. Contudo, a terminologia “internacionalismo simbólico” fora desenvolvida pelo sociólogo Herbert Blumer (1986), destacando que a sociedade não se encontra devidamente estruturada e estabilizada, mas sim sofrendo diversos processos de interação entre todos os indivíduos.

Nestes moldes, analisada essa alteração realizada diariamente pela integração social, tal teoria dispõe que a discriminação poderá se dar através de uma construção simbólica do grupo discriminado pelos diversos fatores e estigmas sociais, seja pelos próprios discursos que se perpetuam socialmente ou até mesmo pelos setores midiáticos, como rádios, televisão, jornais, e principalmente, na pós-modernidade hodierna, pelos telefones celulares e pela rede de internet que contribuem para o fácil acesso das diversas formas de integração, sejam essas positivas ou não.

Em suma, tal teoria sociológica contribui na medida em que a discriminação será ressignificada de acordo com a comunidade na qual as minorias sociais e os grupos vulneráveis estiverem se interagindo, ou seja, os atos discriminatórios se darão conforme a mutável integração social, podendo deixar de discriminar determinados grupos e passar a discriminar outros na medida em que a comunidade, os estigmas sociais e a própria integração se modificam.

Sob a última teoria sociológica a ser abordada, a Etnometodologia, criada nos Estados Unidos durante a década de 60 do século XX, trouxe contradições à própria sociologia, uma vez que o caráter etnometodológico visa compreender as questões sociais, dentre elas a discriminação existente na realidade social, haja vista que o respectivo aparato teórico dispõe que

são das próprias linguagens do cotidiano que se cria uma organização social. (COULON, 2005, p. 10)

Nestes moldes, a etnometodologia se dá na compreensão das situações presentes no cotidiano em que as pessoas buscam descrever, de forma conjunta, como tal situação social se define, diferenciando-se da sociologia tradicional que visa pré-estabelece as situações e buscam compreender como as pessoas agem sobre essas condições (COULON 2005, p.22).

Posto isso, percebe-se que a discriminação se dará pela própria definição social sobre como elas surgem nos diversos contextos sociais, deixando de lado estigmas pré-estabelecidos para compreender como os indivíduos discriminados visualizam e interpretam as diversas formas discriminatórias destinadas ao grupo em que se encontram inseridos, veja:

Um dos primeiros destaques a ser feito acerca desta perspectiva teórica, para a compreensão do fenômeno da discriminação das minorias sociais, é que dificilmente poderia utilizar-se de conceitos como classes sociais ou outras questões da assim chamada “estrutura social” para a compreensão da discriminação social. A etnometodologia busca compreender as coisas como elas são, buscando verificar como os sujeitos envolvidos na ação social compreendem tal questão. (DIEHL, 2015, p. 20)

Em razão disso, percebe-se que a discriminação compreende diversas formas e um caráter sócio-jurídico muito amplo que, apesar de se encontrar no ordenamento jurídico pátrio como forma direta de uma atuação arbitrária destinada a uma minoria ou grupo social, não se limita apenas sobre essa compreensão.

Todavia, mesmo ante às diversas formas discriminatórias expostas no estudo em destaque, bem como as outras modalidades não abordadas,<sup>2</sup> faz-se necessário observar que o direito antidiscriminatório, cerne da presente abordagem, será utilizado conforme a compreensão do autor Roger Raupp Rios, haja vista que tal doutrinador delimita-o como: “o conjunto de conteúdos e institutos jurídicos relativos ao princípio da igualdade como proibição de discriminação e como um mandamento de promoção e respeito da diversidade” (RIOS, 2010, p. 76) facilitando, nessas questões, a compreensão de como tal direito fundamental encontra-se e é aplicado no ordenamento jurídico pátrio, mesmo ante às diversas formas que norteiam o instituto em destaque.

## **O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E SUA PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Observadas as diversas modalidades de discriminação, bem como seus reflexos sociais, a presente análise passa a evidenciar como a vedação dessas discriminações encontra-se tutelada no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbrando os avanços e as limitações que ainda norteiam o assunto em questão.

Assim, cumpre ressaltar que o direito antidiscriminatório passou a encontrar guarida legal com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 na medida em que o seu artigo 7º dispõe que todos serão considerados de forma igualitária perante a lei, discorrendo ainda que todos têm igual proteção contra qualquer forma de discriminação que viole a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como proibindo, por fim, qualquer forma de incitação à discriminação. (DUDH, 1948)

---

<sup>2</sup> Insta salientar, neste sentido, que as discriminações não se limitam apenas ao viés positivo e negativo presente no estudo em destaque, havendo demais modalidades discriminatórias que se perfazem através da forma direta; indireta; interseccional; multidimensional; inconsciente; organizacional; institucional; estrutural e intergeracional que não fazem parte da análise em desenvolvimento. Assim, caso se interesse pelas demais formas discriminatórias vide: O que é discriminação de Adilson José Moreira (MOREIRA, 2017).

Nesta esteira, em 1965, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial trouxe grandes avanços para a temática, utilizando-se do seu sentido negativo para eliminar as diversas violações direcionadas ao reconhecimento, bem como aos direitos basilares das minorias étnico-raciais, de acordo com a definição estabelecida pelo próprio diploma legal:

A expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (CIEDR, 1965)

Neste mesmo segmento, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais alude o direito antidiscriminatório através da vinculação firmada entre os Estados Partes, comprometendo-os a tutelar as previsões legais sem quaisquer formas de discriminação por: “motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” (PIDESC, 1966)

Para tanto, ainda em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos também trouxe grandes contribuições ao direito antidiscriminatório, evidenciando a mesma redação expressa no diploma mencionado acima, mas abrangendo a discriminação sobre diversos prismas, afirmando ainda que será proibida por lei a apologia do ódio nacional, racial ou religioso que incite à discriminação, à hostilidade ou a violência, fatores esses que passam a ser objeto de análise pelos Estados Partes que fazem parte do pacto em evidência. (PIDCP, 1966)

Em 1979, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no princípio da igualdade, passou a disciplinar a temática vedando estes atos contra a minoria sexual em análise, buscando a erradicação do patriarcado e do colonialismo que até hoje gera reflexos negativos às mulheres em todo o país, porém, o referido diploma legal delimitou a discriminação da seguinte forma:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CIEDM, 1979)

Assim, a disciplina chega à Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, adotando o Estado Social e Democrático de Direito que visa erradicar, dentre outras questões, as diversas formas de discriminação, contribuindo ainda com o direito à igualdade e o direito à diferença, dentre outros princípios fundamentais, que fundamentam e solidificam o Estado de bem-estar social (BRASIL, 1988), ainda que apenas sob o ponto de vista formal, conforme já elencado no capítulo anterior.

Em seguida, já em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança elencou em seu artigo 2º, 2 que: “Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”. (CDC, 1989)

Por fim, de caráter mais recente, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2006, passou a visualizar a discriminação em consonância com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção Internacional sobre

a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, porém, tutelando as pessoas com deficiência sob um aspecto amplo, abrangendo todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável para suprir as necessidades do grupo em evidência (CDPD, 2006).

Por essas razões, percebe-se que diversos diplomas internacionais, mesmo que de maneira esparsa, abarcam a tutela antidiscriminatória destinada às minorias e grupos vulnerabilizados através das diversas questões, sejam essas raciais; sexuais; de idade, dentre outras formas que também foram acolhidas igualmente pela Constituição.

Porém, o direito antidiscriminatório se dá no ordenamento jurídico brasileiro não apenas com a taxatividade da lei prevista pelo Constituinte, mas também por princípios basilares que solidificam a referida tutela, dentre eles o princípio da igualdade e da diferença. Assim, conforme elencado na maioria dos diplomas legais expostos acima, a igualdade se encontra como um preceito fundamental para a garantia da não discriminação. Entretanto, cumpre aqui observar que o princípio da igualdade se subdivide através de duas modalidades, sendo estas formais ou materiais que não podem ser confundidas, principalmente, para a compreensão do estudo em evidência.

Neste liame, a igualdade formal, estabelecida desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, condiz diretamente como uma forma geral, genérica e abstrata que se limita única e exclusivamente à aplicação da lei, tratando todos de forma igualitária sem que se observem as diferenças sociais, bem como as peculiaridades dos sujeitos sob quais recaem tais legislações, por esse sentido, Adilson José Moreira afirma que:

O princípio da igualdade formal pode ser definido como a exigência de que as normas jurídicas sejam uniformemente aplicadas a todos os membros da comunidade política. Parte-se do pressuposto de que elas devem ser gerais e abstratas, eliminando-se assim quaisquer tipificações que estabeleçam consequências jurídicas arbitrárias. Reconhece-se que as pessoas são faticamente diferentes em vários aspectos, mas muitas dessas diferenças não podem ser levadas em consideração porque são irrelevantes para o exercício de direitos. (MOREIRA, 2017, p. 52)

Ou seja, caso houvesse a prevalência do princípio da igualdade formal, as minorias sociais e os grupos vulneráveis não poderiam receber tutelas específicas que visassem a sua devida proteção, haja vista que estariam contrariando a igualdade formal na medida em que esta observa toda a sociedade de forma genérica, não vislumbrando, pois bem, as peculiaridades, bem como a necessidade de legislações específicas para a proteção dos grupos minoritários em questão.

Nestes moldes, compreendeu-se que o princípio da igualdade formal era insuficiente para observar o reconhecimento, além das disparidades enraizadas na sociedade, razão pela qual surge, nestas condições, a igualdade material, instituto este que visa analisar as diferenças e discriminá-las positivamente para a promoção da devida inclusão, além do respectivo reconhecimento social dos grupos minoritários, conforme observado por Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SOUZA SANTOS, 2003 p. 56)

Expostas essas questões, observa-se que a igualdade material se faz necessária para a compreensão da criação de políticas públicas de ações afirmativas, uma vez que visará suprir as desigualdades existentes através da observação das diferenças que permeiam na sociedade pós-moderna brasileira.

Assim sendo, o princípio da igualdade material se encontra paralelamente com o princípio da diferença, uma vez que aqui, juntamente com a igualdade, busca-se a proteção das divergências sociais na medida em que se almeja o reconhecimento da diversidade em consonância com a pluralidade presente no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, conforme elencado pelo autor Eduardo Bittar:

O direito à diferença é uma ampliação, no interior da cultura do direito, da afirmação de formas de luta por reconhecimento. A ampliação elástica do conceito de direito, para abranger também a idéia de um direito à diferença, consolida a ambição de diferenciação, dentro de sociedades modernas que tendem a produzir homogeneização e padronização. É de modo reativo, portanto, que a luta pela diferença se inscreve, dialeticamente, ao lado da identidade de uma luta não interrompida por igualdade. (BITTAR, 2009, p. 553)

Por este ângulo, percebe-se que o princípio da diferença se dá necessariamente para a manutenção democrática do Estado Social de Direito brasileiro, viabilizando que sejam observadas as diferenças, bem como as peculiaridades de cada indivíduo para que se promovam as ações afirmativas abordadas no estudo em tela.

Neste contexto, torna evidente que o direito antidiscriminatório se dá diretamente sobre o vínculo existencial entre os princípios fundamentais da igualdade material e da diferença, possibilitando que as minorias não venham a sofrer discriminações negativas simplesmente por estigmas e preceitos sociais que se encontram enraizados no cotidiano brasileiro.

Chegado a este ponto, resta evidente que o direito antidiscriminatório se encontra, ao menos sob o ponto de vista formal, presente no ordenamento jurídico, seja pelos diplomas internacionais incorporados pelo direito brasileiro, como pela própria Constituição Republicana, trazendo a tutela antidiscriminatória tanto taxativamente, principalmente pelo artigo 3º, inciso IV, além dos princípios fundamentais que solidificam o Estado Social e Democrático de Direito, como a igualdade material e o direito à diferença.

Posto isso, tal análise se direcionará à evidenciar se essas previsões legais estão sendo devidamente garantidas, recortando a análise do presente estudo para os entes estatais que, em tese, deveriam efetivar a tutela antidiscriminatória no país, cumprindo, por tal situação, as normas programáticas da Constituição que carecem de políticas públicas de ações afirmativas para a sua devida promoção.

## **A OMISSÃO DOS ENTES ESTATAIS SERIA UMA FORMA DE (IN)EFETIVIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL?**

Observada a relevância do direito antidiscriminatório, bem como suas disposições legais presentes nos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, pretende-se discorrer, a partir deste momento, como são garantidas as vedações contra as diversas formas de discriminação no país, verificando, nessas razões, a competência privativa dos entes estatais para tal implementação.

Neste liame, cabe ressaltar que o direito da não discriminação detém por viés de aplicação a criação de políticas públicas de ações afirmativas, que devem ser criadas na busca de erradicar as desigualdades existentes nas diversas searas sociais.

Por esse motivo, percebe-se que o direito antidiscriminatório, encartado constitucionalmente, se remete a uma norma programática que carece de efetivação principalmente pelas disposições elencadas no artigo 3º, inciso IV da Carta Cidadã, uma vez que visa promover o bem-estar de todos sem quaisquer formas de discriminação, além do seu artigo

5º inciso XLI, na medida em que afirma que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 1988)

Isto posto, torna evidente que o poder constituinte trouxe à baila a necessidade de regulamentação da tutela antidiscriminatória no país, mas deixou tal mandamento constitucional para que o legislador federal realizasse tais disposições, regulamentando a referida previsão através de lei específica a ser realizada após a promulgação da Constituição.

Analisada essa questão, percebe-se que algumas minorias sociais passaram a ser protegidas com o direito antidiscriminatório ao menos sob o ponto de vista formal, tais como: as pessoas com deficiência; as mulheres; as crianças e adolescentes e as minorias étnico-raciais já vislumbradas no tópico anterior.

À vista disso, o presente estudo observou que as minorias sexuais, especificamente a comunidade LGBTI+, ainda carece de efetiva previsão antidiscriminatória para que possam alcançar o seu devido reconhecimento, bem como a sua respectiva inclusão social, livre, nestas condições, das diversas modalidades discriminatórias vigentes na atual conjuntura político-social brasileira.

Ademais, insta salientar que o grupo em questão se enquadra diretamente na aplicação das três correntes teóricas evidenciadas no primeiro capítulo, haja vista que é uma comunidade socialmente discriminada por não se enquadrar ao papel cisheteronormativo tido como padrão, bem como marginalizada por estigmas sociais que se disseminam na integração social, seja por meios físicos ou virtuais que analisam a comunidade LGBTI+ como uma afronta à “moral e aos bons costumes” dos cidadãos de bens que fomentam a massa ideológica neoconservadora.

Por este prisma, extrai-se de Michel Foucault algumas indagações filosóficas que fomentam a ideia acima exposta ao dispor que: “como, por que e sob que forma a atividade sexual foi constituída como domínio moral? Por que esse cuidado ético tão insistente, apesar de variável em suas formas e em sua intensidade? Por que essa problematização?” (FOUCAULT, 2012, p. 193)

Ou seja, indaga-se a preocupação moral existente no tocante à sexualidade alheia, haja vista que em nada interfere no desenvolvimento pessoal, como no próprio convívio social em que as minorias sexuais encontram-se inseridas, estando tais preocupações fundamentadas única e exclusivamente em meras ideologias que querem barrar o prazer de quem não lhes convêm, buscando disciplinar determinados indivíduos por não condizer com os preceitos eurocêntricos que determinam a heterossexualidade como padrão.

Mesmo sobre essa perspectiva, cumpre frisar ainda que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero se dá por diversas formas, confrontando direitos e garantias basilares que são fundamentais para o desenvolvimento do grupo em questão. Por isso, conforme afirmam os autores Flávia Piovesan e Roger Raupp Rios, a temática antidiscriminatória da comunidade LGBTI+ se torna um caso paradigmático a ser estudado, haja vista sua complexibilidade, bem como a afronta de diversos direitos e garantias fundamentais que são veementemente retirados de tal comunidade, veja:

A discriminação por orientação sexual é um caso paradigmático de teste para a eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de hipótese de preconceito difuso por todas as categorias. Exige-se levar a sério princípios absolutamente fundamentais de liberdade e de igualdade que formam todos os regimes democráticos e que são desafiados por eles. Regimes democráticos fortes, como os da América do Norte e Europa, muitas vezes não sabem responder diante desses dilemas. É necessário falar sobre discriminação por orientação sexual, porque os direitos humanos são mais necessários onde são mais combatidos e mais desafiados. (PIOVESAN; RIOS, 2003, p. 165)



Ou seja, evidencia-se que essas múltiplas discriminações, ao serem direcionadas às minorias sexuais, colidem diretamente com o Estado Social e Democrático de Direito, impedindo a devida garantia de direitos fundamentais, além da própria solidificação do status democrático, inviabilizando a promoção do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana encartados constitucionalmente.

Nestas condições, viabilizar a tutela antidiscriminatória destinada à comunidade LGBTI+ contribuirá tanto para o grupo em análise, como também fomentará a própria manutenção da democracia, possibilitando, ao menos sob o aparato formal, a efetividade de preceitos fundamentais que se encontram tolhidos na atual conjuntura político-social brasileira.

Ao dispor sobre estas situações, eis que surge o seguinte questionamento: poderia o legislativo federal, capaz de promover as políticas públicas de ações afirmativas, se omitir ante essa questão?

Por essa interrogação, a presente análise direcionou-se a vislumbrar como a legislação antidiscriminatória tem se relacionado com a promoção da tutela das minorias sexuais, visualizando se os mandamentos constitucionais estão sendo garantidos ou omitidos do grupo em destaque.

Sobre esta perspectiva, o estudo visualizou que a discussão sobre a proteção antidiscriminatória da comunidade LGBTI+ percorre o Congresso Nacional desde o ano de 2001 com o Projeto de Lei nº 5003/2001 apresentado na Câmara dos Deputados, ou seja, percebe-se a intenção da referida casa legislativa em buscar a concretização do direito antidiscriminatório destinado à comunidade LGBTI+ no Brasil.

Porém, após passar ao Senado Federal no ano de 2006 como Projeto de Lei da Câmara nº 122, o mesmo fora arquivado no ano de 2014, demonstrando, sob estas condições, que além da morosidade para se concluir o processo legislativo, tal matéria se depara com o completo desinteresse da respectiva casa congressual em efetivar a disposta previsão constitucional.

Todavia, atualmente, dois projetos de lei ainda continuam tramitando no Congresso Nacional, sendo estes o Projeto de Lei nº 7.582/2014 da Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei nº 672/2019 do Senado Federal, documentos esses que ainda, mesmo após 31 anos da promulgação constitucional, trazem esperança para o tratamento antidiscriminatório destinado às minorias sexuais e de gênero existentes no Brasil.

No entanto, a omissão legislativa do Congresso Nacional passou a ser analisada em ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração tanto a demora da competente atuação no processo legislativo, bem como a emergente necessidade de criminalização dos atos discriminatórios motivados pela identidade de gênero ou orientação sexual, já que se conjecturam como instrumento que visa promover a efetiva tutela do grupo em evidência.

Nesta senda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 observou que o Poder Legislativo se encontra omisso quanto à efetivação da tutela antidiscriminatória no país, uma vez que tal garantia se depara encartada constitucionalmente no artigo 5º, inciso XLI e XLII, conforme observado pela ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de

condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inertia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator Ministro Celso de Mello, DJE nº 142, 28/06/2019)

Com efeito, torna evidente que o Congresso tem se esquivado da sua responsabilidade constitucional, utilizando-se da oportunidade ou conveniência que também lhe é atribuída para se furtar em concretizar a tutela antidiscriminatória destinada à comunidade LGBTI+ no país.

Por isso, o presente estudo compreende que o legislativo federal se encontra alinhado às ideologias dominantes que ainda permeiam a sociedade brasileira, olvidando-se em cumprir o pressuposto da representativa popular ao deslegitimar o movimento das minorias sexuais e outorgá-las como uma espécie de afronta à moralidade pública velada com preceitos cristãos cisheteronormativos que demonizam a comunidade em questão.

Entretanto, conforme elenca a autora Irene Patrícia Nohara, o legislativo não pode se esquivar da concretização das previsões constitucionais baseando-se em preceitos e dogmáticas pessoais, uma vez que o constituinte vinculou tal atuação às previsões constitucionais, devendo, portanto, agir conforme os mandamentos disciplinados pela carta cidadã, afastando-se de orientações e dogmas eivados de pura personalidade que adentram na prática do legislador federal. (NOHARA, 2019)

Assim sendo, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões em sede de controle de constitucionalidade, o presente estudo compreende que a omissão dos entes estatais, especificamente quanto à função legislativa, conforma-se numa afronta direta à efetividade das ações afirmativas no Brasil, contrariando tanto a prática legiferante presente na Constituição Republicana; a democracia representativa, bem como deslegitimando os movimentos minoritários existentes no país, principalmente o da comunidade LGBTI+.

Diante disso, indaga-se: a criminalização arguida pelo Supremo Tribunal Federal seria uma forma de erradicar diretamente as diversas formas discriminatórias destinadas à comunidade LGBTI+ no Brasil? Ou ainda, quais medidas deveriam ser tomadas para que as ações afirmativas fossem devidamente efetivas no país?

Sobre tais questionamentos, o próximo capítulo será destinado a abordar como as ações afirmativas, especificamente destinadas à comunidade LGBTI+, poderão lograr efetividade no país, utilizando-se do direito antidiscriminatório para a sua devida viabilização.

## ANÁLISE DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NA VIABILIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO PAÍS

Ante todas as exposições, percebe-se que o direito antidiscriminatório, mesmo possuindo previsão legal, não apresenta viabilidade direta para o reconhecimento das minorias sexuais, especificamente a comunidade LGBTI+. Eis que, a despeito das previsões constitucionais, tal comunidade é olvidada de programas sociais que visam produzir o bem-estar de todos sem quaisquer formas de discriminação.

Por este panorama, ao analisar a omissão legislativa na temática em destaque, percebe-se que o guardião da constituição se manifestou no sentido da necessidade de criminalização dos atos discriminatórios, especialmente aqueles motivados por identidade de gênero ou orientação sexual referentes à comunidade LGBTI+, equiparando tais práticas análogas ao crime de racismo na medida em que não há previsão legislativa condizente para tais modalidades de discriminação.

Porém, sem adentrar no mérito do julgamento, além da respectiva atividade jurisdicional no caso em questão, torna-se cediço destacar que a criminalização de determinados atos devem ocorrer apenas em *ultima ratio*; devendo ser celebradas medidas alternativas, anteriores, para que se possa buscar diretamente o seio da discriminação, ou seja, a própria integração social.

Por outro lado, não criminalizar essas condutas seria viabilizar, mais uma vez, os índices alarmantes de discriminação que se desenvolvem diariamente no país, haja vista que segundo o relato do Grupo Gay da Bahia de 2018, a cada 20 horas morre violentamente um LGBTI+ no país (GGB, 2018, online), conforme destaca o gráfico elencado a seguir com o aumento alarmante das mortes de pessoas LGBTI+, veja:

**Imagem 1** – Relatório de pessoas LGBTI+ mortas no Brasil



Fonte: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com>

Neste caso, percebe-se que tal decisão condiz diretamente com a premente necessidade de criminalização desses atos, que diante de sua intensificação desmedida, torna-se imprescindível a utilização de instrumentos penais para que o grupo observado possa ter um mínimo de proteção estatal.

Porém, percebe-se também que o direito antidiscriminatório não é permeado apenas pela criminalização; eis que, torna-se proeminente a tomada de medidas alternativas para que surta

efeito plena e diretamente no meio social, fomentando o reconhecimento das minorias sexuais e viabilizando a sua devida tutela, independentemente de criminalização.

Desta forma, o presente estudo deixa evidente como o direito antidiscriminatório poderá viabilizar a devida promoção de políticas públicas de ações afirmativas destinadas à comunidade LGBTI+ no país, possibilitando que esse grupo seja tutelado através de uma adequada atividade estatal que seja capaz de promover o devido combate à discriminação.

Com efeito, a autora Flávia Piovesan afirma que a discriminação poderá ser combatida através de duas estratégias advindas do direito internacional dos direitos humanos, sendo a primeira a repressiva-punitiva, que condiz diretamente com a criminalização da homotransfobia arguida pelo Supremo Tribunal Federal; além da estratégia promocional, característica essa que será discutida pela presente exposição, conforme se verifica a seguir:

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. (PIOVESAN, 2008, p. 890)

Nessas razões, a criminalização da homotransfobia foi apenas o primeiro passo para a viabilidade formal do direito antidiscriminatório no país, carecendo de políticas alternativas que tendem a tutelar devidamente o grupo em questão, atingindo a própria sociedade e seus dogmas sociais para erradicar as diversas formas de preconceitos e os índices alarmantes de discriminação.

Nesta senda, cumpre frisar que a agenda promocional da comunidade LGBTI+ possui um rol extensivo de direitos fundamentais que precisam ser observados nos diversos contextos sociais, destacando-se a necessidade da vedação contra quaisquer formas de discriminação, objetivo que permeia, em especial, a seara político-social brasileira.

Por essa questão, o presente estudo compreende que parcela dessas discriminações advém diretamente dos órgãos estatais, que se omitem ante a promoção dos direitos fundamentais do grupo em questão.

Em outras palavras, observa-se que primeiramente o direito antidiscriminatório deveria permear a seara pública como uma forma de solidificação dos preceitos democráticos capazes de promover o reconhecimento dos grupos minoritários, bem como a devida promoção de políticas públicas de ações afirmativas, haja vista que é devidamente contrária à Constituição a utilização das justificativas de oportunidade e conveniência do órgão legiferante para se esquivar das demandas LGBTI+, principalmente no tocante à discriminação.

Desse modo, uma ação necessária seria a obrigatoriedade de determinada quantidade de pessoas LGBTI+ nos partidos políticos, independentemente de suas concepções ideológicas, viabilizando que a comunidade alcançasse sua devida representação no Congresso Nacional brasileiro para se atentar às agendas e necessidades LGBTI+.

Ademais, Conselhos de participação da comunidade LGBTI+ deveriam ser instituídos para que a voz social fosse devidamente ouvida pelo legislador federal, promovendo a participação

social como uma forma de compreensão do grupo em análise, além das suas devidas demandas que carecem urgentemente de proteção, dentre elas, a vedação, não apenas criminal, contra as diversas formas de discriminação, realizando um plano de estratégia nacional para tal promoção.

Atingidos tais objetivos na seara pública, políticas públicas de ações afirmativas deixariam de se deparar com a omissão legislativa e passariam a encontrar sua devida concretização, utilizando-se de estratégias promocionais que garantiriam, ao menos sob o ponto de vista formal, a respectiva proteção da comunidade em destaque.

Entretanto, deparar apenas com proteções legais não seria a devida forma de viabilização da concretização das ações afirmativas no país, haja vista que a sociedade careceria de uma devida conscientização para que se aplicassem devidamente as normas estabelecidas pelo legislador ordinário.

Por esse modo, o estudo compreende que a aplicação subsidiária do direito antidiscriminatório deveria se dar diretamente na sociedade brasileira, viabilizando o conhecimento no tocante sexual desde as fases iniciais da educação, como também por parte da sociedade que se encontra limitada do seu devido acesso à informação.

Assim, percebe-se que deveriam ser estipuladas comissões capazes de formular documentários e vídeos de impacto capazes de disseminar como se fundamenta a diversidade sexual e como a mesma deve ser devidamente observada pela sociedade, demonstrando que só através do respeito à diferença será atingida uma sociedade livre, justa e solidária que tende a erradicar as diversas formas de discriminação, independente do grau de sua respectiva proliferação.

Por tais exposições, o ente público e até mesmo o movimento das minorias sexuais poderia se aproveitar da teoria sociológica do Interacionismo Simbólico para disseminar a informação através dos aparelhos midiáticos, adentrando no meio social e na própria integração dos indivíduos presentes em tal âmbito para disseminar a não discriminação e a importância da observância da diversidade e do status democrático que ainda perdura, ao menos sob o ponto de vista formal, no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.

Contudo, tais formas de resolução da problemática do presente estudo são demasiadamente amplas e se veem longe de efetivação, principalmente pela atual conjuntura político-social brasileira que tem fomentado a perpetuação da discriminação velada que perduram desde a colonização até os dias atuais.

No entanto, tais contribuições se dão no plano teórico capazes de promover a devida efetivação da tutela antidiscriminatória no país, auxiliando para que novas discussões possam vir a surgir, além de que novas propostas sejam estipuladas através de tais exposições, contribuindo, mesmo que minoritariamente, para a devida promoção da erradicação das diversas formas de discriminação que a cada dia se encontra mais distante de efetivação. Assim sendo, parafraseando a autora Ângela Davis, o estudo em destaque passa a finalizar suas disposições afirmando que: "numa sociedade discriminatória, não basta não ser discriminatório. É preciso ser antidiscriminatório" (DAVIS, 1979).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em sede conclusiva, o estudo em destaque se finaliza de forma satisfatória, uma vez que atingiu devidamente os seus objetivos pré-estipulados, demonstrando a importância de se delimitar a discriminação ante as concepções errôneas que se disseminam na sociedade, além de evidenciar a sua devida observação nas diversas formas de integração social.

Ademais, tal análise atingiu ainda a observância do direito antidiscriminatório nos diversos dispositivos legais, evidenciando como se encontra previsto legalmente, em consonância com a sua respectiva necessidade de efetivação, principalmente pelos entes estatais que necessitam viabilizar tais disposições.

Nestes moldes, aplicando tal teoria nas minorias sexuais, especificamente na comunidade LGBTI+, tornou-se evidente a carência de regulamentação de políticas públicas de ações afirmativas destinadas ao grupo em questão, evidenciando o alto índice de violência existente no país, além de discorrer que apenas a criminalização da homotransfobia não é capaz de tutelar devidamente o direito antidiscriminatório no país.

Assim, considera-se, ante tais especulações, que o direito antidiscriminatório é de extrema relevância para que as minorias sociais, dentre elas a comunidade LGBTI+, possa ter o seu devido reconhecimento, bem como a sua respectiva inclusão social, porém, a realidade fática demonstra uma discriminação enraizada tanto na sociedade brasileira como nos próprios entes estatais que deveriam gerir a devida promoção social do grupo em evidência, contradizendo os princípios fundamentais democráticos e a própria Constituição.

Por fim, mesmo sendo uma problemática de grande complexibilidade e que carece de uma resposta para além de tais exposições, o presente estudo se conclui afirmando que a inefetividade das ações afirmativas só será superada quando os entes estatais, além da própria sociedade, buscar analisar e reconhecer as respectivas diferenças existentes nos diversos contextos sociais, deixando de lado preceitos e dogmáticas pessoais e passar a pensar sobre um prisma social, visando acabar com as suas próprias discriminações na busca pela harmonia e o devido bem-estar social previsto pelo Estado Social e Democrático de Direito que ainda se encontra, ao menos sob o ponto de vista formal, existente no Estado Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos Direitos Humanos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 104, 2009.

BLUMER, Herbert. **Symbolic Interactionism: Perspective and Method**. Los Angeles, University of California Press, 1986.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 1988.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26**. Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Relator Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CDC, **Convenção sobre os Direitos da Criança**, Resolução 44/25, Assembleia Geral das Nações Unidas, 20 de novembro de 1989.

CDPD, **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**, Assembleia Geral da ONU, 13 de dezembro de 2006.

CIEDM, **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1979 .

CIEDR, **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**, 21 de dezembro de 1965.

COULON, Alain. **La Etnometodologia**. Catedra, Madri, 2005.

DAVIS, Angela; NORAGER, Ebba. **Angela Davis**. Statens Bibliotek og Trykkeri for Blinde, 1979.

DIEHL, Fernando. Três teorias sociológicas para a compreensão da discriminação contra minorias sociais na interação cotidiana. **Revista Contraponto**, v. 2, n. 3, Porto Alegre, 2015.

DUDH, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948.

FOUCAULT, Michel. In: MOTTA, Manoel Barros da (Coord.). **Ética, sexualidade, política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

GGB, Grupo Gay da Bahia. **Assassinato de LGBT no Brasil: Relatório 2018**. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com>. Acesso em: 2 nov. 2019.

GOFFMAN, Erving. **Ritual de Interação: Ensaio sobre o comportamento face a face**. Petrópolis, Vozes, 2012.

MEAD, George Herbert. **Mind, Self & Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist**. Chicago, University of Chicago Press, 1967.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva 2019.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Letramento: Casa do Direito: Justificando. Belo Horizonte, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019

PIDCP, **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 de dezembro de 1966.

PIDESC, **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 de dezembro de 1966.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos feministas**, p. 887-896, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2010.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. **Seminário Internacional as minorias e o Direito**. v. 7, Brasília, 2001.

SOUZA SANTOS, Boaventura. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

# ABANDONO AFETIVO DO FILHO COM DEFICIÊNCIA: A DISCRIMINAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PRECONCEITO E VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

**Carlos Henrique Felix Dantas**

Pós-graduando em Direito Civil (PUC-MG). Graduado em Direito (UNICAP). Colaborador no Grupo de Pesquisa CONREP (UFPE). Advogado.

**Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto**

Mestrando em Direito (UFPE). Bolsista (CAPES). Graduado em Direito (UNICAP). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CONREP (UFPE). Advogado.

## INTRODUÇÃO

No Estado Liberal a família era entendida como um espaço eminentemente privado, sob a perspectiva do patriarcado, o qual se configurou nas relações familiares sob a égide do pátrio poder e do poder marital, em que não se admitia a intervenção de terceiros na seara familiar, dominada essencialmente pela figura masculina e sob uma ótica essencialmente individualista, tal como o Poder Estatal. Na contemporaneidade, a partir do advento da Constituição Cidadã, em que pese que ainda se considera a família como um espaço particular, marcado por privacidade, percebe-se a existência da intervenção do Estado nestas relações privadas, principalmente, quando, no seio da família, houver pessoas tidas como vulneráveis. Essas seriam, a título exemplificativo, as crianças e adolescentes, as pessoas com deficiência e os idosos.

Nesse sentido, a partir do Estado Social e Democrático de Direito, apesar da preferência do legislador pela autonomia existencial, há a possibilidade de se garantir intervenções mínimas, a fim de se assegurar direitos daqueles que possam ter a sua autonomia reduzida ou tolhida em virtude de sua vulnerabilidade. A partir disso, depreende-se que a família é essencialmente um espaço marcado por privacidade e autonomia existencial de seus membros quanto a constituição do vínculo familiar. Contudo, devemos nos lembrar que essa regra de preferência do legislador constituinte admite exceção, qual seja a proteção da pessoa humana vulnerável nas relações privadas, em favor, também, de sua respectiva autonomia existencial e proteção de seu desenvolvimento saudável.

Diante disso, o Direito das Famílias Contemporâneo, como setor do Direito Privado, foi decisivamente influenciado pela Constituição Federal de 1988, haja vista que houve uma necessidade de interpretação constitucionalizada de seus institutos, atribuindo-se a metodologia civil-constitucional. Tal ferramenta interpretativa possibilita aplicar os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, nas relações entre privados, com fulcro no que dispõe o artigo 5º, §1º, do respectivo diploma.

Por outro lado, essas não foram as únicas novidades para o referido ramo neste novo milênio. Há de se falar, por isso, que a afetividade e a solidariedade foram alçadas à categoria de princípios norteadores das relações familiares. Desse modo, entende-se que houve uma mudança decisiva na interpretação do papel dos núcleos familiares. Assim, a família atual não mais possui uma função religiosa, política ou procriatória, mas sim a função de regular os vínculos afetivos em prol de promover o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros em busca da felicidade. Cabe, no entanto, ressaltar que os núcleos familiares possuem disparidades entre seus membros em face das subjetividades e características próprias de cada um e, sendo assim, a busca



pela felicidade será complexa e diversa levando em consideração as particularidades, desejos e sonhos de cada membro.

Nestes termos, não se obsta entender o princípio da afetividade como elemento preponderante e estruturante das relações afetivas atuais, que são reguladas pelo Direito das Famílias. No entanto, numa busca de normatização dessas relações, deparamo-nos com um evidente conflito: o direito não é capaz de obrigar alguém a amar, sendo este um valor inexecutável. Para tanto, é necessário compreender o que seria a afetividade para o ambiente jurídico. Essa se confundiria com o afeto como fato sentimental? Ou ainda seria essa um valor jurídico tangível? Em caso afirmativo, é executável? Ademais, como garantir a equidade de tratamentos nas relações intrafamiliares em face da verificação da existência de vulnerabilidades?

Partindo-se dessa premissa nos carece ressaltar que atualmente cerca de 23,9% da população brasileira é de pessoas que possuem algum tipo de deficiência, segundo dados do IBGE (2010). Ademais, para além da perspectiva quantitativa, pesquisas também demonstram que a família, que deveria contribuir para a integração e inclusão social da pessoa com deficiência, muitas vezes é a que contribui para a segregação desses indivíduos, seja com o intuito de protegê-los, ou, ainda, por falta de orientação, a que promove o seu isolamento do convívio social pelas mais diversas razões (BRASIL, 2001, p. 81). Nesses aspectos, deve-se entender tais práticas como formas de constituição de violência intrafamiliar, responsáveis por inapropriadamente contribuir para o não desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente que possua algum tipo de deficiência.

Levando-se em consideração, também, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (2015), não se deve compreender a deficiência como um problema individual da pessoa ou, ainda, como um fardo para o núcleo familiar. Assim, a deficiência não seria o que verdadeiramente contribuiria para o desfazimento do vínculo conjugal ou a não manutenção de um espaço familiar saudável e equilibrado, mas sim os olhos estigmatizantes daqueles que enxergam a deficiência na perspectiva da incapacidade de promoção de autonomia nas relações cotidianas.

Em busca de satisfazer tais inquietações, este trabalho objetiva: a) entender o que seria a afetividade e o afeto para o ambiente jurídico, a partir da perspectiva de repersonalização do Direito Privado; b) compreender o que seria o abandono afetivo como modalidade de responsabilização civil, priorizando entender o seu ilícito civil; c) averiguar a existência de dados que comprovem a possível relação entre o abandono afetivo e o diagnóstico da diversidade funcional; d) verificar a possibilidade de aplicação do abandono afetivo em situações em que a principal causa circunstancial for a deficiência do filho; e, e) buscar a quebra do estigma de limitação da pessoa com deficiência nas relações de família.

Por fim, optou-se por revisão bibliográfica, utilizando-se a leitura doutrinária, jurisprudencial e legislativa para alcançar os objetivos propostos. Ainda nesse sentido, adotou-se o método de raciocínio analítico-dedutivo, a fim de enriquecer e ampliar o conhecimento existente acerca da temática estipulada no presente trabalho. Para isso, utilizou-se como material base a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (introduzida no Brasil a partir do Decreto nº 6.949/09), o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15) e o Recurso Especial 1.159.242/SP STJ (2012), que fala do reconhecimento pelo Judiciário do Abandono Afetivo como modalidade de responsabilização civil.

## A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O Direito, compreendido aqui como um fenômeno social, uma vez que tem como um de seus principais objetivos a estruturação, organização e sistematização da vida em sociedade; está, por conseguinte, intrinsecamente ligado a essa e às suas necessidades (REALE, 2002, p. 2)<sup>1</sup>. Nessa toada, o direito civil passou por intensas transformações ao longo dos anos, saindo de uma perspectiva liberal-burguesa, onde o Estado (âmbito público) e a sociedade civil (âmbito privado) eram campos completamente distintos e apartados, para um ideário social e solidário, no qual as dimensões do público e do privado aproximam-se de forma a promover um diálogo mútuo entre elas (LÔBO, 2008, p. 19).

Nesse sentido, o Estado Liberal, onde se era possível observar um triunfo dos ideais burgueses –, em especial, os de liberdade, de igualdade e de fraternidade, próprios da Revolução Francesa – em detrimento do modelo de Estado Absolutista, compreendeu um período histórico em que “veio a se assentar no absentismo estatal, na valorização da propriedade privada, no individualismo e na proteção ao indivíduo” (HUPSEL, 2016, p. 33). Ante tal perspectiva, o Direito firmou-se sob um paradigma separatista entre as esferas do público e do privado, as quais consistiam em ramos autônomos de regulação, sem que houvesse uma aproximação entre tais âmbitos. Diante disso, observou-se, nesse período, uma postura de não intervenção do Estado na esfera particular, a qual era de regulação própria do Direito Civil.

Em que pese a importância da emergência dos ideais da burguesia sobre os privilégios da aristocracia absolutista, “os ideais da liberdade e da igualdade que animaram os revolucionários de 1798 não transpuseram o formalismo” (HUPSEL, 2016, p. 38). Isso, pois, mesmo que, em tese, assumisse-se uma postura de que todos são livres e iguais em direitos, pelo que seria desnecessária a intervenção do Estado, faticamente prevaleciam os interesses dos mais poderosos, tanto no aspecto político, quanto no econômico. Dessa forma, os indivíduos mais vulneráveis viam-se completamente desprotegidos em suas relações jurídicas com outros particulares.

Em sendo assim, diz-se que as concepções atinentes ao Estado Liberal, fundado em ideais de igualdade e liberdade em sentido meramente formal<sup>2</sup> – as quais desconsideram as individualizações subjetivas das pessoas – (CORTINIANO JÚNIOR, 2006, p. 100-101), deram espaço para uma nova realidade, consubstanciada no Estado Social. Nesse sentido, explica Francisco Hupsel (2016, p. 40) que

Vem à tona uma nova dialética de reivindicação e de prestação a superar do isolamento o homem liberal, através de um quadro jurídico-constitucional voltado para uma ordem que se pretende mais solidária e justa, com distribuição mais equilibrada da “riqueza social”.

Nesse sentido, o ente estatal, anteriormente marcado pela total abstenção, passa a cumprir um papel de garantidor e protetor dos direitos fundamentais dos particulares também na esfera privada. As Constituições dos Estados Democráticos, assim, passam a assumir um papel de estruturadores axiológicos do ordenamento jurídico como um todo, o que acarretou na irradiação de seus princípios e regras para além da seara constitucional, atingindo também o Direito Civil e a

<sup>1</sup> O autor ressalva, em sua teoria tridimensional, que o direito é fato, valor e norma, na medida em que a normatização, via de regra, depende aprioristicamente da manifestação fática de algum fenômeno ou conduta, aos quais, por um juízo de valor, atribui-se uma significância jurídica.

<sup>2</sup> Tem-se por igualdade e liberdade em sentido formal aquelas em que se desconsidera as subjetividades e as diferenças fáticas existentes entre os sujeitos, considerando-os livres e iguais em direitos nas suas relações interpessoais, ignorando-se quaisquer relações de vulnerabilidade ou hipossuficiência existentes no plano dos fatos, tendo em vista que formalmente os sujeitos estavam equiparados juridicamente.

esfera dos particulares, no intuito de efetivar a concretização dos direitos fundamentais também nessas relações intersubjetivas privadas.

A partir dessa nova perspectiva, no Brasil, a dignidade da pessoa humana é alçada ao ideal de princípio norteador das relações jurídicas, sobretudo em razão do advento da Constituição Federal de 1988. Ante tal panorama, instaura-se o fenômeno da constitucionalização do direito civil, responsável por empreender uma observância dos preceitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos por parte da legislação infraconstitucional, com a finalidade de propiciar as ideias de solidariedade, de justiça social e de liberdade e igualdade materiais contidos na Carta Política (LÔBO, 2008, p. 20).

Nessa toada, tem-se a perspectiva de uma metodologia civil-constitucional, a qual abarca um método de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil, responsável por promover a ressignificação de seus institutos jurídicos básicos, a fim de proporcionar um acompanhamento das transformações sociais por parte do ordenamento (LÔBO, 2014, p. 20). Nesse sentido, ressalta, ainda, Luiz Edson Fachin que tal fenômeno pode ser observado a partir de três níveis diferentes,

Entenda-se como nível formal a migração dos três institutos fundamentais das constituições privadas (contrato, família e propriedade) para a seara constitucional. Já o nível substancial diz respeito à existência de uma principiologia axiológica na Constituição que aproxima ou, praticamente, elimina as fronteiras entre o direito público e o privado. Por fim, o nível relativo à transformação do direito civil em razão da jurisprudência. Propugna-se por um direito civil construído rente à realidade (FACHIN, 2013, p. 47).

Em função disso, a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente os atinentes a direitos fundamentais, ganharam diversas implicações na seara das relações privadas, pelo que sua aplicação direta e imediata faz-se essencial para a proteção dos pressupostos axiológicos trazidos pelo Diploma Constitucional (LÔBO, 2014, p. 23). Em conformidade com tal perspectiva, sustenta, ainda, Daniel Sarmento que, em razão das fortes desigualdades sociais pelas quais perpassa a sociedade brasileira, justifica-se “[...] um reforço dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência” (SARMENTO, 2011, p. 318). Sendo assim, percebe-se que o Direito Civil hodierno, sob a luz das disposições da Constituição de 1988, caminha para a preservação das garantias constitucionais também entre os particulares, os quais, em suas relações intersubjetivas, devem observar os mandamentos fundamentais.

Nessa continuidade, o Direito das Famílias, como ramo do direito privado, sob a influência do processo de constitucionalização, também passou por intensas mudanças, as quais culminaram, acima de tudo, na proteção da pessoa humana e da sua dignidade em meio ao seio familiar. Tal fenômeno é denominado de repersonalização das relações familiares, através do qual se valoriza “[...] o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais” (LÔBO, 2017, p. 19).

Dessa forma, a família que antes era pautada pela influência de aspectos patrimoniais, hierárquicos e biológicos próprios da sociedade patriarcal<sup>3</sup> dá espaço a uma nova acepção, a partir de 1988, voltada para a proteção da dignidade humana, da igualdade no tratamento de seus membros e da afetividade nessas relações. Ante tal perspectiva, como ensina Paulo Lobo (2017, p. 22),

---

<sup>3</sup> Cumpre aqui fazer uma análise acerca do termo “patriarcado”, o qual, por si só, acarreta divergências dentro da teoria feminista, sendo admitido, por parte das autoras, que corresponde a uma das manifestações históricas da dominação masculina, correlacionado diretamente com o absolutismo. Para os fins deste artigo, entretanto, seguindo o direcionamento da doutrina familiarista nacional, adotar-se-á a expressão “família patriarcal” para descrever o modelo hierarquizado e desigual de família que perdurou até pouco antes da promulgação da Constituição de 1988. (Conferir MIGUEL; BIROLI, 2014, p.18).

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

Essa mudança de paradigma, por sua vez, causou uma virada na percepção das suas funções, passando a ser enxergada como um instrumento para promover a emancipação de cada um de seus membros, como bem explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendo (2016, p. 36),

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. [...] Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.

Tal noção instrumentalizada da família, por sua vez, foi adotada pela Constituição de 1988 para proporcionar um ambiente apto ao desenvolvimento de cada um de seus integrantes e, em vista disso, adotou-se uma postura acolhedora, primando, sobretudo, pelo respeito à solidariedade e à dignidade humana. Afinal, o seio familiar deve ser enxergado como um âmbito de emancipação individual de cada uma das pessoas que o compõem, de forma a garantir a sua realização pessoal e também a consecução do direito à felicidade.

Dessa sorte, hodiernamente, não há como se falar em um direito civil eminentemente preocupado com questões relativas ao patrimônio, de forma a que o aspecto pessoal seja subjugado em detrimento dos interesses patrimoniais. Pelo contrário, a pessoa, entendida como um fim em si mesma, passa a ser o cerne da proteção jurídica de todo o ordenamento - a partir dos valores emanados do Texto Constitucional -, cujo fim último é o de preservar e garantir a dignidade desses indivíduos. Nesse sentido, então, faz-se imperioso que o ordenamento esteja em conformidade com os ditames propugnados pela Carta Magna, de forma a que seja garantida também nas relações entre privados a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

## **O DIAGNÓSTICO DA DIVERSIDADE FUNCIONAL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: A PERDA DO FILHO IDEALIZADO E A BUSCA PELA IDENTIDADE FAMILIAR**

O nascimento de um filho numa relação parental é responsável por trazer na dinâmica familiar repercussões psicológicas específicas, como o impulso do desejo de ter esse filho, além de projeções e expectativas sobre quem será essa criança ou, em outras situações, simplesmente o não desejo de prosseguir com esse vínculo paterno-filial. Assim sendo, diversas e variáveis são as situações possíveis.

No entanto, a suspeita do diagnóstico da deficiência e a sua confirmação ocasionam para as relações familiares situações complexas, somadas, às vezes, a falta de preparo e informação adequados para os sentimentos que irão emergir nesse momento. Ademais, vale lembrar as sábias palavras de Blanca Núñez (2003, p. 134, *tradução nossa*):

Enfrentar esta crise para a família representa tanto uma oportunidade de crescimento, maturidade e fortalecimento, como um perigo de distúrbios ou desvios em qualquer dos seus membros de modo a vincular. Neste sentido, é um momento crítico e decisivo, onde os riscos são elevados e onde o perigo de distúrbios psíquicos e a oportunidade de se fortalecerem coexistem.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Enfrentar esta crisis para la familia representa tanto la oportunidad de crecimiento, madurez y fortalecimiento, como el peligro de trastornos o desviaciones en alguno de sus miembros o a nivel vincular. En este sentido, es un momento

Desse modo, o diagnóstico da diversidade funcional em um filho torna mais complexa a relação parental. Ao mesmo tempo que o impacto da confirmação do diagnóstico poderá ocasionar uma aproximação entre os membros da família, trazendo fortalecimento, poderá, também, dificultar o rearranjo familiar e propiciar distúrbios psíquicos em seus membros. Assim, pode-se pensar em problemas relacionados a rejeição da diferença ou na incapacidade dos pais em saberem cuidar de um filho que possua necessidades ou cuidados diferenciados.

A partir disso, deve-se ter em mente que a ideia do filho idealizado e a frustração de se ter filhos que não correspondam com a expectativa dos pais não devem se sobrepôr ao dever de assunção de responsabilidades, como o cuidado, a partir da ótica do princípio da afetividade, o qual não se confunde com o afeto como fato psicológico ou anímico, mas sim em dever imposto dos pais em relação aos filhos e dos filhos em relação aos pais, ainda que haja desamor ou desafeição (LÔBO, 2017, p. 69). Assim, ainda que haja desamor ou rejeição desse filho, a partir de fatos sentimentais, não há de escusar a responsabilidade de cuidado, visto que é oriundo do feixe de poderes inerentes à constituição do poder familiar, dever indispensável para garantir o desenvolvimento da criança e manter o espaço familiar saudável.

Por outro lado, a problemática quanto a rejeição da diferença se dá também em parte pela projeção de um filho em nosso imaginário que corresponda com a nossa busca de eternização em nossa prole, assim como fala Andrew Solomon (2013, p.11-12):

[...] muitas vezes gostaríamos de nos ver, a nós mesmos, vivendo para sempre, e não a alguém com personalidade própria. Tendo previsto a marcha para a frente de nossos genes egoístas, muitos de nós não estamos preparados para filhos que apresentem necessidades desconhecidas. A paternidade nos joga abruptamente em uma relação com um estranho, e quanto mais alheio o estranho, mais forte a sensação de negatividade. Contamos com a garantia de ver no rosto de nossos filhos que não vamos morrer. [...] Amar nossos próprios filhos é um exercício para a imaginação. [...] Desde o início, nós os instigamos a nos imitar e ansiamos pelo que talvez seja elogioso mais profundo da vida: o fato de eles escolherem viver de acordo com nosso sistema de valores. Embora muitos de nós sintam orgulho por ser diferentes dos pais, ficamos infinitamente tristes ao ver como nossos filhos são diferentes de nós.

Dessa maneira, a projeção de um filho ideal, baseado egoisticamente e egocentricamente em nosso sentimento de nos realizarmos em nossa prole e de verificarmos que ela se traduz em nossa imagem e semelhança, dificulta o acolhimento afetivo de um filho diferente da expressão existencial dos seus pais e o desenvolvimento da personalidade autônoma e própria deste. Noutros aspectos, dificulta ainda a própria interação entre os membros da seara familiar, marginalizando a diferença e criando modelos estereotipados de perfeição.

Em contrapartida, parte dessa insegurança e frustração se dá também pela lógica de que em circunstâncias típicas, ter filhos que não cuidarão dos pais na velhice modifica a equação da reciprocidade, em que adultos com deficiência grave ainda podem exigir atenção na meia-idade, enquanto outros filhos adultos estão cuidando dos próprios pais (SOLOMON, 2013, p. 36).

Por outro lado, é de se reconhecer parcialmente essa problemática, tendo em vista que atualmente o conceito de deficiência, introduzido no Brasil pela Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, instaura uma reviravolta conceitual que modifica essa percepção. Quando se enxerga a deficiência como um fim em si mesma, busca-se soluções para ela, como tratamentos médicos e a percepção de invalidez. Ao se pensar a deficiência pelo conceito do modelo social, começa-se a enxergar a deficiência como um fator relacional, em que o problema individual passa a ser entendido como uma questão de justiça social. Então, essa

afirmação lógica está imbuída de acepções do modelo biomédico, que, por si só, não mais são suficientes para satisfazer a nova concepção da deficiência. Deve-se, entretanto, a partir do cuidado, em seus desdobramentos de educação e acompanhamento, promover a autonomia do indivíduo que possua deficiência, para que, em sua fase adulta, esse seja plenamente passível de gerir os atos existenciais de sua vida em autonomia. Afinal, uma perspectiva retributiva não deve compor as relações familiares, visto que o dever de cuidar em troca, não deve ser o que permeia as relações materno-paterno-filiais ou o que fundamenta a procriação.

Findas essas noções introdutórias, vale ainda ressaltar dois estudos que comentam a respeito de como as famílias lidam com a suspeita da deficiência e a posterior confirmação a partir do diagnóstico da diversidade funcional.

O primeiro deles é o da argentina Blanca Núñez, a qual narrou a sua experiência profissional de mais de três décadas com aproximadamente 600 famílias que possuem filhos com deficiência. Sob o seu ponto de vista, a deficiência de um filho traz uma crise acidental, a qual produz um impacto psicológico nos diferentes tipos de vínculos familiares, quais sejam: a) vínculo conjugal: interação entre os membros do casal; b) vínculo parental: interação entre os pais e filhos; e, c) vínculo fraternal: interação entre os filhos (NÚÑES, 2003, 135). Para este trabalho importa analisar o vínculo paterno-filial, tendo em vista que a modalidade abandono afetivo envolve a relação entre pais e filhos, sendo àqueles responsáveis por esses ainda que inexista afeto.

Dessa forma, para a autora, no vínculo parental, desde o primeiro momento em que se descobre a deficiência, há sentimentos intensos e ambivalentes, tais como o desconcerto, estranhamento, insegurança, desilusão, dor, culpa, medo, rejeição, raiva etc. Esses sentimentos negativos podem se combinar com outros sentimentos positivos, como o amor, ternura, orgulho desse filho, desejo de reparação e ânsia de poder leva-lo adiante, dando-lhe as maiores possibilidades. Ainda nesse sentido, o reconhecimento desses sentimentos ambivalentes, ao expressá-los, sem negá-los ou disfarçá-los, é parte deste caminho de adaptação e crescimento. Entretanto, os conflitos surgem quando alguns dos sentimentos predominam em forma intensa nesses vínculos, produzindo mal estar (NÚÑES, 2003, 136-137).

A partir disso, pode-se comentar que, quando há o sentimento de culpa na relação parental, pode existir a situação dos pais na figura de devedores e dos filhos na figura de credores. Assim, o sentimento de culpa para esses pais devedores, frente a um filho credor, deve ser pago de modo aos pais serem extremamente disponíveis e eternos doadores a estes filhos, com uma abundância inesgotável; se esforçam para realizar toda a falta, que parece nunca alcançar (NÚÑES, 2003, 137).

O filho submetido, nesse tipo de situação, pode se tornar um credor a vida inteira, em um sentimento inalcançável dos pais, o qual não propiciará o desenvolvimento da autonomia pessoal desse filho, permitindo que ele se torne um permanente dependente, exigindo sempre a atenção dos pais. Retomando o raciocínio da inversão da reciprocidade, comentado anteriormente, o filho estará eternamente precisando dos cuidados desses pais, pois não conseguiu desenvolver suas potencialidades ao longo de seu desenvolvimento biopsicossocial individualizado.

Por outro lado, o sentimento de culpa, como acredita Núñez (2003, p. 137) também poderá haver quando o filho se sentir devedor e os pais se encontrarem na situação de credores. Nesse tipo de relação, o filho sente que desapontou os pais, os quais vivem insatisfeitos ou desiludidos na medida em que conscientes ou inconscientes carregam com culpa os seus fracassos. Os pais os enxergam a partir de suas limitações, exigindo e controlando esse filho quanto aos seus rendimentos.

Há ainda pais que enxergam o filho sem lhes cobrar crescimento. Para esse filho não se cobra nada e nada lhes é pedido. A partir desse sentimento se predomina a desilusão, impotência, desesperança, etc. A deficiência funcionará como uma sentença de “futuro encerrado” (NÚÑES, 2003, P. 137).

Ainda sobre os sentimentos no vínculo paterno-materno-filial, pode-se comentar a permissividade e o descontrole agressivo. Aqui são frequentes as dificuldades dos pais para assumir a disciplina e impor limites. O filho funcionará como alguém despótico que mediará pelo princípio do prazer e uma busca da satisfação permanente e imediata de seus desejos. Esses mesmos pais mostram alternativas abruptas geradoras de culpa (NÚÑES, 2003, P. 137-138).

Encerrando os comentários a respeito do estudo de Blanca Núnes (2003, p. 141), há de se comentar ainda que o maior momento de vulnerabilidade familiar e necessidade de apoio será o momento da descoberta e confirmação do diagnóstico da diversidade funcional e os momentos de passagem de um etapa de ciclo vital para outra, como os 4 ou 5 anos, quando os filhos começam a descobrir que são diferentes dos outros filhos, a dificuldade de escolher uma escola inclusiva e, na adolescência, quando o filho se questionará existencialmente e necessitará de educação reprodutiva e sexual.

O segundo estudo, por sua vez, está mais voltado para de que forma o impacto do diagnóstico da diversidade funcional contribui para o rompimento da sociedade conjugal, utilizando-se como referência a Síndrome de Down e a Síndrome de Rett. Esse estudo encontrou uma taxa diferente entre essas duas síndromes. A taxa de separação nos casais com filhos com síndrome de Down, coletados em 2008, foi de 10%, compatível com a taxa de divórcio no Brasil, apresentado pelo censo do IBGE em 2010, enquanto que a taxa de divórcio dos casais com filhas com síndrome de Rett, coletados em 2013, foi de 23,5%, significativamente superior a apresentada anteriormente (LEDERMAN *et al*, 2015, p. 1366). Assim, parte da justificativa utilizada pelos pesquisadores se dá pela ideia da “Vantagem da Síndrome de Down”, a qual se comparada com as outras síndromes, os pais conseguem lidar melhor, devido ao apoio que recebem nos conflitos maritais.

Por outro lado, os casais que possuem filhos com Síndrome de Rett possuem maiores estresses familiares e encargos, em razão, principalmente, da maior dependência desta deficiência, que, de acordo com o grau avaliativo dos pesquisadores, chega a ser 71,34% superior a Síndrome de Down (LEDERMAN *et al*, 2015, p. 1366-1367). É de se perceber, nesse contexto, ainda, que os indicadores de tensão prévia marital ou desgaste conjugal anterior ao nascimento do filho com alguma dessas síndromes, contribui diretamente para esses índices de acordo com as informações trazidas por esses estudiosos.

Ademais, percebe-se que outro indicador interessante é o grau de morbidade da deficiência como propulsor de tensão marital, responsável por trazer maior desgaste no relacionamento. Tem-se, como conclusões, que deficiências que exijam maiores cuidados, como deficiências graves, influenciam decisivamente para o desequilíbrio da relação marital que já possua tensão.

A partir dessas pesquisas se pode perceber que de fato há um impacto da deficiência na reorganização das relações familiares a partir do diagnóstico da diversidade funcional. Às vezes, somada ao estresse e a tensão conjugal prévios, poderá gerar maiores empecilhos para a adaptação marital após o nascimento do filho. Por outro lado, poderá a deficiência também contribuir para a aproximação dos membros da seara familiar, não devendo, por isso, ter-se a percepção de que a vinda de um filho que possua qualquer tipo de deficiência contribuirá negativamente para a dinâmica dos vínculos familiares. Existem variáveis, como demonstram essas pesquisas, que por si só não são determinantes ou vinculantes. Nesse sentido, sendo o

momento de confirmação e descoberta da deficiência uma das fases mais críticas de reajustamento familiar, deve-se ter uma orientação e acompanhamentos prévios que estimulem o conhecimento da diferença. Esse acompanhamento pode ser chamado de interdisciplinar. Profissionais especializados podem fazer acompanhamentos específicos com os pais a fim de lhes mostrar de que forma conviver e aprender com a diferença de modo a não estigmatizá-la e livrar os pais dos mais diversos sentimentos que possam marcar suas respectivas vidas, como o sentimento de culpa ou a não expectativa de crescimento pessoal e profissional do filho.

O cuidado, nas suas mais diversas formas de desdobramento deve impulsionar o reajustamento familiar saudável e a busca de uma identidade familiar que atenda ao papel atual que a família possui a partir do paradigma eudemonista de família: a busca da felicidade e o desenvolvimento individualizado de cada um de seus membros em prol do espaço familiar saudável, ressaltando-se qualquer discriminação ou preconceito em função da deficiência que este filho por ventura possa ter congenitamente ou de modo adquirido durante o seu desenvolvimento particularizado. Para tanto, percebe-se que será indispensável o respeito à identidade e às subjetividades do filho pelos pais e a abdicação de sentimentos que exacerbam a negação da diversidade funcional ou procedimentos reabilitatórios com o intuito de impedir o reconhecimento da deficiência filial.

### **ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR DEFICIÊNCIA: COMO OBRIGAR ALGUÉM A AMAR?**

O abandono afetivo não se trata de afeto, como se pode pensar erroneamente na primeira análise da terminologia. Não é à toa que existe uma verdadeira bifurcação entre o pensamento dos juristas em concordar ou discordar quanto a exigibilidade desse como modalidade de reparação civil por danos morais e materiais, afinal, seria possível obrigar alguém a amar? Ou, em outras palavras, a sentir afeto?

Para o ambiente jurídico esse questionamento por óbvio possui uma resposta negativa. Não seria o poder estatal responsável por obrigar um pai a sentir afeto por um filho, pois isso demandaria sentimentos e o meio jurídico se alastra no campo das obrigações. Diante disso, há quem acredite que a terminologia empregada deva ser outra, diversa do abandono afetivo, pois pode ilidir em pensamentos que se distanciam da real intenção que há nessa recente modalidade de responsabilização civil. Assim, ao invés de se pensar na obrigação de amar, deve-se ter como pensamento circunstancial a ideia de cuidado e de convivência familiar. Nesse sentido, sábias são as palavras de Charles Bicca (2015, p. 41):

Talvez a utilização da terminologia abandono afetivo até não tenha sido a mais adequada, pois poderia conduzir a uma ideia de que alguém teria o direito a receber afeto, ou seja, que amar poderia ser um dever. No entanto, mesmo com algumas críticas sofridas não observo nenhum motivo para mudança no nome abandono afetivo conforme já amplamente conhecido entre doutrinadores e julgadores de todo o Brasil. [...] pois a obrigação tutelada nessas ações de indenização não é a de amar, mas sim a de cuidado, de convivência e de atenção com o filho, ser humano em formação. [...] Entretanto, em vez de alterar o nome abandono afetivo que vem sendo utilizado nesta incansável luta que dura mais de uma década, seria muito mais fácil e coerente, deixar explícito que a obrigação tutelada pelo direito é a de CUIDADO e não simplesmente afeto. Assim, depois de anos de luta contra o abandono de crianças, alterar o nome “aos 45 minutos do segundo tempo”, seria confundir mais ainda um tema que demorou quase uma década para ser compreendido e agora resta amplamente divulgado na sociedade.

Diante do exposto, a manutenção da terminologia possui também um viés político, haja vista que a ampla divulgação e o esforço dos estudiosos da temática repercutem no sentido de



solidificar o entendimento que há na ideia do abandono afetivo há anos. A mudança repentina da terminologia para uma que torne mais visível o seu objeto poderia ser causadora de maiores problemas dentre os já existentes.

Por outro lado, por si só a terminologia empregada não é a única razão para que haja confusão na assimilação do que seria esta modalidade de responsabilização, tendo em vista que entender a afetividade enquanto princípio para o direito gera inúmeras controvérsias. Assim sendo, em linhas gerais, o entendimento em torno do princípio da afetividade ainda é permeado, pelo menos por alguns intérpretes, por noções do campo da psicologia, tendo em vista a não compreensão de que esse carrega muito mais as ideias de direitos, de deveres e de responsabilidades com a prole do que propriamente a alusão ao fato sentimental.

Nessa toada, importa refletir que parte da comunidade jurídica ainda correlaciona a afetividade e o afeto como sinônimos e assumem, também, que não há como se cobrar o afeto como um dever exigível. Nesse sentido, segundo Lenio Streck (2011, p. 522), a doutrina define a afetividade como a decorrência de sentimento que uma pessoa sente por outra, podendo ser presumido na relação entre pais e filhos. Noutra perspectiva, por sua vez, também é interessante analisar o entendimento de Rômulo Baptista dos Santos (2010, p. 111-112) quanto a matéria,

Com efeito, a afetividade é o conjunto dos afetos, mas é também concebida como fator estruturante da personalidade, cujo desenvolvimento se apresenta como uma necessidade humana. Por conseguinte, cabe ao Direito a tarefa de preservá-la como um valor jurídico. Por outro lado, não é possível exigir a prestação de afetos como obrigação jurídica, visto que estes independem de vontade. [...] Todavia, esses desenvolvimentos trouxeram em seu bojo o impasse entre a necessidade de se proteger o desenvolvimento e a manutenção da estrutura afetiva e a impossibilidade de se exigir a prestação de afeto como obrigação jurídica.

A partir disso, o autor compreende a inexigibilidade do afeto como um dever a ser prestado; para ele, também, a afetividade corresponderia ao conjunto de desdobramentos que o afeto possui. Desse modo, há um duplo levantamento para o autor quanto ao entendimento da afetividade: a) o afeto enquanto elemento da afetividade; e, b) a inexigibilidade do afeto enquanto elemento passível de ser prestação jurídica. Nesse sentido, há a percepção, para esse autor, de uma íntima relação entre a ideia de afeto e a de afetividade, o que é inegável, haja vista que a afeição pela prole muito provavelmente não resultaria na ausência de cuidado e de convivência familiar.

Em contrapartida, outros autores entendem de modo vanguardista que há uma distinção entre o que seria o afeto e a afetividade para as ciências jurídicas. Nessa perspectiva, Paulo Lôbo (2009, p. 10) entende que “a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, [...]”; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”. É a partir dessa postura que nos posicionamos. Assim como Paulo Lôbo, acreditamos que seja necessário diferenciar o que seria o afeto e a afetividade para a esfera jurídica, tendo em vista que há necessidade de elucidar o conteúdo normativo desse princípio para garantir maior efetividade das relações jurídicas.

Em face desses elementos centrais, a pergunta mais adequada a se fazer diante da problemática apresentada pelo abandono afetivo seria: como obrigar alguém a cuidar? Seria o direito capaz de obrigar alguém a cuidar? A resposta para esse questionamento nos parece mais plausível do que imaginar que o direito seria capaz de obrigar alguém a sentir afeto por outra pessoa.

Não é à toa que desde o reconhecimento dessa espécie de responsabilização civil a comunidade jurídica tem dificuldade em assimilar essa modalidade, para bem não dizer que

haveria preconceitos por parte dos juristas, haja vista que esses entendem que se pretende obrigar um pai ou uma mãe a amar, quando na verdade exige-se cuidado, desdobrando-se em presença, por exemplo. Pode-se exemplificar pensando no dever do pai de prestar companhia ao seu filho, ou ainda de leva-lo para passear, para assistir a um filme, ou ainda buscar ou levar na escola, ensinar-lhe o dever de casa etc., ou seja, participar efetivamente do seu desenvolvimento e da construção social da sua personalidade. Assim, essa modalidade se correlaciona com várias nuances de direitos fundamentais da pessoa humana em desenvolvimento, cuja ausência, no decorrer do crescimento da prole pode ocasionar a necessidade de reparação civil pela omissão do dever de prestar cuidado.

Findas essas explanações, importa lembrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no decorrer dessas duas últimas décadas quanto a matéria tratada neste trabalho. No ano de 2005, através do Recurso Especial 757.411/MG, o STJ decidiu que não caberia indenização em favor do filho a partir do abandono afetivo, haja vista que não há ilícito na conduta do pai em não sentir afeto, pois não se pode impor a afeição na relação parental. Assim, não se trataria o afeto de um dever-responsabilidade.

Todavia, a partir, principalmente, dos avanços progressivos no entendimento do que seria afetividade, o STJ, no ano de 2012, através do Recurso Especial 1.159.242/SP, decidiu pela reforma da ementa anterior e pela admissão do abandono afetivo como nova modalidade de responsabilização civil. Diante disso, necessário faz-se lembrar de alguns aspectos do voto da ministra relatora Nancy Andrigh, a qual trouxe à baila a perspectiva do cuidado enquanto valor jurídico, em que sua ausência configuraria o abandono afetivo,

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar**, que é o dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que foge aos lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade precisa de materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem-, entre outras formulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador pelas partes. Em suma, **amar é faculdade, cuidado é dever**. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, 10-11, *grifo nosso*).

Entende-se, por isso, como bem pontua a ministra, que o ilícito civil em torno do abandono afetivo seria a ausência de cuidado, dever jurídico imposto a partir da construção do vínculo paterno-materno-filial. Assim, observa-se que há imposição legal de direitos e deveres advindos da relação parental, como propugna o artigo 229 da Constituição Federal em estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Além disso, compreende-se, a partir dos artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que os autores do projeto parental teriam, também, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, em proporcionalidade e isonomia, cujo descumprimento injustificado deverá ser causa de perda ou suspensão do poder familiar.

Ademais, ao analisar o artigo 1.638, inciso II do Código Civil, prevê-se a perda do poder familiar nos casos em que os pais deixem os filhos em abandono. O sentido de abandono, no presente dispositivo, não pode se restringir apenas ao abandono material, moral ou intelectual,

devendo estender a sua interpretação, também, para a figura do abandono afetivo. Afinal, há reconhecimento expresso de tal modalidade pelo STJ desde o ano de 2012.

Diante disso, como explana Paulo Lôbo (2017, p. 302), “‘o abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na Constituição e na legislação ordinária”. Por isso, dever-se-á entender a violação objetiva do elemento normativo de cuidado como o descumprimento dos deveres advindos da paternidade responsável em assistir, criar, educar, guardar e sustentar o filho menor em prol do respeito de sua dignidade e da sua condição única de ser humano em desenvolvimento, o qual constitucionalmente tem o direito de receber a proteção integral do Estado, da Família e da Sociedade, consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Ainda nesse sentido, cumpre tecer algumas considerações acerca da necessidade de comprovação do dano e do nexos de causalidade enquanto elementos da teoria clássica da responsabilização civil. Nessa constinuidade, é imperioso destacar, *a priori*, que há fortes posicionamentos no sentido da necessidade de comprovação tanto do dano quanto do nexos causal, o que significa dizer que é necessário confirmar a relação do ato ilícito com o dano ocasionado na vítima do abandono afetivo. Sobre a temática, esclarece Giselda Hironaka (2006, p. 412, *grifo nosso*),

[...], em meu sentir, não reside aí a dificuldade maior da hipótese, mas, sim, na configuração do nexos de causalidade. Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, **mais difícil será estabelecer o necessário nexos de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado**. Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa.

Desse modo, pelas palavras da autora, depreende-se que dentre as maiores problemáticas de se compreender o dano afetivo há a dificuldade de se estabelecer o nexos de causalidade com o abandono da figura do pai omissivo ou ausente. Assim, em face da necessidade de se superar tal problemática, emerge-se como prova possível o estabelecimento de perícia capaz de comprovar, mediante laudo formulado por especialista, o apontamento da existência de determinado dano psíquico-emocional que, no todo ou em parte, vincule-se com a figura do genitor descumpridor dos deveres advindos da paternidade responsável.

Não obsta lembrar, por isso, o posicionamento recente da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no ano de 2015, a qual firmou entendimento que o mero abandono afetivo dos pais não é causa suficiente para gerar o dever de reparar, sendo necessário, assim, a prova de que a ausência do cumprimento do dever paterno-materno-filial tenha trazido reais prejuízos à formação do indivíduo (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 125). Dessa maneira, o abandono afetivo parental não seria, por si só, causa suficiente para gerar o dever de reparar na ação de indenização civil por danos morais e materiais, tendo em vista que é necessário comprovar que a ausência de cuidado trouxe danos a partir da vinculação com o ato ilícito, entendido aqui como o descumprimento de dever inerente a relação filial.

De outro lado, importa dizer que tal entendimento não é uníssono, tendo em vista que, ao se analisar a decisão do STJ quanto ao abandono afetivo, depreende-se dessa que, embora a verificação do dano possa ser observada a partir de laudos periciais, o nexos de causalidade não necessitaria de comprovação, tendo em vista o entendimento de que o dano seria *in re ipsa*<sup>5</sup>. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi comenta,

---

<sup>5</sup> Nesses termos, vale dizer que, via de regra, a comprovação do dano moral precisa ser provada. Entretanto, quando o dano moral for considerado *in re ipsa*, como é o caso do abandono afetivo, significa dizer que o dano ocasionado à

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, p. 13).

Sendo assim, segundo tal entendimento, defendido pela relatora, em que pese a possibilidade de comprovação do dano, o nexo de causalidade dispensa tal esforço probatório, em razão de presumir-se do próprio descumprimento dos deveres de cuidado, inerentes a relação parental. Assim, como retrata Ricardo Lucas Calderon (2014, p. 537), um dos aspectos mais polêmicos dessa decisão seria considerar todos os danos decorrentes do abandono afetivo como presumíveis por dispensar prova, afinal, há de se refletir se na responsabilização das relações familiares essa seria a melhor solução.

A partir dessas noções introdutórias, pode-se agora discutir a respeito da possibilidade de se majorar a responsabilização quando a omissão de cuidado se der exclusivamente por causa da deficiência do filho, fruto da rejeição da diferença. Nesse sentido, entende-se por discriminação em razão da deficiência, toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou exercício de direitos e das liberdades da pessoa com deficiência (ONU, Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, 2007). Logo, sempre que, na relação paterno-filial, em função da deficiência do filho, houver distinção, restrição e resultar em enorme dor ou sofrimento à prole a ausência de responsabilidade inerente ao poder familiar, tal qual o dever de cuidado e convivência familiar, poder-se-á discutir a possibilidade de abandono afetivo nas relações familiares.

No entanto, cabe-se ainda questionar: a discriminação seria condição suficiente para intensificar essa responsabilização? A nosso ver sim, inclusive sendo uma medida passível de gerar perda do poder familiar, afinal, deve-se priorizar o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. Ademais, sustenta Carolina Valença Ferraz (2012, p. 338, grifo nosso), acerca da possibilidade de responsabilização civil nas relações de família,

No tocante à ausência de cuidados, ao desprezo e falta de apreço ao parente com deficiência, é possível analisar a possibilidade de caracterização de tais condutas como ilícitas [...] Parece-nos inquestionável que não há como obrigar um parente a nutrir afeto ou apreço por outro. Porém embora não haja como exigir o sentimento, o direito tem instrumentos que permitem a punibilidade da negligência, omissão ou abuso. Da concepção do afeto na composição contemporânea da família, o abandono familiar, a negligência e os maus-tratos no seio do grupo familiar **devem ser considerados ainda mais graves.**

Nessa toada, quando se pensar em situações em que esses ilícitos sejam configurados a partir da ótica do abandono familiar, negligência ou maus-tratos se deve pensar numa majoração da punição do causador do dano. Em consonância com esse entendimento, acreditamos que a modalidade Abandono Afetivo, quando associada ao preconceito ou a discriminação, deva ser majorada em face da observância da hipervulnerabilidade da vítima, ou seja, do filho com deficiência. Afinal, a vedação a toda e qualquer forma de discriminação é um princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, contido no art. 3º, IV da Carta Política. Dessa forma, a observância de tal preceito fundamental é de extrema importância para a preservação do Estado Democrático de Direito e qualquer violação a ele deve ser repudiada e repreendida pelo ente estatal. Ainda nesse sentido, como lembra Heloísa Helena Barboza (2009, p. 109), a

---

vítima gerou tamanho abalo psicológico que este se torna presumido, não sendo necessária a comprovação de nexo de causalidade.

vulnerabilidade exige análise aprofundada para se proteger da melhor maneira possível todas as pessoas e, necessariamente, as pessoas que têm potencializada a sua vulnerabilidade.

Sendo assim, considerando que o abandono afetivo, por si só, já representa conduta ilícita reprovável a ponto de ensejar responsabilização civil, quando tal prática é realizada por motivo de preconceito com relação à deficiência, tem-se a configuração de uma violação maior à dignidade da prole, configurando violência intrafamiliar de caráter irreparável à pessoa do filho com diversidade funcional em face de toda a coletividade e da representatividade da negação do direito de existir livremente das pessoas com deficiência. Desta feita, a majoração da indenização possui um duplo viés, tendo em vista não se tratar de caráter apenas corretivo, mas também punitivo à conduta do agente causador do dano, numa perspectiva educativa, de forma a viabilizar a erradicação do preconceito e da discriminação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a afetividade como elemento estruturante da família contemporânea garante a percepção de que os núcleos familiares atuais são fundados no cuidado, na convivência familiar, na reciprocidade e na busca da felicidade e desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros. Assim, imaginar que essas relações privadas são estruturadas atualmente por outro papel, demonstra que vivemos em uma sociedade que abarca mudanças, dentre as quais, as que priorizam colocar o desenvolvimento da personalidade e o respeito à ideia dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar como centro das relações humanas.

Entretanto, em busca de compreender a incidência do campo jurídico nas relações afetivas deparamo-nos com a percepção de que o direito não é capaz de obrigar alguém a amar, sendo esse um elemento que foge dos deslindes passíveis de ser prestação jurídica. Por isso, é importante diferenciar o que seria o afeto como fato psicológico e a afetividade. O fato psicológico não importa diretamente para o direito, tendo em vista que é impossível o direito obrigar alguém a amar. Por outro lado, a afetividade é, para alguns doutrinadores de postura vanguardista, exequível, sendo essa desdobrada nos elementos centrais de cuidado e convivência familiar. Nesse sentido, este trabalho entende como objeto circunstancial, a partir da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária, que o objeto de estudo por traz do abandono afetivo é o cuidado enquanto valor jurídico tangível e exequível.

Ademais, percebeu-se, também, que há uma relação tênue entre o comportamento da esfera conjugal e o grau de dependência do filho com deficiência na infância, o qual poderá se desdobrar em algumas situações de risco para o relacionamento dos pais, como o rompimento da sociedade conjugal, ou, até mesmo, o divórcio. Emerge-se, a partir disso, a problemática de que nessas situações de rearranjo familiar deve permanecer a ideia de cuidado e de responsabilidade de todos os integrantes da relação conjugal com a prole. Assim, o dever de cuidado permanece como elemento preponderante. A situação fática que torne omissa a conduta do pai ou da mãe em relação ao dever de prestar assistência material e imaterial poderá ser entendida como ilícito responsabilizador nas relações de família para com o filho negligenciado. Logo, pois, pode-se suscitar ainda que se deva majorar o grau de responsabilização, a fim de punir o causador do dano afetivo, quando a conduta se fundamentar unicamente em discriminação. Ademais, por se tratar de subjetividades, torna-se importante a quantificação e a valoração das intensidades do dano causado. Deve-se, também, ter em mente que há a necessidade de se averiguar e comprovar os elementos da teoria clássica da responsabilidade civil, não obstante que, na análise do caso concreto, aplique-se a modalidade de responsabilização *in re ipsa*.

Por fim, não se deve distanciar do momento da confirmação do diagnóstico o apoio interdisciplinar necessário para as famílias que possuam um filho com diversidade funcional. O apoio deverá consistir em esclarecimentos acerca das condições diferenciadas da criança, além da explanação de suas múltiplas habilidades. É importante, nesse momento, também, influir na retirada da percepção negativa e estigmatizante que há em torno da figura do filho com deficiência, o qual deve ser entendido primordialmente como pessoa humana em desenvolvimento, detentora de direitos e deveres. Nesses aspectos, tal acompanhamento deve ser compreendido como uma ferramenta de auxílio para a exclusão da ideia desse indivíduo ser considerado um “fardo” ou ainda que esse tenha um “futuro encerrado”, como foi comentado anteriormente. Logo, pois, deve-se perceber a criança com deficiência como um agente que precisa de subsídios em sua educação para ser propulsora do seu próprio destino, haja vista que se estará atendendo a lógica do modelo social em garantir plena autonomia e emancipação da sua capacidade em se autodeterminar nas relações cotidianas.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo**: o dever de cuidado e a responsabilidade por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: Senado. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) >. Acesso em 10 jan 2017.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Brasília: Senado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em 10 jan 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar**: orientação para prática em serviço, 2001. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05\\_19.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf)>. Acesso em 22 fev 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 757.411/MG**. Relatora Min. Fernando Gonçalves. Data de Publicação: 27/03/2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600>>. Acesso em 10 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159.242/SP**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Data de Publicação: 24/04/2012. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf)>. Acesso em 05 jan 2017.

CALDERON, Ricardo Lucas. Abandono Afetivo: reflexões a partir do Superior Tribunal de Justiça. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Orgs.). **Direito Civil Constitucional**: a resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

CORTINIANO JÚNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**, Curitiba, v. 45, n. 0, p. 99-102, 2006. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750/6576>>. Acesso em 29 out 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7. *Apud* ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. O julgamento no STF da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença. Dos direitos da pessoa com deficiência nas relações familiares. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. **Repertório de Jurisprudência IOB**. [S.l.], v. 3, n. 13, p. 411-418, 2. Quinz. Jun. 2006. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em 16 mar 2018.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEDERMAN, Vivian Renne Gerber; ALVES, Bianca dos Santos; NEGRÃO, Juliana; SCHWARTZMAN, José Salomão; D'ANTINO, Maria Eloisa; BRUNONI, Decio. Divórcio nas famílias com filhos com Síndrome de Down ou Síndrome de Rett. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 1363-1369, May 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232015000501363&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015000501363&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 jun 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo, Atlas 2008.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. (Orgs.). **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: a resignificação dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

NÚÑES, Blanca. **La familia com um hijo com discapacidad: sus conflictos vinculares**. Arch Argent Pediatr 2003;101 (2): 133-142. Disponível em: <<http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2003/133.pdf>>. Acesso em 10 jun 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. De 30 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/direitos\\_fundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/direitos_fundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf)>. Acesso em 09 jan 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO DE JANEIRO, **Processo nº indisponível**. Relatora: Desembargadora Elisabete Filizzola. Data do Julgado: 26/08/2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-rj-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em 16 de mar 2018.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e Afetividade**: estudos sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2010. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25042011-093721/en.php>>. Acesso em 10 jun 2017.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Orgs). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. Trad. Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo, Pedro Maia Soares. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



# A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DA CONDIÇÃO DA PESSOA IDOSA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

**Gisele Vicente Meneses do Vale**

Graduada em Direito (UNICAP). Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica.

**Juliana Aguiar Leal Cirne de Azevedo**

Graduanda em Direito (UNICAP). Monitora da disciplina de Direito de Família.

## INTRODUÇÃO

O já revogado Código Civil de 1916 estabelecia o regime de separação de bens ao homem maior de 60 anos e a mulher maior de 50 anos, com fito de conceder proteção à expectativa sucessória dos eventuais descendentes dos nubentes. Ultrapassada a vigência do Código de 1916, adveio o Código Civil de 2002, perdurando, no entanto, a regra da obrigatoriedade do regime de separação de bens e mais: foi igualada a idade do homem e mulher em 60 anos, contemplando, nessa esteira, o princípio constitucional da isonomia.

Ainda nesse diapasão, a Lei nº 12.344/2010 sobreveio e alterou a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002, aumentando para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

O idoso, nesse contexto, é tratado como se incapaz fosse, ficando impedido de decidir sobre questões patrimoniais e sendo obrigado legalmente a salvar o seu patrimônio para seus futuros herdeiros, numa clara violação ao princípio da proibição ao “*pacto corvina*”.

Por trás da imposição obrigatória do regime de separação de bens estão os argumentos de proteção da pessoa idosa dos casamentos por interesse, em verdadeira afronta à principiologia consagrada pela Constituição Federal de 1988 e à proteção da autonomia das pessoas idosas.

## A TRATATIVA DADA À PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A DISSONÂNCIA ENTRE A ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL E A IMPOSIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O transcurso histórico anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 foi marcado pela ausência de privilégio, inclusive formal, do direito à velhice como verdadeira efetivação dos direitos humanos fundamentais inerentes aos cidadãos brasileiros.

Em verdade, a velhice foi consagrada apenas a partir da Constituição de 1934, a qual a previu no título inerente à Ordem Econômica e Social. Mesmo assim, como as demais Constituições, essa previsão continuou não abrangendo o envelhecimento com dignidade como direito de todos, restringindo a segmentos sociais determinados (RAMOS, 2014, p. 98-99).

Assim permaneceu a conjuntura na vigência das Constituições de 1824, 1937, 1967 e 1969, as quais não introduziram a velhice como um problema social relevante, quiçá como um direito humano fundamental (RAMOS, 2014, p. 99-101).

Noutro giro, a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, conduziu uma transformação substancial no tratamento legal dado às pessoas idosas, ora colocadas no centro de uma

responsabilidade trinária do Estado, da sociedade e da família, nos termos do artigo 230 do referido diploma.

Notadamente a Constituição Federal de 1988, comprometida com o ideário constitucional e inaugurando uma cultura dos direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 110), para além de prever uma efetiva incorporação dos direitos das pessoas idosas em seu escopo, inaugurou uma ordem principiológica que repercutiu em toda a legislação infraconstitucional.

Em seu artigo 230, a Constituição Federal atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, assegurando a sua participação na comunidade e defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhes o direito à vida. Além disso, os §§ 1º e 2º do referido artigo, preveem, respectivamente que os programas de amparo aos idosos preferencialmente serão executados em seus lares e a gratuidade dos transportes públicos coletivos aos maiores de sessenta e cinco anos.

Ao prever como objetivo da República Federativa do Brasil a proibição de quaisquer formas de discriminação em razão da idade, ao lado da raça, do sexo e da cor, a Carta Magna assegurou às pessoas idosas a integral proteção em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual enuncia, finalmente, o status de sujeito de direitos para esse grupo historicamente preterido.

Nessa senda, o amparo à velhice, ressalte-se, não se restringiu aos objetivos da República. De fato, a Constituição Cidadã consagrou, em seu artigo 5º, o princípio da igualdade ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Com a igualdade elevada à categoria de princípio constitucional, os fundamentos jurídicos que enquadravam o idoso em uma categoria assistencial, marginalizada e improdutiva feneceram, de forma que a summa divisio entre sujeitos e subsujeitos de direitos foi implodida (LÔBO, 2018, p. 15).

Cumprido salientar que a nova ordem constitucional consagrada é, portanto, fincada em uma principiologia na qual desagua em todo o ordenamento jurídico. A constitucionalização do direito civil aqui se insere como metodologia que condiciona a leitura das normas infraconstitucionais à luz das normas constitucionais, de forma que, por conseguinte, resta proibido que qualquer norma infraconstitucional que viole os preceitos constitucionais operem efeitos jurídicos.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, assim, ocasionou uma mudança no modo de pensar o Direito Civil, determinando a sujeição de suas normas e institutos aos valores traçados na Constituição, dentre os quais se insere a dignidade da pessoa humana.

A família e o casamento, nesse sentido, também devem ser compreendidos à luz dos valores consagrados pela Constituição Federal, o que não foi atendido pelo legislador infraconstitucional quando estabeleceu a separação obrigatória de bens em relação ao idoso.

Essa regra, portanto, vulnera o princípio da dignidade da pessoa humana por presumir a incapacidade da pessoa idosa com base exclusivamente na sua idade. Como bem elucidam os professores Carolina Ferraz e Glauco Salomão:

O ordenamento jurídico brasileiro tem na promoção da dignidade humana um dos seus objetivos maiores, conforme decorre do preceituado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Significa dizer que todo o direito positivo nacional deve ser interpretado de modo a tutelar prioritariamente os interesses existenciais da pessoa humana, como forma de lhe proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade. Induvidoso que, para atingir tal desiderato, a garantia dos direitos fundamentais é um dos principais corolários (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 80).

O próprio Estatuto da Pessoa Idosa traduz a principiologia constitucional ao assegurar à pessoa idosa a liberdade, imperativo que “deve ser compreendido de forma amplíssima, não se limitando às dimensões enunciadas no dispositivo legal, que tem caráter meramente enunciativo” (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 82). O Estatuto do Idoso, por sua vez, reconhece a pessoa idosa como sujeito de direitos, garantindo-lhe grande proteção, e traduz norma complementar à Constituição Federal, porque ressalta os direitos constitucionais assegurados a todas as pessoas, com a finalidade de concretizá-los em relação ao idoso.

Ademais, a imposição do regime de separação obrigatória às pessoas idosas viola frontalmente o princípio da intervenção mínima, consagrado no artigo 1.513 do Código Civil, que proíbe qualquer interferência, pública ou privada, na comunhão de vida instituída pela família.

O princípio constitucional da liberdade significa uma concretização da autonomia privada no âmbito familiar. Traduzido no direito de família, esse princípio estabelece a possibilidade de os nubentes, por meio de pacto antenupcial, estipular o que quiserem em relação aos seus bens. O princípio da liberdade é desmedidamente relativizado, contudo, quando da imposição daquele regime às pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

Dessa forma, atingir determinada idade não justifica, por si só, a restrição da liberdade de da autonomia da pessoa. Nesse sentido:

De sorte que, pelo exposto, resta claro que o avançar da idade não implica diminuição na capacidade jurídica de autodeterminação nem na garantia das liberdades individuais. Qualquer restrição à liberdade baseada tão somente na maturidade fere a Carta Magna, por violar indevidamente direitos fundamentais da pessoa, revelando-se medida discriminatória, uma vez que se consubstancia em mera arbitrariedade (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 82).

Ocorre que, reproduzindo um preceito consagrado no Código Civil de 1916, gestado em um contexto em que a sociedade era marcadamente patriarcal, imperando a desigualdade em razão de cor, sexo, idade e condição social, o Código Civil de 2002 previu uma possibilidade de restrição à autonomia das pessoas idosas ao impor a obrigatoriedade de adoção do regime de separação total de bens caso essas desejem contrair matrimônio.

Quer dizer que, de forma diametralmente oposta à essência dos princípios consagrados pelo constituinte, o legislador infraconstitucional permitiu a subtração da plena capacidade para eleição do regime de bens por parte das pessoas idosas, ao impor-lhes, de forma injustificável, aleatória e discriminatória (DIAS, 2010, p. 4) o regime de separação obrigatória de bens. Trata, em linhas gerais, o idoso como se incapaz fosse, em que pese a idade não ser causa de incapacidade:

Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um (LÔBO, 2018, p. 318).

A inconstitucional e odiosa limitação restringe a plena capacidade das pessoas - que, adquirida no atingimento da maioridade, só pode ser afastada em situações extremas e através de um processo judicial de interdição, no qual permeia um rigor formal anômalo aos demais processos judiciais, o que “denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa” (DIAS, 2010, p. 4).

Desse modo, de acordo com a análise percuciente de Maria Berenice Dias:

Frente ao casamento, no entanto, tudo isso é olvidado. Quando alguém, após atingir a idade de 60 anos, quiser casar, ainda que não esteja impedido de fazê-lo, não pode dispor sobre questões patrimoniais e escolher livremente o regime de bens. Não dá para deixar de concordar com João Baptista Villela, ao afirmar que a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade (DIAS, 2010, p. 4).

Ainda consoante a autora:

A situação de absoluta injustiça levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377, simplesmente alterando o regime imposto pela lei. Ao autorizar a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou o Poder Judiciário tornando o dispositivo legal letra morta, transformando o regime da separação total de bens no regime da comunhão parcial. É vedada a livre escolha do regime de bens quando do casamento do idoso, mas não incide a mesma proibição para a alteração do regime (CC 1.639 § 2.º). No entanto, só existe tal possibilidade se o casamento aconteceu antes de um dos noivos ter atingido a idade de 70 anos (DIAS, 2016, p. 1108-1109).

Esta disposição é um dado evocativo de uma “concepção do envelhecimento como fator que merece uma intervenção paternalista por parte do legislador, pouco consentânea com o atual entendimento dos direitos fundamentais, do exercício da autodeterminação e da capacidade” (OLIVEIRA, 2013, p. 7).

A incongruência mostra-se ainda mais evidente quando evidencia-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa idosa - acertadamente - tem plena liberdade para decidir se deseja se casar ou não. Assim, apesar de poder escolher se casar, se tiver mais de 70 (setenta) anos, restará impedida de escolher livremente o regime de bens que irá vigorar na constância do casamento. Trata-se, pois, “de regra que está consubstanciada em premissa falsa, distante da realidade vigente, além de revelar indesejado ranço paternalista” (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 86).

Ressalte-se que jurisprudência reconhece a inconstitucionalidade da imposição da separação obrigatória ao idoso estabelecida pelo Código Civil. No julgamento da Apelação Cível nº 70017318940, julgado em 20/12/2006, cuja decisão foi proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no com relatoria da então Desembargadora Maria Berenice Dias, essa discordou, em voto pioneiro, a imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade.

Como bem pontuou, a imposição contraria a evolução social e jurídica, sendo destituída cientificidade ao inobservar o aumento da expectativa de vida no Brasil. Além disso, consagrou a Desembargadora que a regra viola a dignidade da pessoa humana, qualidade inerente e indissociável de todo e qualquer ser humano, relacionada com a autonomia, razão e autodeterminação do indivíduo.

## **A INEFICÁCIA PROTETIVA DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**

Ademais, a disposição do mencionado regime no artigo 259 do Código Civil de 1916, o qual dispunha que, apesar de se tratar do regime de separação total, no silêncio do contrato os princípios do regime de comunhão parcial de bens, prevaleceriam quanto a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, gerou um impasse quanto à sua aplicabilidade ou não no regime de separação obrigatória de bens, haja vista este resultar de uma imposição legal e não de uma disposição das partes.

Para dirimir a controvérsia, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 377, a qual, regulamentando o regime de separação obrigatória de bens, dispôs que, nele, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

A tentativa de explicação dessa razão desta norma remete ao argumento de que os idosos são mais suscetíveis a enganos e que podem ser induzidos a perder os seus bens, ao se casarem com pessoas que contrairam matrimônio com eles com o único intuito de se apropriar de seus bens. Tal justificativa, contudo, é falaciosa e imprecisa, haja vista a possibilidade de pessoas mais novas também poderem ser enganadas (DINIZ, 2015, p. 19).

Tais premissas, ademais, baseiam-se:

[...] na falsa ideia de que o relacionamento conjugal com pessoa idosa necessariamente estaria baseado em mero interesse patrimonial, em dar o “golpe do baú”, supondo-se que um enlace dessa natureza não poderia amparar-se no afeto mútuo ou no desejo de construir um projeto comum de vida. Sob essa ótica, todo casamento com contraente maior de setenta anos deveria ser observado com desconfiança, de tal sorte que essa pessoa mereceria, portanto, especial proteção do estado, para não vir a sofrer eventual dano patrimonial. Com isso, permite-se o casamento, mais se impõe o regime de separação total de bens (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 86).

Defender a imposição do regime de separação obrigatória sob o argumento de que ele atenua o “golpe do baú” termina por mascarar “o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material” (LÔBO, 2018, p. 318).

O resguardo do patrimônio da pessoa idosa, como fundamento à essa imposição, destina-se, em verdade, a assegurar que os bens sejam preservados para os seus futuros herdeiros, em evidente violação à regra que proíbe o estabelecimento de herança de pessoa viva (DINIZ, 2015, p. 20). Como bem explana Paulo Lôbo:

Nosso direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência (LÔBO, 2018, p. 318)

Busca-se, ao invés de valorizar a pessoa humana, proteger o patrimônio de futuros herdeiros que, não raramente, tentam coibir os atos da vida civil praticados pela pessoa idosa, o que ocorre, por exemplo, através de pedidos de interdição. O idoso, nessa contenda, “é impossibilitado de usufruir de tudo aquilo que construiu – com o que o ordenamento não pode compactuar” (DINIZ, 2015, p. 21).

Para o legislador, a velhice parece vir acompanhada da diminuição da capacidade de raciocínio, pois para a regra conforme passam-se os anos, aumentam-se as carências afetivas e, conseqüentemente os riscos de sujeitar-se a um casamento em que outro nubente tenha interesse meramente patrimonial e vantagens financeiras.

Ademais, pessoas dessa idade portam maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, o que nos inviabiliza de impedi-las de decidir por si mesmas, pois a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a regra presumi-la.

Irrazoável o raciocínio de impor um regime de bens a estas pessoas, como se não detivessem capacidades de discernirem se o casamento é meramente patrimonial ou não, ou ainda que fosse, de se sujeitarem a tanto, enquanto que um indivíduo nesta idade pode ser chefe de governo e de Estado, pode legislar, julgar, etc. Incoerente o indivíduo poder administrar um país inteiro, mas não fazer suas próprias escolhas.

Ressalte-se, também, ser desmedido a imposição de um determinado regime com vistas à proteção patrimonial se, no mesmo ordenamento, é possível que o titular de um patrimônio disponha dele livremente (DINIZ, 2015, p. 21). Dessa forma:

Essa limitação, além de injusta, revela-se ainda mais esdrúxula quando observamos que o idoso, por ser considerado absolutamente capaz, mantém a administração e disposição do seu patrimônio, podendo, a título de exemplo, celebrar contrato milionário de venda ou doação de bens, ficando impedido, contudo, de livremente escolher o regime patrimonial para o seu casamento. Ou seja, no tocante aos negócios jurídicos patrimoniais em geral, a lei considera a pessoa idosa apta a praticá-los livremente, entretanto, no que se refere ao casamento, essa mesma pessoa passa a ser tratada como inapta para um ato simples, que é o da escolha do regime de bens. É uma contradição intransponível, que fere a lógica do sistema (FERRAZ; LEITE, 2013, p. 86).

Acontece que, como a aparente razão dessa limitação da autonomia das pessoas idosas dizia (e diz) respeito à necessidade de proteção ao patrimônio dessas, de forma a presumir integralmente a sua incapacidade de discernir a contração de um matrimônio por meros interesses financeiros, a forma de ser do regime imposto termina por “proteger” menos, em termos quantitativos, do que os outros regimes de bens previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o regime de separação total convencional e o regime de comunhão parcial de bens.

Em outras palavras, significa dizer que, em que pese o argumento principal em favor da imposição do regime de separação obrigatória ser a proteção dos bens da pessoa idosa, o regime em comento termina por comunicar um maior número de bens do que os outros dois regimes acima referidos, pois, no regime obrigatório, a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento não é excepcionada em qualquer hipótese, diferentemente do que acontece no regime de comunhão parcial de bens, ao qual o Código Civil elenca um rol de bens que, embora adquiridos por um cônjuge na constância do casamento, não se comunicam com o outro.

Nesse sentido, Eduardo é enfático quanto a ineficácia e dissonância da disposição do regime de separação obrigatória de bens pela súmula 377 do Supremo Tribunal Federal:

Claro está que a edição da referida súmula aconteceu em outro contexto social e histórico, na década de 1964, quando a realidade social brasileira era diferente do atual contexto econômico-financeiro. De lá para cá, porém, vem recebendo duras críticas, pois a sociedade de modo geral sofreu grande evolução histórica e mudanças de conceitos, o que deixa mais evidente o desuso da súmula atualmente. Na década de 60, a pretensão do STF era, talvez, a de proteger os incautos contra o enriquecimento ilícito proveniente de aventureiros que se apropriavam de fortunas indevidas em decorrência do casamento com nubentes jovens e inexperientes. Sustentar tal hipótese na atualidade soaria, no mínimo, surreal. A evolução da sociedade brasileira em termos culturais (apesar do quadro econômico sofrível, conforme se comprovou) retrata uma realidade distinta, mais otimista, na qual o ingresso no casamento se materializa em bases totalmente diferentes, bastando para tal considerar dois aspectos fundamentais: 1) o ingresso da mulher no mercado de trabalho e 2) a igualdade constitucional de direitos e deveres entre marido e mulher (art. 226, §5o, da CF) (LEITE, 2018, p. 11).

## **A EVOCAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO MECANISMO APTO A GARANTIR A AUTONOMIA DA PESSOA IDOSA NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) traduziu uma mudança de paradigmas no tocante ao regime das incapacidades, de forma a reconhecer o pleno reconhecimento da autonomia das pessoas com deficiência psíquica e intelectual e a eliminar o precedente modelo protetivo pautado na substituição de vontades (MENEZES, 2015, p. 5).

Entendendo ser desmedido o ordenamento jurídico - ainda - se pautar em preceitos que consagram uma verdadeira substituição da vontade das pessoas idosas, assim como o é quando se trata de pessoas com deficiência, propõe-se, no presente artigo, a invocação de um instituto

consagrado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para que seja, também, utilizado como mecanismo de apoio aos idosos que, por própria iniciativa, admita necessitar de algum tipo de apoio para escolher o seu regime de bens.

A tomada de decisão apoiada, em síntese, é um mecanismo de apoio ao exercício da capacidade legal, instituído pelo novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Através dele, a pessoa com deficiência elege 3 (três) pessoas as quais possui afinidade, por livre iniciativa, para que essas a apoiem quanto decisões jurídicas patrimoniais ou existenciais:

Trata-se da “tomada de decisão apoiada”, que depende de processo judicial, sob rito de jurisdição voluntária, a ser conhecido pelas varas de família. A própria pessoa que necessita do apoio o requererá perante o juiz de primeira instância da justiça estadual, na comarca de sua residência, seguindo as mesmas regras de competência da curatela. No pedido, indicará duas ou mais pessoas com as quais mantenha vínculo e relação de confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão acerca dos atos da vida civil. A lei não restringiu a pessoa dos apoiadores como o fez em relação àqueles que são impedidos do exercício da curatela e da tutela (art.1.735, CC/2002). Porém, pela função que desincumbirão, devem estar no exercício pleno de sua capacidade civil. Uma vez que não haverá qualquer substituição de vontade ou mesmo a figura jurídica da assistência, é possível que a intenção do legislador haja sido a de garantir a máxima liberdade de escolha à pessoa com deficiência (MENEZES, 2015, p. 17).

Nas palavras de Joyceanne Bezerra, ainda:

[...] o apoio pode envolver o esclarecimento acerca dos fatores circundantes à decisão, incluindo a ponderação sobre os seus efeitos, além do auxílio na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Tudo para que a pessoa possa decidir de acordo com as suas preferências, mas com a ciência de todos os efeitos de sua escolha, incluindo-se aqueles mais gravosos. Ao fim, importa em garantir à pessoa o direito de decidir. Direito este que vem se convertendo em uma bandeira de luta humanitária, voltada para consolidar a mudança de paradigma na apreciação da autonomia do sujeito com deficiência (MENEZES, 2015, p. 16).

Desse modo, entende-se que, surgindo a tomada de decisão apoiada como um mecanismo apto a garantir a autonomia das pessoas com deficiência, consubstanciando uma forma mais branda de apoio do que a fixação de uma curatela, o seu aproveitamento pelas pessoas idosas para que essas possam exercer livremente a escolha do regime de bens que melhor lhes aprouver, sem que seja ceifada a sua autonomia por meio da imposição do regime de separação obrigatória de bens, traduz uma medida que melhor atende os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

A imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, por tudo o que foi assentado, significa uma verdadeira substituição de vontades, retratando uma sociedade de outros tempos, em que eventual limitação em razão da idade ou de deficiência física, psíquica ou intelectual fatalmente implicaria no enquadramento da pessoa ao limbo de não-direito, maquiada pela falácia da “super proteção”.

Consoante bem ilustra Joyceanne Menezes, “o modo como a sociedade reconhece ou nega essa condição de protagonizar a vida às pessoas, em geral, está refletido na forma como a lei trata o tema da autonomia e da tomada de decisões” (MENEZES, 2015, p. 14).

A supressão da regra de imposição obrigatória do referido regime de bens e a concessão de plena autonomia, somado à possibilidade de, se assim o convier, a pessoa idosa eleger 03 (três) pessoas para lhe prestar apoio para escolher o regime de bens mostra-se como medida viável a consagrar toda a principiologia inaugurada pela nova ordem constitucional.

## CONCLUSÕES

A imposição do regime da separação obrigatória de bens ao maior de setenta anos, prevista no art. 1.641, inciso II do Código Civil, mostra-se como regra evidentemente inconstitucional. A constitucionalização do Direito Civil propôs uma mudança no modo de pensar e fazer o Direito Civil, sujeitando suas normas aos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Os princípios por ela consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade inauguram uma nova ordem principiológica, aplicável direta e imediatamente sobre todas as relações privadas e normas infraconstitucionais.

A tutela jurídica do casamento deve estar alinhada aos valores adotados pela Constituição Federal. A imposição de um determinado regime de bens à um seletivo grupo, e razão da idade, contraria os ditames constitucionais ao consignar uma indevida e preconceituosa intervenção estatal na família, por meio da restrição à liberdade de escolha quanto ao regime de bens.

A razão de ser da referida imposição é exclusivamente patrimonialista, contrariando as ideias do direito civil-constitucional e em dissonância com os princípios consagrados pela Constituição Cidadã.

A imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade avançada dos nubentes viola o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

O primeiro diz respeito à garantia inerente a todos de terem o direito de serem tratados com respeito pelo Estado e pela comunidade, sendo frontalmente violada porque a norma em apreço confere ao idoso tratamento preconceituoso, reduzindo a sua capacidade e autonomia na condução dos interesses patrimoniais do casamento.

O direito à liberdade, ao vedar a interferência estatal na vida privada, e institui que o cidadão goza de autonomia para gerir os seus interesses, é violado porque a imposição obrigatória do regime de bens restringe a autonomia das pessoas idosas de forma desmedida.

O princípio da igualdade, por sua vez, é vulnerado pela imposição porque essa presume a incapacidade da pessoa idosa.

Atendendo à autonomia das pessoas idosas, a invocação do instituto da tomada de decisão apoiada se mostra como mecanismo apto a garantir o atendimento às vontades dos idosos quanto a escolha do seu regime de bens, se assim entenderem necessários.

A mudança de paradigmas de forma a retirar a imposição obrigatória de um regime e a colocar o poder de escolha nas mãos das pessoas idosas supera o viés paternalista e super protetor destinado às pessoas vulneráveis.

Por meio da tomada de decisão apoiada, em um contexto em que a escolha do regime de bens é livre às pessoas, qualquer que seja a idade, permite a iniciativa da pessoa idosa de, entendendo necessitar de apoio para tanto, venha a eleger 03 (três) pessoas de sua confiança, de modo que a sua autonomia e autodeterminação é plenamente assegurada, em consonância com a principiológica enlaçada na Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Publicado em: 10 set. 2010. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_546\)5\\_\\_amor\\_nao\\_tem\\_idade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_546)5__amor_nao_tem_idade.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019.



DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Fernanda Paula. **A interpretação constitucional do direito do idoso no Código Civil**. Publicado em: ago. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/33H9NA4>. Acesso em: 20 nov. 2019.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauco Salomão. Sobre o direito à liberdade da pessoa idosa. *In*: STEPANSKY, D; FILHO, W; MULLER, N (org.). **Estatuto do Idoso**: Dignidade humana como foco. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013. p. 79-88.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A “armadilha” do regime de separação de bens e a humanização do direito de família brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 17, 2018, p. 83-102.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. vol. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEZES, Joyceanne Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Os idosos no velho continente. **Revista IBDFAM**: O direito dos idosos. Porto Alegre, edição 02, agosto 2013. p. 5-9.

## DIREITOS HUMANOS, MOBILIDADE URBANA E ACESSIBILIDADE: REPERCUSSÕES PARA A PESSOA IDOSA

**Karina Bezerra de Oliveira Duarte**

Advogada (OAB/PE). Mestranda em Direitos Humanos (PPGDH-UFPE). Membro da comissão de Direitos Humanos (OAB/PE). Especialista em processo civil (UFPE).

**Ana Cláudia Rocha Cavalcanti**

Arquiteta e Urbanista. Mestre em Práticas do desenvolvimento (OXFORD BROOKES UNIVERSITY). Doutora em Desenvolvimento Urbano (UFPE). Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (UFPE).

### INTRODUÇÃO

As pessoas idosas têm enfrentado discriminação e preconceito em função dos traços marcados pelo envelhecimento, que os deixam sob menores condições produtivas, a exemplo por ausência da força física (ANDERSON, 2006). Percebe-se a necessidade de um tratamento diferenciado pela sociedade, que atualmente comunga de imediatismo e busca por performance, deixando para trás e ao mesmo tempo excluindo um público que é carente de atenção estatal.

A respeito do preconceito e exclusão de grupos sociais, assevera Boaventura de Souza Santos, que com a iniciativa dos grupos sociais discriminados e excluídos em se organizarem não só para lutar contra a discriminação e a exclusão, mas também para pôr em questão pautas sobre critérios dominantes de suas igualdades e diferenças, tipos de inclusão e exclusão que o legitimam, percebe-se o início de um processo de valorização (SANTOS, 2013).

Apesar de existirem vários mecanismos jurídicos de proteção aos direitos deste grupo no Brasil, a pesquisa buscará analisar violações existentes no tocante às barreiras expostas pela mobilidade urbana, através da inacessibilidade. Partindo desta premissa, há a seguinte pergunta: Quais as violações de direitos humanos da pessoa idosa à luz do direito à mobilidade e à acessibilidade?

Neste sentido, o objetivo geral desse trabalho consiste em analisar as violações de direitos humanos ocorridas contra a pessoa idosa à luz do direito à mobilidade e à acessibilidade. A pesquisa discute a posição social ocupada pela pessoa idosa no cenário jurídico-político, pontuando as causas de exclusão social. Verifica ainda os mecanismos de proteção nacional e internacional da pessoa idosa, identificando violações de direitos humanos ligadas à dimensão do direito à mobilidade e à acessibilidade.

A metodologia utilizada para a criação desse trabalho é a pesquisa descritiva de critério bibliográfico, conforme orienta Gil (2009), por meio de obras e autores que abordam o tema em questão. Foi realizada uma pesquisa documental, sendo esse modelo de estudo, aquele que se realiza através de pesquisas e registros. Dessa forma, (SEVERINO, 2007, ) destaca esses registros como:

Registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc. Utilizam-se dados de categorias teóricas já trabalhadas por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir de contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos.

O presente trabalho apoiou-se em pesquisas documentais, discussões e análise da literatura já publicada em forma de revistas, textos, artigos e livros. A revisão da literatura

realizada para esse estudo utilizou as bases de dados: Scielo e Google Acadêmico, por serem consideradas bases de dados virtuais de referência para publicações de teses, artigos, dissertações e pesquisas, conforme orienta Gil (2009).

Nesta busca, foram envolvidos os estudos que estivessem publicados em periódicos, revistas especializadas ou indexados nas referidas bases de dados, sendo excluídos documentos que apresentassem duplicidade entre as bases, ou cujo tema não analisasse o objetivo da pesquisa.

Considerando que as pessoas idosas representam o passado, o presente e o futuro, este trabalho conclui que é indispensável a efetivação de políticas públicas que busquem a garantia do usufruto do direito à cidade, pois as barreiras e os desafios da acessibilidade que ocasionam as violações do direito de ir e vir dos idosos, acaba por resultar na falta de inclusão social, falta da efetiva participação no processo de cidadania e no cumprimento da proteção jurídica que possui um valoroso contexto Constitucional.

## **DIREITOS HUMANOS, MOBILIDADE E ACESSIBILIDADE: REPERCUSSÕES PARA PESSOA IDOSA E SEUS DESAFIOS**

Os Direitos Humanos são princípios internacionais que têm por objetivo resguardar a integridade da pessoa e seus direitos socialmente reconhecidos. Para a garantia dos direitos humanos foi necessário que se levantassem movimentos que lutaram contra a opressão (CABRAL, 2005). É finalidade dos Direitos Humanos, garantir aos indivíduos o acesso à liberdade, a habitação, ao trabalho, a Educação, além de outras necessidades. O grande desafio para garantir a liberdade encontra-se nas mudanças econômicas, sociais e políticas, que se mal administradas podem gerar dependência e exploração da população (COMPARATO, 2011). Cabe ao Estado, zelar pelas garantias dos Direitos Humanos. O Brasil, assim como outros países são signatários de tratados que resguardam esses direitos.

Desta forma, pode-se cobrar dos administradores públicos as obrigações devidas aos cidadãos, possibilitando desta forma uma sociedade mais justa (DEBERT, 2006). A sociedade possui legitimidade para exigir do Estado as garantias de que os direitos humanos serão respeitados. Dentre estes direitos estão os sociais e, nesta pauta, os direitos dos idosos, que em consequência da longevidade da população, vêm ganhando espaço. Desta maneira, alerta Norberto Bobbio (2004), para atenção que deve ser dada na era contemporânea em relação aos direitos do homem, principalmente tendo em vista a contínua e dolorosa multiplicação das violações desses direitos.

Na mesma linha de raciocínio e, ainda usando as ideologias do autor, podemos entender perfeitamente a distinção que ele busca mostrar com base em diferentes critérios dos seres humanos. Por isso, Bobbio enfatiza sobre o processo de multiplicação por especificação dos diferentes seres que necessitam de pautas e agendas políticas específicas no âmbito dos direitos sociais, pois o mesmo afirma de maneira plausível, que os critérios de diferenciação não permitem igual tratamento e igual proteção. É o que foi visto em 1982, na primeira assembleia sobre o envelhecimento, sobre os direitos dos idosos.

O fato das pessoas estarem vivendo mais é considerado atualmente um fenômeno mundial, não sendo apenas um privilégio dos países desenvolvidos, pois ocorre também de modo crescente nos países em desenvolvimento. Vale salientar que no Brasil, as pessoas com sessenta anos ou mais são consideradas idosas, conforme consta no marco legal da Política Nacional do

Idoso, no Estatuto do Idoso, bem como, na resolução 39/125 de 1982 da Organização Das Nações Unidas.

Conforme Drane e Pessini (2013), tem havido um aumento considerável de pessoas idosas no mundo, com o passar dos tempos a expectativa de vida tem aumentado e chegar na terceira idade torna-se algo relativamente comum. É sobre este crescimento que abordaremos na sessão adiante.

## O CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA E A PREOCUPAÇÃO LEGISLATIVA

Tema de relevante importância social é o crescimento da população idosa. No Brasil, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que no ano de 2025 este país será o sexto mais envelhecido do mundo, com mais de trinta e quatro milhões de idosos, e que até o ano de 2050 cerca de um quinto da população mundial será composta de idosos, aumentando-se a proporção para um terço nos países desenvolvidos (FREITAS JR, 2008). Em relação ao aumento da proporção da população de idosos no Brasil, Silva Jr. afirma que:

O envelhecimento da população é hoje o maior fenômeno experimentado pela sociedade brasileira. Esse crescimento relativamente elevado do contingente idoso significa mudanças efetivas não só na estrutura etária, mas, sobretudo nas estruturas familiares e sociais. Neste contexto, o idoso precisa construir uma nova identidade social. O idoso precisa manter sua autonomia e exercer sua cidadania de tal forma que suas necessidades sejam refletidas em todos os segmentos, principalmente na legislação. (SILVA, 2006.P. 157).

A população idosa do Brasil enfrenta um despreparo por parte da sociedade como um todo. Porém, nossos legisladores percebendo o problema, aprovaram uma lei de proteção ao idoso. Em 1<sup>o</sup> de outubro de 2003 foi sancionada a Lei 10.741, denominada de Estatuto do Idoso, um considerável avanço para a população idosa.

Vale salientar que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 230, determina que "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas. Cumpre também reverenciar o art. 3<sup>o</sup>, inciso IV da Carta Magna, onde destaca-se como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, **idade** e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Adiante, a Constituição Federal de 1988 salienta o princípio da solidariedade social, dividindo a obrigação para com os idosos entre família, Estado e sociedade. Observe-se:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1<sup>o</sup> Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2<sup>o</sup> Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, percebe-se que a Carta Magna se preocupou em assegurar ampla proteção àqueles com idade longa, não apenas estatal, mas através da solidariedade social, buscar cooperação e promover o bem-estar para todos os idosos. Porém, observam-se divergências pois, de um lado busca-se o direito ao bem estar e à dignidade e demais necessidades; e por outro, um

alarmante fato social de violações desses direitos, sobretudo no que tange à mobilidade e acessibilidade para esse público. Adiante abordaremos esses dois aspectos.

## O DIREITO DA PESSOA IDOSA

Podemos dizer que o direito e proteção aos idosos teve seu marco internacional no ano de 1982, com a primeira assembleia mundial do envelhecimento, realizada pela Organização das Nações Unidas, a qual formulou e estabeleceu uma agenda de políticas públicas para a população idosa ocorrida em Viena. Nesta ocasião, foi aprovado o plano internacional de ação para velhice tendo estabelecido 62 determinações para melhorias na saúde, proteção ao consumidor idoso, habitação, nutrição, educação, bem estar social dentre outros (ONU, 2019a).

Neste contexto internacional, em 1992 foi desenvolvido pela mesma assembleia a aprovação da proclamação sobre o envelhecimento, estabelecendo o ano de 1999 como o ano internacional das pessoas idosas em reconhecimento da Longevidade demográfica da humanidade (ONU, 2019b).

No Brasil, em 1988 é visto, pela primeira vez na constituição, os direitos e garantias das pessoas idosas. Assim, pelos dispositivos constitucionais, mais precisamente o artigo 230 da constituição se percebe a implementação das garantias fundamentais para este grupo.

Em 1994, também no Brasil, surge a Política Nacional do Idoso formulada pela Lei 8.842/1994, trazendo em seu bojo o objetivo de assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. A partir desta lei é perceptível que começa a surgir de forma específica a preocupação do legislador com as causas de mobilidade e acessibilidade. É o que notamos com a leitura do artigo 10, inciso V, da referida norma que assim aduz:

Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos:

V - na área de habitação e urbanismo:

- a) destinar, nos programas habitacionais, unidades em regime de comodato ao idoso, na **modalidade** de casas-lares;
- b) incluir nos programas de assistência ao idoso, formas de melhoria de **condições de habitabilidade** e adaptação de moradia, considerando seu estado físico e sua independência de locomoção;
- c) elaborar critérios que garantam o acesso da pessoa idosa à habitação popular;
- d) **diminuir barreiras** arquitetônicas e **urbanas** (BRASIL, 1994, grifos nossos)

Passados 15 anos da promulgação da Constituição da República, não obstante os mecanismos já existentes, foi necessário o surgimento do Estatuto da Pessoa Idosa para tratar de forma específica as demais necessidades deste grupo social.

Nesta perspectiva, construindo a evolução histórica dos direitos e garantias dos idosos, no ano de 2003, no Brasil, surge o Estatuto do Idoso. Portanto, o idoso será, em geral, definido como bem preleciona o artigo primeiro da Lei 10.741/2003, sendo a pessoa de 60 anos ou mais. Assevera em seu artigo primeiro, que esta norma é instituída para regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo visível à adoção do critério etário.

Sabendo que se trata de um grupo social vulnerável por suas limitações, relacionadas aos declínios visual, da memória, bem como reduções de habilidades, saúde física e mental (PERRACINI; RAMOS, 2002), é notável a necessidade de implementação de formas eficazes em

relação à mobilidade. Entretanto, para que haja a efetiva inclusão é necessário maior atenção e aplicação de políticas públicas efetivas, com o fim de exclusão das barreiras da acessibilidade, tema de exploração da presente pesquisa.

Frise-se que a partir dos atos legislativos de proteção à pessoa idosa, foram criados novos benefícios e vários meios específicos de proteção que vão desde a preferência à não violação de direitos físicos e psíquicos, até a preferência em locais de atendimento ao público (ANDERSON, 2006).

De acordo com Uvo e Zanatta (2005), o Estatuto da pessoa idosa marca a legalidade na conscientização do país. A partir dele a sociedade foi despertada a respeitar os idosos, assim como os mesmos possuem garantias para exigir que os seus direitos sejam respeitados. Entretanto, para Néri (2005), os direitos elencados no estatuto da pessoa idosa, não consistem em situações reais e ainda poderá criar situações favoráveis para aumentar os preconceitos. De modo que se percebe essa falta de consistência real, quando a população idosa se depara com a falta de uma cidade planejada respeitando os direitos e a sua devida inclusão.

Continuaremos com a abordagem, demonstrando as situações que violam os direitos das pessoas idosas, no que tange à mobilidade e acessibilidade.

## **ENVELHECIMENTO E AUTONOMIA: MOBILIDADE, ACESSIBILIDADE E DESAFIOS**

O tema direitos humanos, mobilidade urbana e acessibilidade, com viés nas repercussões para a pessoa idosa, têm se mostrado muito relevante, tendo em vista os alarmantes casos de violações de direitos desse grupo quando se deparam com uma cidade excludente. Gomide e Carvalho (2016) destacam que a mobilidade urbana é fator fundamental para que as pessoas realizem as atividades indispensáveis a seu pleno desenvolvimento humano, além de imprescindível para o desenvolvimento econômico das cidades.

Por outro lado, importante mencionar a Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável (PNMUS), instituída pela lei nº 12.587 em 03 de janeiro de 2012, pois esta traz a ideia de que o desenvolvimento urbano deve ser centrado nas pessoas que transitam, buscando construir cidades justas, que respeitem o direito à cidadania e a satisfação individual e coletiva em alcançar os destinos desejados.

Considerando a mobilidade como ferramenta de autonomia e inclusão, visto que é um dos fatores responsáveis pela qualidade de vida e do envelhecimento e participação social do indivíduo, passaremos a utilizar da aprendizagem do que venha a ser mobilidade e acessibilidade.

Assim, Alves, ensina que mobilidade, do Latin. *mobilitate*, é qualidade ou estado daquilo que é móvel ou que obedece às leis do movimento. Já acessibilidade do Latin. *accessibilitate*, é qualidade de ser acessível; facilidade na aproximação, no trato ou na obtenção. (ALVES, 2019).

Nesta abordagem específica, podemos concluir em relação à “urbanismo e envelhecimento”, que a facilidade no deslocamento para os idosos tem papel fundamental e decisivo em suas vidas e valor econômico considerável, pois, de acordo com a facilitação, viabilização dos seus deslocamentos, vão poder se incluir no processo produtivo da sociedade (FERNANDES, 2000).

Sendo assim, cresce cada vez mais a necessidade de buscar a efetivação de um tratamento especial, reconhecendo que estes cidadãos são seres humanos que devem gozar de seus direitos de requerer mecanismos compensatórios para que suas dificuldades e limitações funcionais não implique na redução de sua mobilidade. Portanto, os direitos dos idosos, em relação à mobilidade e na perspectiva da acessibilidade, são direitos que não devem apenas fazer parte de registros

legais, mas sim tecer ações que permitam seu efetivo uso promovendo dignidade, segurança, autonomia e liberdade de ir e vir em qualquer ambiente.

Outro ponto específico neste contexto é reconhecer que as atividades do Estado que promovem o acesso a saúde dos idosos, constitui importante instrumento para um envelhecimento saudável (CABRAL, 2005).

A bioética também vem se interessando cada vez mais pela temática do envelhecimento, propondo reflexões sobre o idoso na sua relação com as demais gerações e a participação social e inclusão no cenário atual (DRANE; PASSINI, 2005). O envelhecimento e a autonomia nesses aspectos andam como elementos que devem estar interligados. Por autonomia pretende-se dizer que o indivíduo deve ser tratado como agente autônomo, porém, quando tem esta autonomia diminuída é necessário protegê-la.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu e elucidou princípios considerados fundamentais para a garantia dos direitos humanos, quais sejam: liberdade, igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana.

Desta forma, promover políticas públicas que promovam a saúde do idoso, que combatam a incapacidade funcional, é uma forma de preservar a dignidade do idoso e de afastar os mesmos de hospitalizações desnecessárias e mesmo asilamento (DALMÁSIO; NEMES, 2006). Tais políticas têm como consequência positiva um envelhecimento saudável promovendo autonomia para este grupo.

## **VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS: OS ALERTAS DAS REPERCUSSÕES URBANAS**

A Organização Mundial de Saúde traz consigo um pensamento no qual a mobilidade é um ponto primordial para que os idosos consigam envelhecer de maneira prática e saudável. Nesta perspectiva, não se pode tratar o ato de ir e vir apenas como um direito assegurado na Constituição Federal de 1988, mas também como um meio no qual o idoso possa conviver com o seu entorno e encontrar quem lhe faz bem (BESTETTI; GRAEFF, 2017).

De acordo com dados estruturados pelo IBGE, até o ano de 2060 a taxa de idosos com mais de 65 anos aumentará cerca de 15%, totalizando 25,5%. Ou seja: Um a cada quatro brasileiros será idoso, logo, é importante que haja cuidados para a melhoria de vida das pessoas nessa fase da vida (G1, 2019a). Um fato interessante de se salientar é que no território nacional 93,8% dos idosos vivem em locais que não são acessíveis, como apartamentos e casas que não tem rampas por perto; 24% vivem em locais no qual não há calçadas e mais de 30% dos idosos sofrem com algumas dificuldades relacionadas à sua mobilidade, como subir escadas, caminhar, dentre outros (G1, 2019b).

O jornalista e professor de gerontologia, Jorge Félix, explicou em entrevista para o G1 do jornal da Globo (G1, 2019b), que uma cidade amiga é possível, e a nós cabe a pergunta, e como seria essa cidade amiga? Isso é uma realidade em nosso país? Estamos diante de violação de direitos humanos e de violação de direito fundamental da pessoa idosa? Em resposta o professor propõe cinco possíveis caminhos que alertam e repercutem no cenário urbano, sendo eles: Os carros com velocidade reduzida; o sinal de trânsito precisa ser bem visível e com tempo maior para deslocamento, instalação de rampas em espaços públicos, as calçadas precisam ser largas e com piso regular, as ruas precisam ser asfaltadas e com piso regular. Mediante a prática das cidades de implementação e efetivação de políticas de mobilidade nesse sentido, uma parcela de direitos restará garantidos e as pessoas idosas terão facilidade de participar da vida social com mais fluidez.

Segundo Garrido e Menezes (2012), a qualidade de vida do idoso depende da ação do Estado em estimular e dar apoios apropriados para que os idosos consigam superar as barreiras encontradas, é preciso propor oportunidades para participação e inclusão social. Sem sombra de dúvidas um dos maiores atributos que podem ocorrer em uma cidade é a mobilidade urbana, que traz consigo benefícios como a capacidade de deslocamento aos indivíduos. Alguns dos compositores essenciais da mobilidade urbana são os ônibus, calçadas e ruas bem estruturadas, dentre outros. Eles são usados para educação, saúde, lazer, cultura e trabalho. Tudo isso faz parte da mobilidade e acessibilidade.

Vale destacar que, muito embora “mobilidade” e “acessibilidade” sejam conceitos próximos, é importante não confundi-los. Mobilidade é a capacidade de pessoas e cargas se deslocarem nas cidades visando à execução de suas atividades. Já a acessibilidade é possibilidade que as pessoas têm de atingir os destinos desejados. Até 2012, as questões de mobilidade eram embasadas por ações restritas dos municípios reduzidas apenas à melhoria do transporte urbano e considerando a capacidade do governo federal para financiar e apoiar tais práticas. (NANBA, 2018, p.28).

Por intermédio deste ato, a Lei 12.587/2012 tem como objetivo primordial valorizar a Mobilidade Urbana e dispor de diversos meios para que possa haver a integração dos mais diferentes modos de transportes, além de que garante aos cidadãos a mobilidade e a acessibilidade de pessoas e cargas para todo o território nacional.

Em muitas cidades, projetos são desenvolvidos na criação de semáforos inteligentes no intuito de proporcionar uma travessia mais segura, e, com isto, diminuir as estatísticas de acidentes. Estes semáforos inteligentes podem através de um cartão disponibilizado ao idoso, sinalizar através do sistema disponível no semáforo, que trata-se de uma pessoa idosa e que tem dificuldade de mobilidade. Diante desta informação, ao abrir o sinal o tempo para que o pedestre atravesse é aumentado em 50%. Outras ações, como a construção de rampas para acesso a calçadas e prédios, também já são muito comuns em capitais e cidades metropolitanas (G1, 2019b).

Enfrentar calçadas, caminhadas na orla de praias, frequentar praças e parques e ainda circular por condomínios fechados com área de lazer a exemplo, exige um pouco mais de conforto e segurança, sendo indispensável para o exercício da cidadania das pessoas idosas. Portanto, atenção a este assunto deve sempre existir e se concretizar através de políticas públicas bem direcionadas e que visem a inclusão dos idosos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A expectativa de vida no Brasil é de aproximadamente 75 anos, logo, percebe-se que é fundamental entender o que se pode fazer para que os idosos tenham uma vida saudável e para garantir e efetivar os seus direitos nesse longo tempo.

Para que isso seja possível, este trabalho apresentou uma problemática interessante acerca da vida dos idosos, no que tange às repercussões da mobilidade urbana, tida como ferramenta de participação, de in/exclusão social e de elemento de concretização dos direitos humanos.

No presente estudo, alertou-se que há diversos mecanismos de proteção e direitos postulados para os idosos, entretanto, existe também, violações dos direitos desse grupo quando se trata da falta de mobilidade e acessibilidade. Todavia devem ser elaborados meios para que as cidades e principalmente os centros públicos sejam mais acessíveis em vista das dificuldades e problemas de saúde que os idosos desenvolvem na sua fase final, semelhantes às ações enfrentadas para a travessia de uma rua num semáforo como exemplificação do acima.



Portanto, em razão dos fatos e argumentos dissertados ao longo deste texto e discutidos com o intuito de apresentar o que a legislação diz, e o que é enfrentado na sociedade atual, se pode afirmar que ações mobilizadoras, postuladas na Lei da mobilidade Urbana repercutem positivamente na vida dos idosos.

Os resultados da presente pesquisa, também apontam que ações realizadas por políticas públicas que tenham como objetivo principal uma acessibilidade universal, o desenvolvimento sustentável e a equidade no acesso ao transporte público coletivo, como a eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte e na circulação urbana são caminhos positivos para melhor atender as expectativas sociais das pessoas idosas, porém, muito ainda precisa ser proposto.

Conclui-se que, a política de mobilidade urbana se relaciona intimamente com a sustentabilidade, possibilitando-nos caminhar em direção a um futuro que privilegie o bem-estar das pessoas, principalmente daquelas idosas. Essas pessoas representam o passado, o presente e o futuro da nação, portanto, assegurar e efetivar mobilidade e acessibilidade para este grupo, é respeitar os direitos humanos e fundamentais de toda sociedade. Aponta-se a urgência em ampliar o debate e enfrentar os desafios de reduzir as barreiras físicas que reduzem a qualidade de vida do idoso ao circular nas cidades brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Mário J. **Mobilidade e acessibilidade: conceito e novas práticas.** Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as\\_sdt=0%2C5&q=mobilidade+e+acessibilidade+conceito&oq=Mobilidade+e](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=mobilidade+e+acessibilidade+conceito&oq=Mobilidade+e). Acesso em: 24 ago. 2019.

ANDERSON, M. I. P. **Saúde e condições de vida do idoso no Brasil.** Textos Sobre Envelhecimento 2006 Jun 22; 1(1). Brasil. Ministério da Saúde. Portaria 1395/Gm de 10 De Dezembro De 1999. Política de Saúde do Idoso. Brasília, 2006 Out 25.

BESTETTI, Maria L Trindade; GRAEFF, Bibiana. **Habitação e cidade para o envelhecimento digno.** Portal Edições, 2017.

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

BRASIL. **Lei 8.842/1994, dispoendo sobre a Política Nacional do Idoso.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm). Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. **Lei 12.587/2012, dispoendo sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2012/lei/l12587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/l12587.htm). Acesso: em: 01 set. 2019.

CABRAL, Plínio. Porto Alegre: Sagra LUZZATTO, 1998. **As Políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressas no estatuto do idoso.** Terceira Idade, V.16, N.34, P.7-24, 2005.

CABRAL, Plínio **O Fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento, maturidade e velhice: trajetórias individuais e sócio-culturais.** Campinas: Papiros, 2011. P.11-52.

COSTA, S. I. F. **Bioética clínica e a terceira idade.** 7º Congresso Brasileiro de Bioética; 2005, Set; Foz do Iguaçu, Brasil.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA. 2006. **Anais da I**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

DALMASO, A. S.W; NEMES, Filho, **A Promoção à saúde**: manual de condutas médicas. 2006 Fev 20. Disponível em: <Http://Bvms.Saude.Gov.Br/Bvs/Publicacoes/36>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DEBERT, G. G.; SIMÕES, J. A. **Envelhecimento e velhice na família contemporânea**. 2. ed. Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara KOOGAN, 2006.

DRANE, J, PESSINI, L. **Manual de condutas bioética, medicina e tecnologia, desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo (SP): Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola; 2013.

FERNANDES, J. C. Urbanismo e envelhecimento: algumas reflexões a partir da cidade de Uberlândia. **Revista On Line Caminhos de Geografia**, dezembro, 2000, v. 1, n. 2, p. 31-49. Programa de Pós Graduação em Geografia. Instituto de Geografia UFU.

FERNANDES, A.S, **Experiências e Desafios da Atenção Básica e Saúde da Família: Caso Brasil**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; 2008.

FREITAS JR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

G1. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE**. 2019a. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

G1. **Calçadas largas e com piso regular podem ajudar a mobilidade dos idosos**. 2019b. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2019/06/19/calçadas-largas-e-com-piso-regular-podem-ajudar-a-mobilidade-dos-idosos.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2019.

GARRIDO, R, MENEZES, P. R. O Brasil está envelhecendo: boas e más notícias por uma perspectiva epidemiológica. In: **Revista Brasileira de Psiquiatria**. 2012; 24 (Supp1):3-6.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. CARVALHO, Carlos Henrique de. **Transformações e tendências recentes na regulação nos serviços de ônibus urbano no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

NANBA, Vania. **Acessibilidade e Mobilidade urbana**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/59354/VANIA%20FARIAS%20ALIONCO%20NANBA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 ago. 2019.

NÉRI, A. L. As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressa no Estatuto do Idoso. **A Terceira Idade**, v.16, n.34, p.7-24, 2005.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Assembleia Mundial sobre envelhecimento: resolução 39/125**. Viena: Organização das Nações Unidas; 1982. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 02 ago. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **A ONU e as pessoas idosas**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em 30 nov. 2019.

PERRACINI, Mônica. RAMOS, Luiz. Fatores associados a quedas em uma coorte de idosos residentes na comunidade. **Revista de Saúde Pública**, 2002. Disponível em: [https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102002000700008&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102002000700008&script=sci_arttext). Acesso em: 24 ago. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí. São Paulo: Cortez, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, J.C. Da Velhice e assistência social no Brasil. **A Terceira Idade**, v.17, n.54-64, 2006.

UVO, R. T.; ZANATTA, M. de L. A.L. O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso. **A Terceira Idade**, v.16, n.33, 2005.

TÔRRES, M. M. & SANTOS, M. A. A. dos. Inclusão social de idosos: um longo caminho a percorrer. **Rev. Ciências Humanas**, UNITAU. V 1, n 2, 2008.

# A NATURALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA MULHER: A PROSTITUIÇÃO E SUA REGULAMENTAÇÃO POR UMA ANÁLISE FEMINISTA

**Maria Luísa de Melo Barroca**

Graduanda em Direito (UFAL)

## INTRODUÇÃO

Tratar a prostituição como mera escolha é ignorar todas as circunstâncias que levou a mulher a esse meio. Existente na antiguidade grega e tomada como única solução por muitas mulheres na Revolução Industrial. A visão defendida no trabalho é a de que não há livre arbítrio para a mulher que não encontra outra condição de se manter, pois se submete a uma situação que pode envolver ocorrências degradantes e às vezes relacionadas à violência física e outras ordens por parte dos prostituintes.

Considerar a prostituição como profissão é normalizar e naturalizar a exploração da mulher, o pagamento não é uma forma de obter consentimento e sim uma forma de coerção, é estupro pago. A escolha do tema veio de recentes debates acerca de regulamentação da prostituição, trazendo a prostituição como uma forma de empoderar a mulher e como uma escolha dela, porém, o suposto empoderamento da prostituição é uma forma de manter as mulheres aprisionadas as vontades dos “clientes”, em sua maior parte homens, disfarçada de liberdade de escolha. Debates também sobre como a prostituição pode ser considerada uma forma de opressão da mulher como mulher, sendo assim, atinge a todas as mulheres.

O trabalho, mesmo indo contra a prostituição como é hoje, se atém em expor a prostituição realizando contrapontos de dois viés feministas, o feminismo radical, que defende a extinção da prostituição e o viés do feminismo liberal, que no geral, defende a prostituição como profissão e escolha da mulher.

Para isso, o trabalho se divide em três capítulos, o primeiro realizando uma análise de momentos onde a prostituição tomou relevante proporção e sua inserção no Brasil por meio da colonização. No segundo capítulo são expostas as consequências e relatos de experiência de mulheres que viveram isso, expondo a prostituição como uma realidade e que está presente no dia a dia de algumas mulheres. Por fim, no terceiro capítulo, há a análise da legislação da prostituição em um país completamente descriminalizado, dos projetos de lei que ganharam destaque no Brasil, sendo esses o PL 4211 de 2012 do ex-deputado Jean Wyllys e o PL 98 de 2003 do ex-deputado Fernando Gabeira e questionamentos respeito de como o Estado tornaria efetiva essa legislação, mostrando as falhas desses projetos de lei, que não se enquadram à realidade brasileira, ainda no mesmo capítulo, em oposição a descriminalização é exposto o modelo nórdico pra a prostituição e o sistema de Cuba, o primeiro implantado inicialmente na Suécia e adotado em seguida por outros países como a Noruega, tomou medidas para tornar a extinção da prostituição cada vez mais real impondo sanções para a compra de sexo, e em Cuba, além de criminalizar o proxenetismo também são promovidos programas de prevenção às causas que geram o fenômeno.

A pesquisa realizada para fundamentar o trabalho consistiu no levantamento bibliográfico de artigos e livros relacionados ao tema, como a obra Segundo Sexo da Simone Beauvoir e A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra de Engels. Além disso, foram analisados os Projetos de Leis nº 98 de 2003 e nº 4211 de 2012. Portanto, os argumentos propostos são resultado de

verificação e interpretação de bibliografia feminista e de relatos disponíveis online de mulheres que já se prostituíram.

Não se busca aqui trazer uma solução para o problema que é a prostituição no Brasil, mas debater o que está envolvido além de um pagamento por sexo e validar o pensamento de qual é a situação em que estão as mulheres que recorrem a prostituição e como a sua regulamentação vai atingi-las, sendo benéfica apenas para os prostituidores e visando o lucro dos cafetões e donos de bordéis.

## A PROSTITUIÇÃO ENQUANTO ELEMENTO HISTÓRICO

A expressão que traz a prostituição como a profissão mais antiga do mundo carrega consigo um debate, pode essa ser considerada e regulamentada como uma profissão? Há dignidade para quem se prostitui? O viés do feminismo liberal defende a regulamentação da prostituição, pois o corpo é da mulher e essa quem decide o que fazer com ele, enquanto que o feminismo radical, viés aqui utilizado, prega o abolicionismo da prostituição, pois hoje, a mulher não escolhe a prostituição entre uma gama de opções, ela encontra nisso, mesmo que com todas as opressões, um meio para conseguir sobreviver. Trazer a prostituição como a profissão mais antiga do mundo é uma maneira de naturaliza-la, perpetuar a ideia de algo normal e natural. Geralmente exercida por mulheres, passou por diversas mudanças em seus aspectos, desde quem são as mulheres a se prostituir até os motivos que as levam ao ato.

Na antiga civilização grega, (CECCARELLI, 2008, p. 2) a prostituição era tida como uma forma como qualquer outra de obter rendimento e estava sujeita ao controle do estado por meio do pagamento de impostos pelas prostitutas, estas podiam ser classificadas em categorias, como as hetairas que eram conhecidas pela inteligência e possuíam grande relevância social. Contudo, não foi assim desde o início da história grega, tendo essas prostitutas tomado relevância após serem marginalizadas.

A Grécia foi o primeiro país a cafetinar mulheres. Na vida social da Atenas clássica as mulheres foram, sistematicamente, perdendo direitos. Os responsáveis por isto foram vários ditadores homens, dentre os quais destaca-se Sólon, no século VI a.C. Ele implementou um programa de leis que regulamentou o lugar de todas as mulheres na sociedade. O lugar da mulher era o espaço doméstico, sua educação era exclusivamente voltada para isto, ela tinha uma série de restrições em relação a sair de casa, era proibida de possuir ou herdar qualquer propriedade, vivia sob o controle do pai, posteriormente, do marido, e, se este morresse antes dela, do filho mais velho. Para o ditador, as mulheres eram todas divididas em duas categorias: Esposas ou prostitutas, de modo que qualquer mulher que tentasse ter uma vida independente de um homem, as estrangeiras, as pobres e as escravas eram enquadradas na segunda categoria o que, muitas vezes, de fato acontecia, pois possuíam poucas opções de sobrevivência além da prostituição.

A prostituição em Atenas expandiu-se como nunca. Percebendo-a como uma boa fonte de lucros, Sólon instituiu os bordéis oficiais administrados pelo Estado. Nestes bordéis, prostituíam-se escravas, que vivam em péssimas condições, moradias insalubres e apertadas, análogas à celas e seus ganhos, controlados pelo Estado, não eram pagos à elas, mas a um funcionário que administrava o bordel, muito dificilmente chegando até elas. Este foi o primeiro tipo na história de cafetinagem das mulheres. (AFONSO; SCOPINHO, 2013, p. 2)

A igreja também teve papel relevante na história da prostituição, tentando desempenhar um controle sobre o corpo das mulheres, como dito por Mercedes Lima (2018), a partir do século XII, igreja tenta tornar a sexualidade uma questão no âmbito do Estado, ocorrendo uma tentativa eclesiástica de regular o comportamento sexual das mulheres, politizando a sexualidade, para isso, utilizavam o sagrado para evitar mulheres e sexo.

Mais adiante, durante a Revolução industrial (CECCARELLI, 2008, p. 3), com a entrada das máquinas nas fábricas e as mudanças nas condições de trabalho, a fase de transição de manufatura para a grande indústria fundada no maquinismo foi fundamental para a precarização das distintas classes trabalhadoras, assim, mulheres se depararam com grandes desigualdades enfrentadas em relação aos homens, assim, prostituir-se passou a ser a única opção de obter condições de vida para algumas mulheres.

Como explicado por Engels em uma de suas obras, os trabalhadores nesse momento da história estavam sendo tratados igualmente como animais, dessa forma, atingindo diretamente as prostitutas existentes e a inserção de mais prostitutas na Inglaterra.

Quando se colocam pessoas numa situação que só pode convir ao animal, só lhes resta revoltarem-se ou mergulharem na bestialidade. E quando, além disso, a própria burguesia participa em boa parte no desenvolvimento da prostituição — das 40.000 prostitutas da vida que enchem todas as noites as ruas de Londres, quantas que a virtuosa burguesia sustenta? Quantas deverão a um burguês que as seduziu a obrigação em que se encontram de vender o corpo aos passantes, para poderem viver? (ENGELS, 1975, p. 172, tradução nossa)

Como dito por Nalu Faria, Sonia Coelho e Tica Moreno (2013, p. 3), “A prostituição é uma construção histórica, que foi modificada e adaptada a cada época, mas podemos dizer que desde o início combina aspectos da sexualidade, da família, das relações econômicas e de poder em cada sociedade”. Dessa forma, o Brasil, país que se estruturou a partir do colonialismo e do meio de produção escravagista, herdou para si um passado repleto de estupros de mulheres indígenas e de mulheres negras que foram hiper sexualizadas e marginalizadas. Assim, a prostituição que ocorre hoje no país é também reflexo dessa colonização, pois, a grande maioria das mulheres que hoje recorrem ao meretrício são aquelas deixadas à margem da sociedade, que historicamente já foram subjugadas.

No Rio de Janeiro dos anos 1840, quando os médicos começaram a estudar a prostituição como um "fato social", a escravidão era uma referência obrigatória, e não apenas como metáfora de degradação moral: a maioria das prostitutas na corte imperial brasileira era de escravas negras.

[...]

Numa cidade em que a maior parte do trabalho era associado à escravidão, reconhecer que uma mulher de maior idade podia ser coagida ao trabalho sexual não era nada difícil. Nas teses médicas sobre prostituição que começaram a aparecer em meados do século XIX, a prostituição recorrentemente associada à escravidão. (PEREIRA, 2005)

O Brasil carrega em suas veias as cicatrizes deixadas pela colonização, por conseguinte, os aspectos que se firmaram com a chegada dos europeus são até hoje alvo de resistência diariamente, sendo a batalha diária de grande parte da população.

A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista. Ela é que incandesce, ainda hoje, em tanta autoridade brasileira predisposta a torturar, seviziar e machucar os pobres que lhes caem às mãos. Ela, porém, provocando crescente indignação nos dará forças, amanhã, para conter os possessos e criar aqui uma sociedade solidária. (RIBEIRO, 1995, p. 120)

A falta de emprego e a miséria levou e leva muitas mulheres a recorrerem a situações extremas, é ingenuidade acreditar que as mulheres recorrem a esse meio por livre e espontânea vontade, como dito por Simone de Beauvoir (2016, p. 364), num mundo atormentado por miséria e falta de trabalho, desde que seja oferecida uma profissão há quem a siga. Muitas entram nesse mundo com a ideia de trabalho provisório, no entanto, devido a falta de qualificação ou qualquer circunstância que permeia sua vida, acaba se vendo impossibilitada de largar. Na obra “O Segundo

Sexo” de Simone de Beauvoir (2016, p.365), faz-se uma relação da prostituição com a empregada doméstica, na situação relatada no livro, mais ou menos cinquenta por cento das prostitutas trabalhavam primeiro como domésticas, no livro descritas como criadas, e a partir daí não encontraram uma perspectiva de futuro melhor.

Explorada, escravizada, tratada como objeto mais do que como pessoa, a arrumadeira, a criada de quarto, não espera nenhuma melhoria da sorte no futuro; às vezes, tem que suportar é-lhe suportar os caprichos do dono da casa: da escravidão doméstica, dos amores ancilares, ela desliza para uma escravidão que não pode ser mais degradante e que ela imagina mais feliz. (BEAUVOIR, 2016, p .365)

Não existe livre arbítrio para a mulher que entrou na prostituição pois viu nela sua única saída para sobreviver, dessa forma, não deve ser normalizada como um trabalho, aceitar a prostituição como uma escolha voluntária da mulher é ignorar todas as circunstâncias que a levou a essa decisão, quem se submete a prostituição está exposto a situações degradantes, que muitas vezes envolve violência física chegando a correr risco de vida, sendo visível a semelhança com um estupro, distinguindo-se pela existência de um pagamento, assim, regulamentar essas situações como profissão é ignorar a dignidade da mulher.

## **A PROSTITUIÇÃO ENQUANTO REALIDADE**

A maior parte das pessoas que se prostituem são mulheres enquanto que os homens são a maioria dos prostituídos. Dessa forma, é nítida a questão de gênero envolvida na situação, os homens acreditam que podem pagar para estupro a mulher e a mesma em situação vulnerável acaba cedendo devido às circunstâncias. O recebimento da quantia em dinheiro não deve ser considerado como um consentimento, ao analisar toda a perspectiva que a mulher está inserida, esse pagamento pode ser visto como uma coerção, pois a mulher em situação de necessidade ao ver uma possibilidade pode se encontrar obrigada a concordar, enquanto que o homem está impondo sua vontade sobre ela, acreditando que por ela aceitar o pagamento ele assim pode fazer o que quiser diante dela e com ela.

Nesse momento, é importante perceber que as práticas sexuais não fazem parte da natureza sexual masculina ou feminina, pregar isso é somente uma forma de tornar os homens vítimas e insentá-los de suas atitudes, tirar a culpa de estar impondo suas vontades sobre a mulher. A questão da natureza sexual é uma construção social para naturalizar o comportamento machista e opressor em que hoje o país está inserido.

Para discutir a relação entre sexualidade e a prostituição precisamos resgatar que as práticas sexuais não são parte de uma natureza sexual masculina e feminina. A sexualidade é uma construção social, e o que vivemos hoje é diferente do que as pessoas viveram em outros momentos da história. Ao longo das nossas vidas, a relação com o corpo e a sexualidade é estimulada de forma diferente para os meninos e as meninas. Enquanto os meninos desde pequenos são estimulados ao desejo, a falar sobre sexo e a tocar o próprio corpo, as meninas são inibidas, a descoberta do corpo é reprimida e até entre as mulheres adultas a masturbação continua sendo um tabu. É claro que existe uma diferença entre a vivência da sexualidade de acordo com cada geração. (FARIA; COELHO; MORENO, 2013, p. 3).

Com a onda do feminismo liberal, foi sendo disseminada a ideia de liberdade do corpo da mulher, o que é importantíssimo para a história e autonomia da mulher diante suas escolhas, no entanto, a ideia vem sendo utilizada para defender a prostituição. De uma visão individual, com uma mulher que teve condições de estudar a vida toda, é plausível acreditar que a prostituição é uma escolha, porém, é preciso entender que a maior parte das mulheres no meretrício não são essas, por isso, a visão defendida aqui é que a prostituição não é uma escolha. É importante ter o

feminismo como algo que represente a maioria das mulheres e não apenas a liberdade individual de cada uma, de nada adianta as mulheres que sempre estiveram cercadas de condição financeira e família terem sua liberdade preservada enquanto a maioria das mulheres, aquelas que não tiveram uma família presente e condições financeiras principalmente para estudo não vão poder usar essa liberdade de forma benéfica.

É fundamental entender as mulheres como um coletivo, quando uma está tendo sua dignidade violada apenas por ser mulher, a dignidade de todas está em risco, por isso, a importância de se defender a extinção da prostituição como um todo, assim, Thaddeus Blanchette e Ana Paula da Silva explicam em seu artigo, onde citam Florin.

As vendedoras de sexo feminino são vítimas em sua condição de mulheres, devido à simples existência de compras masculinas de serviços sexuais femininos. Visto desta forma, uma mulher é vítima de violência, desde que pelo menos alguns homens compreem sexo a mulheres, independentemente de ela própria entrar ou sair do comércio sexual. As trabalhadoras sociais ou de saúde do sexo feminino são vítimas tanto quanto a mulher que vende sexo que estão tentando ajudar (FLORIN, 2012, p. 273).

Essa compreensão estrutural da venda do sexo cria uma dinâmica em grande parte do pensamento feminista onde a prostituição é em grande parte (ou exclusivamente) entendida como violência contra as mulheres como um coletivo, com mulheres individuais em prostituição posicionada. (FLORIN, 2012, p. 278 *apud* BLANCHETTE; SILVA, 2018, tradução nossa).

Assim, quando uma mulher é obrigada a se prostituir, todas estarão sendo violadas. No entanto, a prostituição é extremamente lucrativa para aqueles conhecidos como cafetões, que lucram em cima daquela que se prostitui, assim, a prostituição envolve também coerção, para forçar as mulheres a se manterem no meretrício e obrigá-las a corresponderem aos desejos do “cliente”.

Ele compra o uso do corpo da mulher, incluindo sua vagina, reto, boca e seios. Este é o núcleo da prostituição. Este não é um serviço: antes ele está alugando o uso de seu corpo. Enquanto ele está usando ela, ela tem que fingir que ela está gostando, ou ela tem que representar sua fantasia, e ela tem que fingir que acha que ele é ótimo. Não importa o que ela realmente esteja pensando ou sentindo, ela tem que manter essa pretensão. (QG FEMINISTA, 2018)

Para mostrar a visão de alguém que viveu a prostituição, Chelsea Geddes relata em um artigo no *Nordic Model Now!* (2018, tradução nossa) um pouco da experiência da sua experiência de vida, ela se prostituiu por anos na Nova Zelândia, país que possui uma legislação completamente descriminalizada sobre o comércio sexual, em seu artigo diz que houvessem carreiras decentes e pagando ao menos um salário mínimo, sem estar vulnerável ao assédio sexual e possuindo condições iguais as dos homens, não deixaria que fosse tocada. Se elas, as mulheres, vivessem em uma sociedade onde fossem tratadas como seres humanos plenos não deixariam ter seus corpos tocados. Chelsea cita também sobre não conhecer nenhuma mulher cuja sexualidade pessoal a faça ter relações sexuais com diversos estranhos, atendendo aos desejos desse enquanto estão atentas para manter as mínimas condições de segurança, e ainda possuem marcas no corpo como dores e inchaços.

Assim, em pesquisa do QG Feminista (2018), mostra que entre as principais consequências da prostituição está: o uso de drogas, pois é necessário que as prostitutas suprimam suas reações naturais e involuntárias, inclusive que finjam estar gostando, o que leva as mesmas a recorrerem às drogas para suportar isso; o transtorno de estresse pós-traumático, que é um transtorno de ansiedade desenvolvido por experiências traumáticas ou que põem sua vida em risco; outra consequência são os traumas e lesões físicas, a maioria das mulheres que se prostituem sofrem com dor abdominal inferior crônica, possuem sinais de envelhecimento prematuro por estresse



persistente e lesões dos órgãos sexuais. As mulheres relataram sofrer grande quantidade de violência física por parte dos prostituintes, mais da metade já foi estuprada, que nesse caso é sexo indesejável sem ocorrer pagamento.

Ao regulamentar a prostituição, o Estado iria ser responsável em definir deveres, direitos e um código de ética por exemplo, ou definir algum órgão representativo que o faça, porém como vai o Estado fiscalizar se estas disposições estão sendo cumpridas? A mulher dificilmente tem um documento, contrato ou registro para caso necessário realizar uma denúncia contra o homem. Por outro lado, ao defender um Estado liberal, este teria atuação limitada diante de uma completa descriminalização além de que os homens se sentiriam muito mais a vontade, diante de uma situação que o próprio Estado se isentou.

## **A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO E SUAS DIFERENTES FORMAS**

Para compreender as legislações em cada país é importante ter em mente as teorias abolicionistas e proibicionistas, cada país age de acordo com sua soberania, atendendo as especificidade de sua população. Assim, cada uma atende aquele critério que acredita ser o mais importante, no entanto, é sempre importante ter em mente quem é a vítima do sistema, sendo diretamente atingido por suas alterações, visando o modelo que no meio em que está inserido preze pela segurança, dignidade e segurança. Por exemplo, para entender-se o que é explanado aqui, pode-se visualizar o abolicionismo contemporâneo e o abolicionismo radical, os dois que visam das suas formas garantir os direitos da mulher, mas se baseiam em fundamentos distintos.

O abolicionismo contemporâneo mais radical considera a prostituição como violência sexista, que foram parte de um continuum que se inicia na publicidade, inclui espetáculos, o mercado matrimonial, a pornografia e culmina na prostituição. Nessa visão, a articulação entre patriarcado, estratificação social e a vulnerabilidade, resultado de carências afetivas e de violências físicas e sexuais vividas na infância, explica a prostituição das mulheres. Essa versão de abolicionismo nega qualquer forma de prostituição livre. Nesse contexto nasce outro grande princípio do abolicionismo radical, a negação do direito a prostituir-se tido como contrário aos direitos humanos universais. Nessa linha de pensamento, a prostituição é exploração sexual porque nela se obtém prazer sexual mediante a utilização abusiva da sexualidade de uma pessoa, anulando os seus direitos à dignidade, igualdade, autonomia e bem estar. Por esse motivo, o abolicionismo radical pretende penalizar ao cliente, culpável de violar os direitos humanos das mulheres na prostituição. (PISCITELLI, 2012, p. 21/22)

Na teoria, o estado liberal marca a liberdade dos indivíduos diante do Estado, assim, defende-se sua não intervenção, favorecendo o individualismo e a propriedade privada. Relacionando aos direitos fundamentais, ao se limitar o poder do estado teoricamente se garante ao indivíduo proteção da sua autonomia individual.

A legislação a respeito da prostituição é distinta em cada país, assim, fundamentada no Estado Liberal, na Nova Zelândia por exemplo, houve a completa descriminalização da compra de sexo em 2003, quando foi aprovado o Ato de Reforma da Prostituição (PRA). Com essa mudança diversos aspectos sofreram alterações para quem se prostitui. Com isso, houve a construção de megabórdeis e cafetões se tornaram empresários.

Antes disso, solicitar sexo era ilegal, assim como a cafetinagem e a manutenção de bordéis; e violência policial e corrupção eram comuns. Mas, ainda assim, dentro desse cenário as mulheres eram capazes de acertarem os termos elas mesmas com os consumidores, mantendo limites bem definidos, incluindo a proibição de beijos e de sexo sem proteção.

Tudo isso mudou depois da PRA. Bordéis definiram os preços por meio de pacotes de “tudo incluso” e os preços caíram. Os homens começaram a esperar mais, inclusive anal, beijos, e sexo sem proteção. Se antes os homens pagavam pelo ato — diretamente às mulheres — agora eles pagam ao bordel, pela hora ou pela meia hora, e esperam pelo que quiserem quantas vezes for possível dentro daquele tempo. (NORDIC MODEL NOW!, 2017)

Assim, com o PRA, ao invés das mulheres se sentirem mais seguras, acontece o contrário, elas se sentem mais amedrontadas pois quem define o que terão ou não de fazer não são mais as mesmas e sim os cafetões e os clientes, que passaram a se sentir no direito de exigir muito mais da parte das delas, incluindo situações de humilhação. E assim, se veem sem saída para realizar alguma denúncia desse abuso, pois ao levar o caso à polícia e denunciar o bordel ou o cliente estaria pondo em risco sua fonte de renda, assim como sujeita a ameaças.

No Brasil o tema ainda se mantém em debate, o atual Código Penal Brasileiro criminaliza o favorecimento da prostituição, a casa de prostituição e o rufianismo.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1940)

No entanto, dois projetos de Lei para regulamentar o assunto tiveram destaque nos últimos anos, o primeiro foi o PL nº 98 de 2003 (BRASIL, 2003), do ex-deputado federal Fernando Gabeira, que se baseou na legislação alemã. Esse projeto tinha apenas um artigo, dispunha sobre a exigibilidade de pagamentos pelos serviços sexuais que fossem prestados e assim, suprimia os artigos 228, 229 e 231 da atual redação do Código Penal. Esse projeto não traz nenhuma condição para punir exploradores, para fiscalizar a prostituição ou algum órgão que estaria responsável por essas mulheres, foi completamente impreciso e por isso foi arquivado.

O segundo projeto de lei foi mais específico quanto a direção que pretendia seguir, proposto pelo ex-deputado federal Jean Wyllys, o PL nº 4.211 de 2012 (BRASIL, 2012) tentou colocar a prostituição como uma profissão, distinguindo a prostituição da exploração sexual, explicando em sua proposta, novos requisitos para a configuração de exploração.

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.

Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:

I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;

II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;

III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência. (WILLYS, 2012, p.1)

No entanto, não estava previsto como garantir que a mulher, ao não receber seu pagamento, terá meios legais suficientes para para ajuizar uma ação de cobrança contra seu cliente, se muitas vezes esse pode mentir o próprio nome, ou ainda mais, também não previa como garantir que ao entrarem com uma ação por terem mais de 50% do rendimento apropriado pelos cafetões estarão seguras, não irão sofrer ameaças nem nenhum tipo de violência. O projeto de lei não especificou como viabilizar suas propostas para a prostituição como realidade de muitas brasileiras e hoje esse projeto encontra-se arquivado.

Os dois projetos de lei não se adequam a realidade brasileira e não trazem segurança e melhorias para aquelas que se prostituem e são diretamente atingidas por uma regulamentação.

Em contrapartida tem-se o chamado modelo nórdico, implantado inicialmente na Suécia e aderido por outros países, que descriminaliza as pessoas prostituídas e criminaliza a compra de prostituição, com o intuito de desencorajar os homens. Além disso, esse modelo promove o esclarecimento sobre como a prostituição é uma exploração sobre a mulher, políticas tanto financeiras como promovendo profissionalização para auxiliar mulheres que estão nessa situação, auxílio-moradia para essas entre outros meios de protegê-las.

Ao contrário dos projetos de lei que ganharam destaque no Brasil, “O modelo nórdico não coloca mulheres em risco. Elas estão amparadas por lei e munidas para poder denunciar qualquer ato indesejado ou violento por parte do “cliente”, uma vez que ele está cometendo um crime de antemão. (NORDIC MODEL NOW!, 2017)

Além disso, Cuba também serve para demonstrar um sistema em que luta-se pela extinção da prostituição, promovendo meios de se prevenir sem penalizar as mulheres que exercem. No entanto, lucrar em cima da prostituição de outras mulheres, como a cafetinagem é criminalizado por lei.

Em Cuba a prostituição não é aceita sendo considerada a mais evidente violência contra a mulher (física, psicológica, sexual, simbólica, econômica). Lá, há programas de prevenção às causas que geram o fenômeno e de atenção social às mulheres que estão na prática, não sendo, portanto, a prostituição penalizada por lei. É penalizado o proxenetismo, ou seja, as pessoas que se dedicam a lucrar com esta atividade e exploração das mulheres que se dedicam à prostituição. Tampouco se defende que a prostituição seja considerada como trabalho sexual, até porque lá não necessitam praticá-la para a subsistência, já que todos e todas têm asseguradas as condições para viver dignamente. Enfim, os cubanos não estão contra a prostituta sendo a luta travada contra a prostituição. (LIMA, 2018)

Não que esse modelo seja o mais adequado para executar no Brasil visto as distintas circunstâncias dos países, no entanto, é importante visualizar as diferentes visões e legislações como também como elas atuam efetivamente em sociedade, formando assim contrapontos argumentativos e uma proposta fundamentada e que esteja direcionada em melhorias para as vítimas da prostituição no país.

## CONCLUSÕES

Mesmo que presente em vários momentos da história, desde a antiguidade grega e se consolidando em sua forma atual na revolução industrial, a prostituição não deve ser vista como algo normal e natural da mulher, sendo sim um meio de opressão dessa. É também uma consequência da colonização portuguesa que ocorreu no Brasil onde mulheres principalmente indígenas e negras foram coagidas a serem objetos sexuais, leva-se até hoje a marca da tortura de

uma autoridade classista e recista que sempre pesa mais sobre os pobres. Por isso, não se deve encarar a prostituição como escolha, dessa forma, considerar assim é ignorar todas as circunstâncias que permearam a mulher que se viu forçada a entrar no mundo da prostituição.

É importante visualizar a mulher por si só como vítima do sistema patriarcal em que está inserida, assim, pagar por sexo é uma ofensa coletiva, atingindo as todas. Sendo mais uma forma de oprimir as mulheres e mantê-las submissas aos desejos e vontades dos homens. Por isso, um dos argumentos para defender a extinção da prostituição é além do individual, é colocar a prostituição como uma forma de perpetuar a mulher por seu gênero e sexo, oprimindo assim, todas as mulheres.

Além disso, a prostituição carrega diversas consequências para a meretriz, que vão do uso de drogas a sofrer ameaças de vida, passando por estresse pós-traumático e lesões físicas. Então como poderia o Estado, descriminalizar uma “profissão” assim, onde não há segurança para quem exerce, ainda mais, como pode também o Estado não querer legislar sobre, não impor limites e garantias de uma saída segura desse meio, promovendo possibilidades que assegurem a dignidade humana.

Por fim, na última parte do trabalho, são analisadas as diferentes formas de se intervir na prostituição em diferentes países e como vem ocorrendo no Brasil. Primeiramente na Nova Zelândia, onde houve a total descriminalização e conseqüentemente piora na qualidade de vida das mulheres prostitutas, em seguida, são expostos os projetos de lei que ganharam destaque no Brasil, que possuíam uma visão não intervencionista. Em contraponto, é apresentado o modelo nórdico, implantado inicialmente na Suécia, preza pela criminalização da compra de sexo, sendo a mulher e a sociedade as vítimas do crime e o homem que é criminalizado, além de promover auxílio moradia e profissionalização para essas mulheres, entre outras políticas que propiciem a dignidade humana. Ainda mais, é exposto também como Cuba legisla sobre a prostituição, sendo completamente contra e desencorajando os homens a comprarem.

No entanto, o principal no trabalho é trazer argumentos e críticas que facilitem um debate a respeito do tema, não necessariamente apontar qual modelo se enquadra melhor ao Brasil, pois o país tem suas especificidades culturais, que por causa de sua extensão, possuem distinções dentro do próprio país, por isso, o trabalho se dedica em mostrar como cada um desses modelos apresentados vem se desenvolvendo no local em que foi implantado e partir disso, formular, com embasamento crítico e para as mulheres que hoje estão submetidas a essa situação, o sistema que seja mais adequado.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Mariana Luciano; SCOPINHO, Rosemeire Aparecida. Prostituição: Uma história de invisibilidade, criminalização e exclusão. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 10**, Florianópolis, set./2013. Disponível em: <[http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372969868\\_ARQUIVO\\_versaofinalparafazendogenero.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1372969868_ARQUIVO_versaofinalparafazendogenero.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BEAUVOIR, Simone De. **O Segundo Sexo: A experiência vivida**. v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BLANCHETTE, Thaddeus; SILVA, A. P. D. Classy Whores: Intersections of Class, Gender, and Sex Work in the Ideologies of the Putafeminista Movement in Brazil. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, set.-dez./2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-85292018000300549&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292018000300549&lang=pt)>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei nº 98** de 2003. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei nº 4211** de 2012. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Prostituição : Corpo como mercadoria. **Mente & Cérebro** : sexo, v. 4, ed. especial, dez. 2018. Disponível em: <http://www.ceccarelli.psc.br/texts/prostituicao-corpo-mercadoria.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora em Inglaterra**. Porto: Afrontamento, 1975.

FARIA, Nalu; COELHO, Sonia; MORENO, Tica. **Prostituição: Uma abordagem feminista**. São Paulo: Sempre Viva Organização Feminista, 2013.

NORDIC MODEL NOW!, **Prostitution Policy and Law: What are the Options?**. Nordic Model Now!, jul./2017. Disponível em: <<https://nordicmodelnow.org/2017/07/04/prostitution-policy-and-law-what-are-the-options/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

NORDIC MODEL NOW!, **No, decriminalisation of johns and pimps has not improved our safety or lives**. Nordic Model Now!, ago./2018. Disponível em: <<https://nordicmodelnow.org/2018/08/26/no-decriminalisation-of-johns-and-pimps-has-not-improved-our-safety-or-lives/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

LIMA, Mercedes. Não basta que exista prostituição : é preciso legitimá-la? Casas de Prostituição: A legalização e conseqüente legitimação do empreendedorismo sexual e do consumo do sexo enquanto uma mercadoria.. **Coletivo Feminista Classista Ana Montenegro**, jan./2018. Disponível em: <<http://anamontenegro.org/cfcam/2018/01/22/nao-basta-que-exista-prostituicao-e-preciso-legitima-la-casas-de-prostituicao-a-legalizacao-e-consequente-legitimacao-do-empreendedorismo-sexual-e-do-consumo-do-sexo-enquanto-uma-mercadoria/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

PEREIRA, Cristiana Schettini. Lavar, passar e receber visitas: debates sobre a regulamentação da prostituição e experiências de trabalho sexual em Buenos Aires e no Rio de Janeiro, fim do século XIX. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 25, jul.-dez./2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010483332005000200002&lng=en&nr=m=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332005000200002&lng=en&nr=m=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 25 nov. 2019.

PISCITELLI, Adriana. Feminismos e Prostituição no Brasil: Uma Leitura a Partir da Antropologia Feminista. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 36, p. 11-31, dez./2012. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/1809/180926074002.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

QG FEMINISTA. **O que há de errado com a prostituição?**: E o porquê prostituição é estupro pago. dez. 2018. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/quais-os-problemas-da-prostitui%C3%A7%C3%A3o-8b0a56780d55>. Acesso em: 25 nov. 2019.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A Formação e o Sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

WILLYS, Jean, **Inteira teor de Projeto de Lei**. 2012. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A8F158E6E3251BFABA35CF017CE70483.proposicoesWebExterno1?codteor=1012829&filename=PL+4211/2012](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A8F158E6E3251BFABA35CF017CE70483.proposicoesWebExterno1?codteor=1012829&filename=PL+4211/2012)>. Acesso em: 27 nov. 2019.

# O JUDICIÁRIO COMO MANTENEDOR DA DESIGUALDADE GERADA PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

**Natalia Carolina Santos de Paula**

Advogada e mestranda em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO

Diante da estrutura regressiva do sistema tributário pátrio, em que há uma predominância da tributação indireta e uma fraca progressividade dos impostos diretos, associada a uma concessão desmedida de benefícios fiscais ao empresariado e a uma falta de positividade do Imposto sobre Grandes Fortunas, é cabível perguntar-se se toda essa ordem é respaldada pelo Poder Judiciário em suas decisões.

É possível que o Judiciário, por intermédio de seus julgamentos, seja, de algum modo, responsável, pela perpetuação de algumas ideias contrárias aos princípios da igualdade material, da capacidade contributiva, da solidariedade social, da progressividade e da seletividade, que encontram principal alicerce no objetivo da República Federativa do Brasil de eliminar as desigualdades sociais e regionais, presente na Carta Magna? Se sim, como isso se daria? Que possíveis consequências para a sociedade brasileira trariam juízos realizados desse modo?

Esse é o intento da pesquisa proposta: examinar de que modo os magistrados contribuem para a sustentação da ordem tributária desigual, que ocasiona tantos efeitos negativos para o meio social.

Para atingir tal intento, primeiramente, far-se-á um exame acerca dos significados dos princípios tributários protegidos em âmbito constitucional e os subprincípios deles decorrentes, tais quais: da igualdade, da capacidade contributiva, da solidariedade social, da progressividade, da seletividade e da essencialidade.

Depois, será feito um levantamento de dados relativos a determinados tributos incidentes em âmbito nacional.

Posteriormente a tal análise, vai-se discutir se a tutela jurídica é realmente necessária em relação a esses temas e, para, isso, vai-se averiguar como a ordem tributária tem sido tratada judicialmente nas decisões dos magistrados brasileiros.

## O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito tributário encontra-se alicerçado por alguns princípios fundamentais. Para as investigações desse trabalho, entretanto, fazem-se importantes o princípio da igualdade, o princípio da capacidade contributiva, o princípio da solidariedade social, o princípio da progressividade, o princípio da seletividade e o princípio da essencialidade.

O **princípio da capacidade contributiva** é um princípio consagrado pela Constituição Federal. Segundo ele, os tributos possuem um caráter pessoal e, por isso, devem ser graduados conforme a capacidade econômica que cada contribuinte detém.

O **princípio da igualdade tributária**, por sua vez, é mais uma das projeções do princípio constitucional da igualdade. Sendo assim, estipula a igualdade formal de todos os brasileiros perante a lei tributária, mas também prevê a igualdade material entre os indivíduos sujeitos ao

ordenamento jurídico pátrio, isto é, que os dessemelhantes devem ser tratados desigualmente na medida de suas diferenças, de modo que possam se aproximar efetivamente daqueles que possuem condições melhores que as suas para que, assim, se realize uma verdadeira isonomia. Nesse sentido, tal princípio reafirma o da capacidade contributiva, uma vez que um indivíduo que possua uma maior capacidade contributiva deverá pagar uma tributação maior do que aquele que retenha uma menor capacidade.

Já em relação ao **princípio da solidariedade social**, pode-se dizer que este também foi positivado constitucionalmente. A solidariedade tributária é responsável pela ideia de que todos são encarregados pelo bom funcionamento estatal através da fraternidade existente com o pagamento do tributo.

O **princípio da progressividade** estipula que o imposto deve onerar quem tiver maior capacidade contributiva, isto é, deve dispor de uma crescente proporcionalidade na medida em que se amplia o montante do objeto a ser tributado. Retrata, assim, o crescimento das alíquotas segundo o aumento da base de cálculo (COSTA, 2012). A progressividade, destarte, consoma os princípios da igualdade material e da capacidade contributiva, indicados previamente.

O **princípio da seletividade** estipula que a alíquota do imposto deve variar de acordo com a essencialidade do bem em questão.

O **princípio da essencialidade** estabelece que, quanto maior a importância social do bem para o atendimento das necessidades básicas da população, menor será a sua alíquota tributária.

Ao se fazer uma análise minuciosa de alguns dos tipos de tributos existentes em terras tupiniquins, se perceberá que alguns deles parecem destoar dessa base principiológica estabelecida pelo âmbito tributarista.

O **imposto sobre grandes fortunas (IGF)** é um imposto federal visto por muitos como um modo real de se respeitar a capacidade contributiva daqueles que possuem mais, além de poder constituir um possível aumento nas receitas dos cofres públicos. Tal imposto, entretanto, ainda não foi verdadeiramente determinado, já que sua lei complementar não foi editada. E, se depender do Legislativo brasileiro, que não tem interesse na instituição de um imposto que possa atingir aqueles que patrocinam suas campanhas políticas, não há previsões para que isso ocorra.

O **Imposto sobre Renda e proventos de qualquer natureza (IR)**, por seu turno, é um imposto federal que é uma das principais fontes de receitas tributárias do Estado. Ele incide sobre todo acréscimo patrimonial do contribuinte por intermédio de sua disponibilidade. A tabela mensal atualmente em vigor é:

**Tabela 1** – Incidência mensal do IRPF (a partir do mês de abril do ano-calendário de 2015)

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota	Parcela a deduzir (R\$)
Até R\$ 1.903,98	-	-
De R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65	7,5	R\$ 142,80
De R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05	15	R\$ 354,80
De R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68	22,5	R\$ 636,13
Acima de R\$ 4.664,68	27,5	R\$ 869,36

Fonte: site da Receita Federal

Pode-se notar que a tabela apresentada buscou cumprir o princípio da capacidade contributiva em relação ao mínimo existencial não tributável. Contudo, no que diz respeito à progressividade deste imposto, prevista, inclusive, de modo expresso pela Constituição, pouco se

obedeceu. Embora ela seja observada, esta é mínima em comparação à realidade brasileira. Somente quatro alíquotas são insuficientes para abarcar a realidade financeira dos contribuintes e, assim, atingi-los de modo pessoal.

O que se constata ao longo desses últimos anos é que a situação permanece a mesma: as alíquotas máximas do IR acometem uniformemente as classes médias e as mais abastadas da coletividade. Por exemplo, ainda que consideradas as devidas deduções (que também dificilmente englobam o que verdadeiramente ocorre nos núcleos familiares do Brasil), quase nada importou se o indivíduo ganhou cinco mil ou trinta mil reais por mês, a alíquota de 27,5% recaiu sobre ele do mesmo jeito.

Por ser uma legislação muito complexa, há outras tantas formas de incidência sobre a pessoa física. Os rendimentos de capital, por exemplo, se dividem em: i) fundos de ações (15%); ii) aplicações em renda variável (0,005%); iii) fundos de longo prazo e aplicações de renda fixa (que varia de 15% a 22,5%, a depender do número de dias); iv) fundos de curto prazo (de 20% e 22,5%, também dependente do número de dias); v) remessas ao exterior (de 15% e 25%, dependente do tipo); vi) e outras (que variam de 1,5% a 30%). Neste caso, observa-se certo tipo de privilégio em relação a alguns desses rendimentos se comparados às rendas provenientes de trabalho (RECEITA FEDERAL, 2019).

O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no que lhe concerne, é calculado sobre o lucro real (regra geral), presumido ou arbitrado das empresas e detém alíquotas proporcionais – nele, não são incluídas as microempresas e empresas de pequeno porte (que detenham receita bruta anual de até R\$ 3,6 milhões até o ano de 2017), sujeitas ao regime do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições), devido à baixa capacidade econômica que possuem. Em linhas gerais, o imposto devido é o de 15% sobre o lucro, que pode sofrer um adicional de 10% se este lucro for superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) no período de apuração (com regras mais específicas para cada um dos tipos de lucro). Ou seja, a alíquota aqui é sempre fixa, não importando os ganhos reais das pessoas jurídicas individualmente consideradas (RECEITA FEDERAL, 2019).

O **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** é também um imposto federal de grande expressão no cenário da arrecadação nacional. Não obstante o texto constitucional preveja sua seletividade em razão da essencialidade do produto, não é bem isso que ocorre na prática. Basta dar uma boa olhada na “Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados” (“TIPI”) de 2016 no Decreto nº 8.950/2016 e ver que, de uma escala de alíquotas que variam de 0 (zero) a 330 (trezentos e trinta), há um certo desequilíbrio entre os produtos – por exemplo, não faz muito sentido que uma caneta esferográfica (20%) apresente uma alíquota igual a de um esqui (20%) e maior que a de um piano (0%) e de uma câmera fotográfica (15%).

Também caracterizado pela suposta seletividade sobre os bens essenciais e pela incidência sobre os consumidores finais (indireto), o **Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e prestações de Serviços (ICMS)** possui, de acordo com a Resolução nº 22/1989 do Senado Federal, alíquotas interestaduais de 12% e, nas operações e prestações realizadas nas regiões Sul e Sudeste, mas destinadas às regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e ao estado do Espírito Santo, alíquota de 7% (que possui alíquota máxima instituída pelo Senado Federal). A título ilustrativo, o Decreto pernambucano nº 34.025/2009 estipula que o feijão em embalagem de até cinco quilos procedente das regiões Sul e Sudeste deve ter uma alíquota de 10%, enquanto que o proveniente das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do estado do Espírito Santo, uma alíquota de 5% - o que parece ser muito, nos dois casos, para um bem de consumo essencial como esse. Outro ponto importante atinente a esse imposto é que o próprio montante dele integra sua base de cálculo, o que mascara a alíquota real incidente sobre o consumo.



Em relação ao **Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)**, conforme a Lei estadual de Pernambuco nº 15.601/2015, que modificou a Lei estadual pernambucana nº 13.974/2009, as alíquotas do ICD passaram a ser estas, a partir de 1º de janeiro de 2016:

**Tabela 2** – Anexo Único da Lei nº 13.974/2009 (Alíquotas do ICD, a partir de 1º de janeiro de 2016)

Valor do quinhão ou da doação	Alíquota do ICD
Até R\$ 200.000,00	2%
Acima R\$ 200.000,00 até R\$300.000,00	4%
Acima R\$ 300.000,00 até R\$ 400.000,00	6%
Acima R\$ 400.000,00	8%

Fonte: Lei nº 15.601/2015, que modificou a Lei nº 13.974/2009

A existência de apenas quatro alíquotas que reflitam todo o cenário deste imposto é bastante preocupante, posto que uma doação ou herança de uns poucos milhões de reais pouco se compara a uma de duzentos mil, mas, mesmo assim suas alíquotas são bem próximas (8% e 2%, respectivamente).

O **Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)**, por seu lado, também não apresenta grandes diferenças entre os carros populares e os de luxo. Conforme o art. 7º da Lei nº 10.849/1992 do estado de Pernambuco (posteriormente alterada por outras leis), nota-se que a alíquota desse imposto é fixa a depender do exercício anual em que o veículo se encontre e ao seu tipo. Não há referência, destarte, aos modelos de veículos adotados, apenas às cilindradas ou aos seus motores de potência.

Apesar de também servir como meio de evitar a especulação, o **Imposto sobre Propriedade predial e Territorial Urbana (IPTU)** tem função eminentemente fiscal. Além de ser progressivo no tempo, por ser um instrumento de política urbana constitucional, ele também deve seguir a progressividade relativa à sua base de cálculo. De modo geral, a alíquota dos imóveis não edificados é de 3% (fixa), enquanto que os imóveis edificados obedeceriam a seguinte tabela (Lei nº 15.563/1991 da cidade do Recife):

**Tabela 3** – IPTU: Imóveis Edificados

Valor Venal	Alíquotas	
	Residencial	Não Residencial
Até R\$ 17.631,21	0,6%	1,00%
Acima de R\$ 17.631,21 até 65.588,10	0,8%	1,25%
Acima de R\$ 65.588,10 até R\$ 153.038,90	1,0%	1,50%
Acima de R\$ 153.038,90 até R\$ 349.097,95	1,2%	1,75%
Acima de R\$ 349.097,95	1,4%	2,00%

Fonte: Lei Municipal nº 15.563/1991 da cidade do Recife

Como se depreende, não há muitas alterações entre os preços e alíquotas, especialmente se considerada a existência de imóveis a preços muito mais altos em Recife. Assim como ocorre com o IR, existe uma variância entre as bases de cálculo bastante próximas, o que acaba por gerar uma faixa de tributação correspondente a uma mesma camada social (ou a estratos muito próximos).

Quanto ao **Imposto sobre Transmissão “inter vivos” de Bens Imóveis e direitos a eles relativos (ITBI)**, em Recife, sua alíquota será de 1% sobre o valor efetivamente financiado até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) nas transmissões compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, sendo de 3% se exceder este valor. Nas demais transmissões a título oneroso, será a de 3%. Ou seja, tal imposto é outro exemplo dos que adotam as alíquotas fixas, valorizando apenas a igualdade formal entre os contribuintes.

Relativamente ao **Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS)**, se a prestação é sob a forma de trabalho do contribuinte, a alíquota é fixa ou variável, em razão da natureza do serviço ou outros fatores (Decreto-lei 406/1968). Entretanto, em se tratando de serviços prestados por empresas, esta é proporcional, tendo o preço do serviço como base. Consoante a Lei Complementar brasileira nº 116/2003 (e a Lei nº 15.563/1991 da cidade do Recife), suas alíquotas variam de 2% a 5% (alíquotas mínima e máxima, respectivamente). Importante ressaltar que, exemplificativamente, para os serviços de quimioterapia e radioterapia, a alíquota é mais alta (4%) do que para os serviços de ultrassonografia e ressonância magnética (2%). Ainda que não seja um imposto considerado seletivo, tal diferença não parece se justificar ante a similar relevância desses dois itens no âmbito médico.

A partir desse exame, então, pode-se concluir que os impostos diretos (IR, ITCMD, IPVA, IPTU e ITBI) analisados não possuem nem a variedade e nem a coerência de alíquotas necessárias para promover a efetuação dos princípios mencionados anteriormente.

Os impostos indiretos (IPI, ICMS e ISS), por seu turno, são em elevada escala e pensados como um meio de se entesourar mais dos consumidores, sem, contudo, mostrar explicitamente o valor que está sendo recolhido ao erário. A forma como são efetuados na prática acaba também por violar a igualdade material e a capacidade contributiva. Primeiramente porque, considerando que eles submetam a todos igualmente, sem distinção, não há como se falar em um tratamento conforme as possibilidades financeiras de cada um, pois o ônus é o mesmo para distintas circunstâncias econômicas. Em segundo lugar, há que se levar em conta que as camadas mais ricas da estratificação social brasileira, ainda que consumam muito mais produtos supérfluos, estes não são muitas vezes tributados conforme a sua ausente essencialidade, ao passo que alguns bens essenciais consumidos por todos possuem alíquotas não condizentes com a seletividade. Por último, há de se reflexionar ainda que o consumo pode ser tido como proporcionalmente decrescente em relação à renda, já que quanto maior for o valor desta, menos se gasta percentualmente em relação à mesma.

Deste modo, pode-se considerar que os tributos, mais especificamente os impostos, são, sim, bastante ostensivos nacionalmente. Contudo, somente o são para uma parcela da população. O que ocorre, na verdade, é um atendimento à capacidade contributiva às inversas, isto é, aqueles que menos poderiam prover o fisco estão sustentando toda a pirâmide tributária pátria.

O sistema brasileiro está longe de ser consagrado progressivo. Muito pelo contrário. Ao amparar a preferência pelos impostos indiretos, defende-se a penalização dos contribuintes de mais baixas rendas, à medida que as classes mais ricas pouco ou nunca são atingidas – e, quando o são, muitas vezes, não cumprem com suas obrigações tributárias, por causa das evasões e benefícios fiscais.

A regressividade do sistema tributário não só deixa de promover a distribuição de renda, como também encarece bens e serviços, o que comprime a demanda, gerando, por consequência, uma negatividade sobre a produção, a oferta de empregos e o crescimento econômico do país (MELO, 2014, p. 98). No entanto, a elevação da carga direta faria crescer a resistência do contribuinte ao pagamento, fazendo com que os impostos sobre o consumo saltem aos olhos do legislador como uma melhor alternativa, já que eles não costumam sofrer grandes revoltas por

parte da população, devido à sua falta de transparência. E, para supostamente atenuar a regressividade desses impostos indiretos que acometem o sistema, se positiva, através dos impostos diretos, tabelas pretensamente progressivas.

Por isso que não se pode afirmar que a progressividade é um instituto hoje inexistente. Ele se apresenta em diversos impostos (como já observado), mas minimamente. As diferenças entre as alíquotas ou as bases de cálculo são tão ínfimas que é impossível declarar o real efeito desta progressividade. Seu conjunto, dessa forma, recai regressivamente sobre a população com menos riquezas, o que gera uma exorbitante concentração de renda.

Assim sendo, pode-se chegar ao discernimento que o Brasil está a passos curtos de ser um país em que impostos elevados são arcados por todos. Como explicado acima, apenas uma pequena parcela da sociedade é que efetivamente colabora com a manutenção do Estado e, surpreendentemente, é a fração que menor poderia suportar tal atribuição.

Segundo dados do Ministério da Fazenda em 2015, o Brasil apresenta uma carga tributária considerada “normal” quando comparada com outros países da OCDE. Além disso, fica constatado que a grande incidência tributária brasileira atinge predominantemente o consumo, e não a renda ou patrimônio, diferentemente de outros países considerados desenvolvidos (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2015).

## **DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Apesar da ocorrência de toda a situação narrada anteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF) aplica restritivamente os princípios constitucionais e tributários elencados por esse trabalho, o que acentuaria o fracasso desempenhado pela tributação numa perspectiva de equidade social.

Há poucos anos, era disseminada a ideia de que não existiria progressividade para os impostos reais. Sendo assim, antes da Súmula 668 do STF, referente à Emenda Constitucional 29/2000, não poderia haver progressividade do IPTU (só à relativa à função social):

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. **IPTU. ALÍQUOTAS. PROGRESSIVIDADE. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE.**

I. - **Inconstitucionalidade da progressividade das alíquotas do IPTU.** RE 153.771/MG, Moreira Alves, Plenário.

II. - Agravo não provido.

(AI 431996 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 23-04-2004 PP-00020 EMENT VOL-02148-15 PP-03050)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO TERRITORIAL PREDIAL URBANO - IPTU. PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS. INCONSTITUCIONALIDADE.** EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. **FATO GERADOR OCORRIDO EM PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000.** ALÍQUOTA MÍNIMA. MENOR GRAVOSIDADE AO CONTRIBUINTE. PROPORCIONALIDADE DO CRITÉRIO QUANTITATIVO DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

1. Tese de repercussão geral fixada: “Declarada inconstitucional a progressividade de alíquota tributária do Imposto Predial Territorial Urbano no que se refere à fato gerador ocorrido em período anterior ao advento da EC 29/2000, é devido o tributo calculado pela alíquota mínima correspondente, de acordo com a destinação do imóvel e a legislação municipal de instituição do tributo em vigor à época”.

2. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado no sentido de que “**É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional**

**29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.” Súmula 668 do STF.** Precedente: AI-QO-RG 712.743, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 8.5.2009.

3. É constitucional a cobrança de IPTU, referente a período anterior à Emenda Constitucional 29/2000, mesmo que a progressividade das alíquotas tenha sido declarada inconstitucional, em sede de representação de inconstitucionalidade em Tribunal de Justiça local. Função da alíquota na norma tributária. Teoria da divisibilidade das leis. Inconstitucionalidade parcial.

4. O IPTU é exigível com base na alíquota mínima prevista na lei municipal, de modo que o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária seja proporcional e o menos gravoso possível ao contribuinte. Precedentes.

5. Recurso extraordinário provido.

(RE 602347, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-067 DIVULG 11-04-2016 PUBLIC 12-04-2016)

No entanto, houve decisão do STF em sentido contrário, afirmando a necessidade de que todos os impostos atendam ao princípio da capacidade contributiva, quando do julgando de uma situação que envolvia o Imposto sobre a propriedade Territorial Rural:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ITR. **PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTAS EM PERÍODO ANTERIOR À EC 42/2003.** LEI 8.847/1994. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE À REDAÇÃO ORIGINAL DO 153, § 4º, DA CF. ART. 145, § 1º, DA CF. **NECESSIDADE DE TODOS OS IMPOSTOS GUARDAREM RELAÇÃO COM A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO SUJEITO PASSIVO, INDEPENDENTEMENTE DE POSSUIREM CARÁTER REAL OU PESSOAL.** IMPOSTOS DIRETOS. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – **Nos termos do art. 145, § 1º, da CF, todos os impostos, independentemente de seu caráter real ou pessoal, devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e, tratando-se de impostos diretos, será legítima a adoção de alíquotas progressivas.** II – Constitucionalidade da previsão de sistema progressivo de alíquotas para o imposto sobre a propriedade territorial rural mesmo antes da EC 42/2003.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 720945 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014)

Apesar disso, em relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), foi editada a Súmula 656 do STF:

Súmula 656: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel.

Entretanto, para o Imposto Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: **PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

(RE 562045, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013 EMENT VOL-02712-01 PP-00001)

Já os parâmetros da seletividade e da essencialidade continuam em discussão no Supremo, pois se diverge se o Judiciário poderia ser capaz de influenciar na esfera administrativa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. **ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O ACÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE.**

1. O decreto n. 420/92 estabeleceu alíquotas diferenciadas --- incentivo fiscal --- visando dar concreção ao preceito veiculado pelo artigo 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I da Constituição.

2. **A alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade.** Precedente.

3. **A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário.** Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 630997 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00107 EMENT VOL-02276-37 PP-07547)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. **ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O ACÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE.**

1. O decreto n. 420/92 estabeleceu alíquotas diferenciadas --- incentivo fiscal --- visando dar concreção ao preceito veiculado pelo artigo 3º da Constituição, norma-objetivo que define a redução das desigualdades regionais e o desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I, da Constituição.

2. **A fixação da alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade.** Precedentes. 3. **A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário.** Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 480107 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-04 PP-00830)

Algumas questões, como as alíquotas do açúcar, da energia elétrica e da embalagem de água mineral, estão pendentes de julgamento, mas foram reconhecidas suas Repercussões Gerais:

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - **MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA - CANA-DE-AÇÚCAR - ARTIGO 153, § 3º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE** - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a constitucionalidade do Decreto nº 2.917/98, no que instituiu nova alíquota de IPI para o açúcar.

(RE 567948 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 09/05/2008, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-05 PP-01025 )

Ementa: TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SELETIVIDADE. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA MAIS FAVORÁVEL À OPERAÇÃO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE EMBALAGENS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. SUSTENTADA APLICAÇÃO APENAS ÀS INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS. PROPOSTA PELO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL.**

Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da **possibilidade de o Judiciário estabelecer alíquota inferior àquela correspondente à classificação do produto que a autoridade fiscal entende como correta.** Ademais, discute-se se tais critérios teriam ou não sido respeitados pelo Tribunal de origem neste caso, que envolve **a produção de embalagens para acondicionamento de água mineral.**

(RE 606314 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012 )

Ementa: TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SELETIVIDADE. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA MAIS FAVORÁVEL À OPERAÇÃO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE EMBALAGENS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. SUSTENTADA APLICAÇÃO APENAS ÀS INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS. PROPOSTA PELO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL.**

Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da possibilidade de o **Judiciário estabelecer alíquota inferior àquela correspondente à classificação do produto que a autoridade fiscal entende como correta.** Ademais, discute-se se tais critérios teriam ou não sido respeitados pelo Tribunal de origem neste caso, que envolve a produção de embalagens para acondicionamento de água mineral.

(RE 606314 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012 )

**IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.**

**Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.**

(RE 714139 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 12/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014 )

Em relação a essa última divergência, os tributaristas dividem-se quanto à resolução da contenta. Para alguns, o Judiciário poderia apenas decretar a inconstitucionalidade das alíquotas contrárias ao princípio da essencialidade. Para outros, o Judiciário poderia, além de declarar a inconstitucionalidade, modular os efeitos da decisão, estipulando a alíquota a ser aplicada. Nesse caso, a discussão passa a ser sobre a separação de cada um dos poderes.

Entretanto, ainda que adotando uma ou outra hipótese, o que não poderia ocorrer é o julgamento pela constitucionalidade de alíquotas tão altas para produtos tidos como essenciais para a população, o que já ocorreu.

Tais matérias que geraram tais Recursos Extraordinários para o Supremo Tribunal Federal, encontram seus respectivos Recursos Especiais no Superior Tribunal de Justiça. No entanto, muitas vezes, o recurso sequer prossegue, sob a afirmação de ser assunto estritamente constitucional.

## CONCLUSÃO

Diante do estudo empreendido, é possível já vislumbrar que o Judiciário desempenha um ofício muito importante na manutenção da desigualdade tributária. Julgamentos meramente formais e que deixam de lado princípios constitucionais e tributários salutares para o desenvolvimento da sociedade nos moldes da Carta Magna acabam por conservar e, algumas vezes, agravar os efeitos negativos ocasionados pela ordem tributária atual, tais como a geração de desigualdade social. E isso não poderia ocorrer, já que é função desse Poder exercer a tutela sobre esses assuntos nos moldes da Constituição Federal. É ele o Poder responsável por proteger os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e os grupos mais vulneráveis da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

BRASIL. Resolução nº 22/1989 do Senado Federal.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Luciana Grassano de Gouvea. Enlaces entre a questão tributária, o crescimento econômico e a diminuição das desigualdades. **Revista direitos culturais**, nº 19, p. 95-107, dez. 2014.

Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Carga tributária no Brasil 2015**. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

PERNAMBUCO. Decreto Estadual nº 34.025, de 13 de outubro de 2009.

PERNAMBUCO. Lei Estadual nº 10.849, de 28 de dezembro de 1992.

PERNAMBUCO. Lei Estadual nº 15.601, de 30 de setembro de 2015.

RECIFE. Lei Municipal nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991.

Site da Receita Federal. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

Site da Receita Federal. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/tributos/IRPJ>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

Tabela de Incidência sobre Produtos Industrializados (TIPI). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/Anexo/AND8950.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/Anexo/AND8950.pdf). Acesso em: 29 de novembro de 2019.



# GP 05

**BIOPODER, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS**

**Coordenação:**

Camila Holanda Marinho (UECE)

Karyna Batista Sposato (UFS)

Lídia Valesca Pimentel (UNIFB)





## HUMANIDADES E BIOPODER: DISCUTINDO A INTOLERÂNCIA EM CANUDOS (1897)

**Carlos Alberto Leite da Silva**

Doutorando do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF)

### INTRODUÇÃO

Este trabalho pesquisa a influência da intolerância para as vítimas de Canudos, considerando o tema da Vitimologia. Aborda o Conflito de Canudos, 1897, e sua relevância para o entendimento da realidade dentro dos campos de Humanidades e Biopoder. Busca-se compreender a relevância da intolerância para o aumento dos danos à população civil, bem como o grau de vulnerabilidade presente naquela sociedade.

O escopo de discussão trata da observação da obra *Os Sertões* e a apresentação da situação de vitimização da população em Canudos. Observa-se como Euclides da Cunha valorizou o caráter estético dos acontecimentos, abandonando paulatinamente o cientificismo, do início da sua obra. Só este movimento já seria um marco, pela valorização do caráter humano presente dentro do conflito observado. Mas a abordagem desta pesquisa mostra a importância do entendimento do papel das “vítimas” e o número crescente de referências presentes no transcurso da obra analisada. Tanto o sertanejo, quanto as mulheres, as crianças, os idosos e os enfermos são observados meticulosamente. O texto a seguir esmiuça não só a abordagem consciente, mas observa as figuras de linguagem presentes e a presença de metáforas, como sintomas de uma expressão inconsciente sobre a relevância dos vitimados.

### EUCLIDES DA CUNHA E A EXPEDIÇÃO

A referência inicial será a discussão da visão de vítimas presentes na obra *Os Sertões* de Euclides da Cunha, objetivando a compreensão dos conceitos envolvidos no tocante à população civil, prisioneiros em conflitos armados, discutidos anteriormente ao conflito em Canudos em 1897. Observa-se que vários autores situam a obra de Euclides da Cunha pela sua relevância na discussão sobre a problemática social, além de apresentarem pontos relevantes sobre a discussão da vitimização.

Segundo Natália Nogueira o artigo “A nossa Vendéia” foi o passaporte para Euclides da Cunha cobrir a guerra de Canudos como correspondente do jornal “O Estado de São Paulo”. Segundo aquela autora, a trajetória intelectual do autor sofreu uma reviravolta e criaram-se as condições para observar e recolher subsídios para a redação de *Os Sertões*.

A pedido de Júlio de Mesquita, diretor de “O Estado de São Paulo”, Euclides da Cunha tinha como intuito participar de uma expedição a Canudos e examinar historicamente sua população e Antônio Conselheiro.

Euclides da Cunha partiu do Rio de Janeiro em 03 de agosto de 1897, com a quarta e última expedição e chegou a Salvador no dia 07 do mesmo mês. Alcançou Canudos em 16 de setembro, onde permaneceu até 3 de outubro, retornando ao Rio de Janeiro em 16 de outubro.

[...] Tendo partido em companhia do Sr. Ministro da Guerra para Canudos, onde esteve desde 17 de setembro até 3 de outubro, pôde assistir aos grandes combates de 24 daquele mês e 1º de outubro, conseguindo fazer os estudos que precisava para o livro a respeito da guerra de Canudos, condições étnicas e geológicas daquele lugar vai escrever. (CALASANS, 1969).

Ainda segundo Nogueira a quarta expedição percorreu, além da capital baiana e do arraial de Canudos, Alagoinhas, Queimadas, Tanquinho, Cansanção, Quirinquinquá e Monte Santo. Observou plantas, relevo, aparência física dos sertanejos, vocábulos curiosos, por exemplo.

Em relação às anotações sobre o conflito, Euclides da Cunha observou episódios com precisão de detalhes, em construções frasais que se repetiram na obra *Os Sertões*. Além das referências ao relevo, geologia, mineralogia, as descrições sobre o homem auxiliam no entendimento das condições humanas da localidade.

O autor apresenta sua interpretação do processo etnológico gerador do sertanejo. A “regressão para o tipo indígena pela não infusão de elementos estranhos”, condiz com a tese mais tarde sustentada de que se combinaram componentes não tão díspares nos homens do agreste, o que lhes permitiu uma porção de homogeneidade. Os jagunços e vaqueiros receberam, no caderno de bolso, intenso desvelo, reverberado em sua publicação mais célebre, por consubstanciarem, sob o prisma euclidiano, a alma sertaneja. Aquele, descrito como dotado de “porte pouco elegante, pouca barba, cabelo liso, duro, maçãs salientes, no achatado do crânio e tez morena”, inquietava o autor, por esconder rizeja, detrás de um semblante esqualido, por preservar a retidão moral, apesar da hostilidade da natureza .

Sertanejo é em geral – bom, simples, inteligente, inculto, desconfiado, altivo, leal, respeitador, econômico à parcimônia, pouco liberal, afeiçoado ou agradecido, probo e honesto. Amante da caça, bom atirador de garrucha que leva à cinta numa capa de couro a par do facão jacaré (duas armas prediletas) – tem boa vista e grande tino; andam com rapidez léguas e léguas (CUNHA, 1975, p. 18-19).

A imagem desse arcaico cavaleiro, encourado e empoeirado, tanto granjeou a atenção de Euclides da Cunha que consta em suas anotações pessoais, na reportagem de 1º de setembro, enviada de Queimadas, e em sua principal obra:

Veste-se de couro – chapéu de couro, gibão de couro curtido de veado, ou vaqueta, colete com modelo do nosso couro também, alguns são de gato do mato com o pêlo para fora para os dias de festas, peito espécie de gravata plastron sem as dobras; pernas estreitas de couro resistente e guarda-pés na frente dos estribos de ferro e esporas grandes. Imóvel sob a sela, todo vestido de couro, calçando botas que sobem até a cintura, chapéu de abas largas meio inclinado sobre a frente – a véstia rústica de um vermelho escuro imprime-lhe aspecto de um cavaleiro antigo coberto ainda de poeira da batalha (CUNHA, 1975, p. 213).

## INTOLERÂNCIA

A discussão presente na abordagem de *Os Sertões* por Euclides da Cunha expõe a figura da intolerância como um elemento perpassando a dificuldade de compreensão do messianismo de Antônio Conselheiro e outros líderes religiosos (MONTEIRO, 1974), no final do século XIX e início

do século XX, bem como o isolamento imputado às populações do interior. Busca-se entender não só os fatores discutidos por Althusser ao apresentar a postura autoritária do Estado (ALTHUSSER, 1976), apresentando ainda o pensamento sobre as manifestações inconscientes discutidas por Cerqueira Filho (1988; 2005), mas também pelas obras desenvolvidas por autores que discutem o “não reconhecimento do outro”.

No caso dos fatores ideologizados (intrínsecos) partir-se-á do entendimento de Marx (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1985) pela falsa consciência das relações de domínio entre as classes. Dentro desta acepção, a ideologia é uma crença falsa, pela aceitação inapropriada de uma convicção política.

A perspectiva da fonte ideologizada considerará uma visão além da representação ilusória, que combina abstração e inversão (MARX; ENGELS, 1988), estas consideradas como uma dificuldades próprias na percepção da pessoa humana sobre as reais condições de existência social, e pela representação das relações da realidade de modo invertido, entendida a pessoa humana como vítima da realidade social.

Para tal, a discussão dos fatores intrínsecos considera a ilusão associada também à alusão (práxis sociais), discutida como pensamento e representações (CERQUEIRA FILHO, 1988). Esta análise transcende a discussão proposta na leitura inicial da obra de Marx e Engels (1988) sobre o papel da ideologia como alienação, mas busca também, na prática das representações, o entendimento do comportamento social como efeito de uma falsa codificação da sociedade. Busca-se uma aproximação com o entendimento proposto por Bobbio do conceito de ideologia em Marx como desmascaramento da opressão e exploração (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1985). A proposta desta pesquisa vai buscar em um elemento, a “Intolerância”, a discussão de um comportamento como falsa consciência, presente no pensamento de Locke, Eco, Chauí e Cerqueira Filho.

Locke é apresentado como um marco importante na discussão do trato com a intolerância, ao discutir na obra “Uma carta acerca da Intolerância” [LOCKE, (1689) 2003] a tolerância como uma questão política que deveria tornar-se uma preocupação do Estado. Locke cita: “Nenhuma opinião contrária à sociedade humana ou às regras morais que são necessárias à preservação da sociedade civil deveria ser tolerada pelo magistrado” [LOCKE, (1689) 2003].

O conceito de tolerância surge como uma resposta na luta para negar a diferença. Para Eco (2001):

Educar para tolerância adultos que atiram uns nos outros por motivos étnicos e religiosos é tempo perdido. Tarde demais. A intolerância selvagem deve ser, portanto, combatida em suas raízes, através de uma educação constante que tem início na mais tenra infância, antes que possa ser escrita em um livro, e antes que se torne uma casca comportamental espessa e dura demais.

Sendo assim, é fundamental que ao se tratar de tolerância, seja pensada a natureza, nas causas e nas consequências da intolerância. Entender este último conceito não significa, contudo, entender só elementos doutrinários, presentes no tradicionalismo cristão por exemplo. Para Eco (2001):

o antissemitismo pseudocientífico surge no decorrer do século XIX e transforma-se em antropologia totalitária e prática industrial do genocídio apenas no nosso século. Porém, não poderia ter nascido se não existisse há séculos, desde os tempos dos pais da Igreja, uma polêmica antijudaica e, junto ao povo comum, um antissemitismo prático que atravessou os séculos em qualquer lugar onde houvesse gueto.

Para aquele autor, ainda, “... a intolerância mais perigosa é exatamente aquela que surge na ausência de qualquer doutrina, acionada por pulsões anteriores (ECO, 2001, p. 34).

Menezes (1997, p. 39-54) afirma que “a intolerância não rejeita só as opiniões alheias, mas também sua existência, ou ao menos o que faz o que valha a pena viver: a dignidade e a liberdade da pessoa.” A intolerância diante do diferente tem imposto uma quantidade de maus tratos e massacres impiedosos a grupos que sustentam um estigma, um suposto sinal vergonhoso e socialmente rejeitado. Entender este fenômeno traz uma perspectiva importante na compreensão dos elementos que moldam as relações sociais na atualidade.

O outro aspecto a ser considerado é o de se tratar a intolerância como o “não reconhecimento do outro”, pela leitura de Todorov (1983). O autor acredita que o humanismo moderno deve ser observado a partir dos campos de concentração: “O humanismo contemporâneo, distante de ignorar Auschwitz e Kolim, parte deles; não é nem orgulhoso nem ingênuo” (1983, p. 12).

Para estudar o conceito do outro, Todorov se cerca da Antropologia e da História, investigando algo que para ele, é um momento paradigmático: a conquista do império asteca pelos espanhóis. “A Conquista da América” (TODOROV, 1983) não se detém sobre os atos de crueldade, mas na maneira como os espanhóis e astecas conceituam a novidade do outro.

A conclusão de Todorov é que os astecas não sucumbiram por inferioridade militar, ao contrário, poderiam ter massacrado os espanhóis sem maior esforço. Sucumbiram porque não lograram entender a significação do aparecimento de outros homens, em suas terras. Depois de uma fase de grande confusão, chegam a crer que se trata de algo que havia sido predito. Cortés, ao contrário, dedicou muito esforço a entender o que pensava Montezuma. Para Todorov, a conquista do México aponta a influência que os aspectos psicológicos exercem sobre a conduta social.

## CANUDOS E ELEMENTOS MARCANTES

A sensibilidade de Euclides da Cunha pode ser observada com o surgimento de indícios da sua humanidade, dos quais saliento: a força social da obra, a relevância do sertanejo, a influência da Igreja e de movimentos ideológicos religiosos na conformação da fé pela população local. Estes fatos seriam sintomáticos para a apreciação de uma visualização comprometida com o entendimento das forças vitimadoras para a população sertaneja.

A narrativa de Euclides da Cunha contrapõe-se às abordagens dos jornais da época caracterizando a resistência em Canudos como uma ameaça à República. Aqui “ilusão e alusão” (ALTHUSSER, 1976, p. 78) se manifestam pela criação de um imaginário coletivo de insurretos.

O reconhecimento do sertanejo como raça inferior<sup>1</sup> mostra como a obra *Os Sertões* apresenta a dificuldade de atentar para o “outro”. A obra de Euclides da Cunha ajuda a discutir um momento onde se valorizava a intolerância como pseudociência, pela desconstrução no contato com a alteridade presente no sertão e a reedificação da figura do sertanejo. Trata-se de uma visão que se solidificaria na recepção da obra.

Segundo Nascimento (2003) o discurso de recepção a Euclides da Cunha na Academia Brasileira de Letras, proferido por Silvio Romero em 1906, permitiria o aprendizado do *sentido político* da recepção de *Os Sertões*. Ainda para Nascimento, a interpretação do livro se constituía em um libelo contra a situação política e social do país. A eleição de Euclides da Cunha como imortal seria para aquele autor a ilustração do pequeno mundo dos letrados e mais que isso, a

---

<sup>1</sup> “[...] Ante as conclusões do evolucionismo ainda que reaja sobre o produto o influxo de uma raça superior, despontam vivíssimo estigmas de inferior. A mestiçagem extremada é um retrocesso” (CUNHA, 1984, p. 48)

indicação da força social de *Os Sertões* no contexto intelectual brasileiro à época da sua publicação.

Citando Silvio Romero:

[...] como um trabalho de sociologia - não como obra exclusivamente literária ou como panfleto político – voltado para a descrição da população de trabalhadores que sustenta materialmente, segundo ele, os embevecimentos de uma elite chique, ociosa e disposta nas magníficas cidades da franja litorânea brasileira (ROMERO apud NASCIMENTO, 2003, p 12).

Ressalta Romero ainda:

[...] a intelectualidade local, para exorcizar a denúncia que contém, definiu a obra [*Os Sertões*] como arte literária [...] a crítica indígena [...] não vos compreendeu cabalmente. Tomou o vosso livro por um produto meramente literário [...] Viu nele apenas as cintilações de estuki [...] considerou-o ao demais como uma espécie de oposição política [...] Vosso livro não é um produto de literatura fácil, ou de politiquismos inquietos. É um sério e fundo estudo social de nosso povo (ROMERO apud NASCIMENTO, 2003, p. 12).

Em 1960 é publicada uma reportagem no jornal *Correio do Povo* de Porto Alegre, em que Caio Prado Jr. trata do caráter irreal das descrições presentes em *Os Sertões*. A Casa Euclidina escreve ao intelectual, solicitando uma apreciação sobre o livro. Caio Prado Jr. elabora sua crítica, explicando a expressão literária da obra, em contraposição a análise da realidade:

[...] a grande contribuição de Euclides foi o desassombro e a coragem com que, em meio à hipocrisia característica do seu tempo, ele denunciou as mazelas sociais do país. O impacto emocional que isso produziu teve o mais largo efeito, pois as ensinou as novas gerações a olharem diferentemente para o Brasil e suas coisas. Elas já não procurarão mais, como fora em regra no passado, imitar a cultura européia, escondendo envergonhadas tudo que nos distingue daquela cultura. O pensamento brasileiro, com Euclides da Cunha, começa a adquirir maioria (PRADO JUNIOR apud FLAVIANO, 2012, p. 193)

Nathália Nogueira cita que Euclides da Cunha interpretou as pessoas em Canudos no artigo “A nossa Venda”. Empregando o vocabulário corrente sobre o conflito, como o fizeram Machado de Assis, Coelho Neto e Artur Azevedo, Euclides da Cunha referia-se a esses sertanejos como “fanáticos”, “fanatizados”, “hipnotizados”, “agitação desordenada”, “horda”; “Desprovidos de consciência e ludibriados por um profeta da ruína, suas crenças eram alienantes, anacrônicas e seus movimentos irracionais”(CUNHA, 2016,p.166).

O contraponto, segundo Oliveira seria o sertanejo em estado essencial em artigos da mocidade Euclides da Cunha, em seus poemas e cartas pessoais, como homem virtuoso, exemplo de correção moral.

Apesar de anacrônico, o sertanejo apresentaria traços positivos, uma firmeza e resiliência que poderiam constituir o “cerne da nacionalidade”. Em uma correspondência a O Estado, enviada em 1º de setembro, Euclides da Cunha relatava espantado o vigor com que homens, jovens e mulheres levantaram rapidamente suas casas.

Sob uma atração irresistível famílias inteiras mudaram-se para Canudos que cresceu bruscamente em poucos meses, por que a edificação rudimentar permitia que a multidão sem lar fizesse uma média de doze casas por dia. O fato é assombroso mas acordam, expondo-o todos os informantes. Não é de espantar a ninguém a resistência espantosa desdobrada. Além disto o homem do sertão tem, como é de prever, uma capacidade de resistência prodigiosa e uma organização potente que impressiona (CUNHA, 2000, p. 139-140)

Nota-se que Euclides da Cunha julgava ser importante integrar os sertanejos e garantir-lhes as condições para que ingressassem na história, como símbolo da nacionalidade. Uma das formas de incorporação já havia sido sinalizada por ele na correspondência de 15 de agosto outrora citada. O “mestre-escola” abriria as trilhas do sertão para o futuro e romperia o seu estacionamento do tempo.

Para Euclides da Cunha o habitante dos Sertões, humilde, forte e original, tornava-se, em suas práticas religiosas, um desvairado, que confundia o real com suas “lendas arrepiadoras (CUNHA, 2000, p. 12). Esses aspectos que intrincavam a religiosidade sertaneja à “superstição”, à “imaginação viva”, ao “terror religioso”, arremetendo-a um passado primitivo, constam no sumário *O Homen*, na página 13 da caderneta de anotações.

Entretanto, a perspectiva mais otimista de um atraso irremediável se chocava com uma abordagem depreciativa dos assuntos religiosos entre os sertanejos. Na caderneta de campo e nas missivas ao jornal, a demasiada fé local sobressaía como um desvio ou inépcia das gentes, como um arcaísmo deplorável. Sombreados pela fala de ilustração, os sertanejos careceriam de nitidez para compreender os episódios ao redor.

Os choques de ideias religiosas e a presença de influências dogmáticas são apresentados no texto. Além do papel relevante da Igreja, nota-se um processo de resistência das populações interioranas, descrito por Euclides da Cunha (CUNHA, 1975, p. 45). A presença das disputas religiosas entre católicos e protestantes, no início do período republicano, pode ser explicada pela separação entre religião e política, que fora defendida pelo republicanismo. O radicalismo anticlerical dos militares conduziram o início da República. As disputas entre Igreja e Estado implicaram um processo de secularização vagaroso. Todo o arcabouço punitivo possui grande influência da Igreja que, contudo, não consegue alcançar na plenitude os corações e mentes dos interioranos<sup>2</sup>.

Apesar da repulsa expressada na obra *Os Sertões* não houve, segundo Marciano (1995, p.125-139) uma condenação de Antônio Conselheiro pela Igreja por insubordinação, por heresia, messianismo ou milenarismo, pois se tratava de um conflito de autoridade e de poder.

Euclides da Cunha mudou sua forma de perceber o sertanejo. Em sua caderneta, página 32, rascunhou um fragmento da correspondência de primeiro de outubro, a última que enviara ao jornal. O observador que principiara a travessia, clamando o esmagamento da “horda de maltrapilhos”, termina hesitante e trôpego, diante de uma guerra com cinco mil soldados mortos e o massacre de dez a vinte e cinco mil sertanejos (CUNHA, 2000, 218):

Felizes os que não presenciarem nunca um tal quadro. Quando eu voltei, percorrendo lentamente o vale tortuoso e longo que leva ao acampamento, senti a mesma mágoa indefinível, o mesmo desapontamento que deve sentir um nababo opulento expulso bruscamente dos salões dourados em que nasceu e obrigado a pedir uma esmola em praça pública. Quanto ideal ali deixei perdido, naquela sanga maldiata a quanta aspiração lá ficou, morta, absolutamente extinta, compartilhando o mesmo destino dos que agonizaram cheios de poeira e sangue...

---

<sup>2</sup> Berthold Zilly (2009, p. 41) critica os intelectuais do litoral, que seriam positivistas e ateus, preocupando-se com suspostas heresias dos sertanejos. Tendo sido denominados de “atávicos, paranoicos, jagunços e revoltosos”, seriam equiparados a fundamentalistas e terroristas. O autor cita Ataliba Nogueira (1997, p.37) no que chama de infundadas acusações de posicionamentos heréticos ou messiânicos.

## Vítimas e conflitos sociais

Os elementos apresentados no tocante à força social da obra, a relevância dada ao sertanejo e as tendências ideológicas de religião são alguns dos conformadores das forças presentes que suportaram a vitimização na área conflagrada. Visando à compreensão da interação daqueles elementos com o conflito de Canudos, faz-se necessário o entendimento das vítimas e do conflito social presentes.

No tocante à vitimização cabem referências à observação da postura das tropas federais, bem como a presença de mulheres, crianças e vitimados no conflito.

Desde Salvador, Euclides da Cunha comentava sobre o número de canudenses e soldados feridos, a tática de ambos os lados, a expectativa da população quanto aos destinos do embate, conversar com os oficiais.

Muitas cenas do conflito foram retocadas, para serem expedidas ao jornal, talvez porque interessassem, mais imediatamente, ao público leitor. Euclides da Cunha manteve e acentuou a noção de registro circunstanciado a regular a que nada escapava.

Além de coletar as narrativas locais em suas andanças e sondar os moradores mais velhos, “procurando tirar uma média das opiniões que aqui circulam”, como reportou, em Salvador, nas correspondências de 10 e 16 de agosto (CUNHA, 1975, p. 68, 97). Euclides da Cunha participou de alguns interrogatórios a soldados e sertanejos feitos prisioneiros.

O autor, junto a outros militares, indagou o menino Agostinho, em 19 de agosto, conforme sua correspondência a *O Estado de São Paulo*. Ao jornal deu ciência de que um jagunço adolescente, Agostinho, entregava chaves importantes para decifrar a sociabilidade do arraial, com descrições de João Abade, o braço direito de Conselheiro, o comerciante Villa-Nova, Pedrão, Pajéu, Manuel Quadrado, o curandeiro de Canudos, José Félix, o guarda das igrejas, Macambirra e seu filho, além de Antônio Mendes Maciel. Além disso, esclarecia dinâmica local, abordando os parcos trabalhos agrícolas e a precariedade existente, a obtenção de armamento e a atmosfera religiosa.

A medida que se envolvia nas movimentações do conflito, tanto através de relatórios militares e de jornais, quanto de sua própria visão, Euclides da Cunha defrontava-se com uma estranha robustez e dignidade dos sertanejos na luta. Em meio à amabilidade do tratamento às tropas, reconhecia, porém, a bravura dos jagunços que não se deixavam render com facilidade. A maneira como suportavam a fadiga, a fome e o cerco de militares impressionava Euclides da Cunha e certificava alguns itens identificados na sua caderneta de notas.

Tem a mais sólida, a mais robusta têmpera, essa gene indomável. Ainda não consegui lobrigar a mais breve sombra de desânimo em seus rostos, onde se refletem privações de toda a sorte, a miséria mais funda; não tremem; não se acovardam e não negam as crenças ensinadas pelo evangelizador fatal e sinistro que os arrastou a uma desgraça incalculável. [...] Era um traço firme de altivez selvagem com que se arrojavam à luta os jagunços, que, afinal, não tinham abastança tal qual justificasse tais atos. Afeitos, porém, às parcimônias de frugalidade sem par, os rudes lidadores, que nas quadras benignas atravessavam o dia com três manelos de paçoca e um trago d'água, haviam refinado a abstinência disciplinadora, na guerra, ostentando uma capacidade de resistência incomparável. Os nossos soldados não a tinham. Não podiam tê-la (CUNHA, 1975, p. 586)

A face dilacerada da criança, a horripilante magreza das mulheres, a brutalidade das mortes e a firmeza dos insurretos esmaeciam as certezas sobre a campanha e o fervor republicano se retorcia em enternecimento pelos sertanejos. Na página 32 da caderneta (NOGUEIRA, 2013), bosquejou um pedaço da correspondência de 1º de outubro, que encerraria a contribuição em Canudos de um observador que começara convicto e terminava trôpego, diante de uma guerra

que computava a perda de cinco mil soldados e o massacre de dez a vinte e cinco mil sertanejos (VENTURA, 1997).

Segundo Zilly (2009, p. 33):

A Europa fazia décadas tinha preparado os paradigmas teóricos e interpretativos para comportamentos considerados bárbaros, atrasados e desviantes, de coletividades rurais, radicalmente religiosas ou consideradas criminosas, aparentemente incompatíveis com a modernização - uma ciência, psiquiatria e antropologia que funcionavam como uma continuação da guerra com meios intelectuais.

O insulamento das populações descritas por Euclides da Cunha permite a sua compreensão do distanciamento e abandono do interior<sup>3</sup>. A postura de resistência dos sertanejos apresenta-se como um misto de firme posicionamento daqueles que dominavam o seu habitat, com a vulnerabilidade presente em uma realidade de esgotamento<sup>4</sup>. Aliados ao *mainstream* posto pelo pensamento dos colonizadores, o Brasil vivia um momento de revigoração de um arcabouço autoritário. O nascimento da República brasileira representa a presença de uma elite positivista e anticlerical, com a permanência de controles autoritários dentro da vida nacional (NEDER, 2019, p. 13).

A dificuldade de compreensão pelas elites brasileiras da situação dos sertanejos se consubstancia no amadurecimento de Euclides da Cunha ao se dar conta da realidade do conflito social implícito. Para Berthold Zilly (2009, p. 41) “Quando a República, no seu fanatismo civilizador, extermina o sertanejo ela cumpre uma lei da evolução, mas também pratica um ato de fratricídio e auto-mutilação nacional – numa guerra de assédio, cuja sombria grandiosidade lembra a Ilíada, a que alude a metáfora da Troia de taipa.”

A presença das disputas religiosas entre católicos e protestantes, no início do período republicano, pode ser explicada pela separação entre religião e política que fora defendida pelo republicanismo. E também pelo radicalismo anticlerical dos militares conduziram o início da República. As disputas entre Igreja e Estado implicaram um processo de secularização vagaroso. Todo o arcabouço punitivo possui grande influência da Igreja que, contudo, não consegue alcançar na plenitude os corações e mentes dos interioranos<sup>5</sup>.

Marciano (1995, p.125-139) cita que não houve uma condenação de Antônio Conselheiro pela Igreja por insubordinação, nunca por heresia, messianismo ou milenarismo, pois se tratava de um conflito de autoridade e de poder.

Pode-se agora observar o nível de visão de Euclides da Cunha, pelo entendimento da sua percepção sobre a área do conflito, considerando o sujeito a partir da ótica do autor. Nota-se a insubordinação presente no início da carreira e a busca por autonomia.

---

<sup>3</sup> O autor retrata a anomalia presente na dramaticidade dos povoados do São Francisco, pelo choque entre líderes locais, a partir de uma “ânsia mineradora”, denunciando um conflito de interesses inerente à realidade do interior, fruto do processo colonizador. “...and the Canudos Campaign served to bring together, spontaneously, all the seaberrant forces wich were hidden away in the backlands” (CUNHA, 1944, p. 178)

<sup>4</sup> Euclides da Cunha cita o alto grau de resistência da comunidade de Canudos, bem como o esgotamento humano dentro de um terreno devastado, onde sobraram um velho, dois homens e uma criança perante uma força militar de 5 mil soldados (CUNHA, 1944 p. 475)

<sup>5</sup> Berthold Zilly critica os intelectuais do litoral, que seriam positivistas e ateus, preocupando-se com suspostas heresias dos sertanejos. Tendo sido denominados de “atávicos, paranoicos, jagunços e revoltosos”, seriam equiparados a fundamentalistas e terroristas. O autor cita Ataliba Nogueira no que chama de infundadas acusações de posicionamentos heréticos ou messiânicos (NOGUEIRA apud ZILLY, 2009)



## Subjetividade em Euclides da Cunha

Segundo Nathália Nogueira (2017):

[...] Euclides, caboclo ladino, porque instruído, talvez visse um pouco de si no outro. Apartados, porém, pelas ciências, pela pedagogia civilizatória, pela história, pelo tempo. A dimensão de sua subjetividade aponta para a tentativa de redenção de uma imagem que, possivelmente, não era tão diversa daquela que refletia em seu espelho. Não condenar os sertanejos, para planejar seu engastamento ao futuro, poderia significar não negar a si mesmo, não se fadar ao fracasso, como alguém que tivesse em si qualquer coisa de agreste [...].

Para Walnice Nogueira Galvão e Osvaldo Galloti (1997, p. 90) as palavras de Euclides da Cunha são um elemento que demonstram o sentido de busca de autonomia, citando: “Tomarei outra vez meu cajado de peregrino e procurarei outras terras [...]”.

Esta perspectiva se agrega ao pensamento do Professor Gisálio Cerqueira Filho ao tratar Euclides da Cunha como apresentando indícios de obsessão pela autonomia individual e com certa dificuldade em mapear seus desejos (CERQUEIRA FILHO, 2008, p. 380-391). Entender o pensamento de Euclides da Cunha representa observar uma alma agitada por uma busca pelo conhecimento, associando-o ao cartesianismo próprio da sua formação militar a um sentido estético da natureza.

Euclides da Cunha nasceu em 20 de janeiro de 1866, no município de Cantagalo, no estado do Rio de Janeiro. Ingressou em 1855 no curso de engenharia civil da Escola Politécnica. Em 1886 prestou novos exames para o curso de engenharia da Escola Militar da Praia Vermelha (NOGUEIRA, 2017 p. 11).

Seus estudos foram interrompidos, por insubordinação. Em novembro desse ano, por ocasião da chegada ao Rio de Janeiro do republicano Lopes Trovão, os cadetes da Escola Militar foram submetidos a uma inspeção, a fim de impedir a saída e a adesão a um comício contra a monarquia. Durante a revista, Euclides protestou diante do Ministro da Guerra, acarretando seu desligamento do Exército. Este episódio ensejou o convite para escrever no jornal Província de São Paulo.

Colaborou com o jornal de 1888 a 1907. Concluída sua formação em engenharia, empregou-se na Diretoria de Obras Militares e, mais tarde, na Superintendência de Obras Públicas de São Paulo. Vinculou-se a uma tradição republicana, preocupada com temas nacionais, apoiada em um cientificismo próprio do seu tempo e de uma atuação racional do poder público (ABREU, 1988).

Euclides da Cunha se confronta com um interior embrutecido e desfigurado, se comparado ao florescimento da “modernidade” das teorias antropocêntricas e culturais no final do século XIX e início do século XX. Na obra *Os Sertões* observa inicialmente o abismo presente entre as duas realidades para no final de sua obra apresentar um relato revelador da triste realidade, onde viveriam vitimados<sup>6</sup>.

Berthold Zilly apresenta a relevância da polissemia e da ambivalência presentes nas ideias e imagens do livro *Os Sertões*. Para o autor a perspectiva de Euclides da Cunha permite “chamar o leitor a participar e opinar num debate com várias vozes e de resultado aberto” (Zilly, 2009, p.37).

---

<sup>6</sup> Euclides da Cunha escreveu em Lorena, em 22 de abril de 1902, meses antes da publicação: “Serei um vingador e terei desempenhado um grande papel na vida – o de advogado dos pobres sertanejos assassinados por uma sociedade pulha, covarde e sanguinária.” (GALVÃO; GALLOTI, 1997, p. 133).

A ausência de negação do sertanejo<sup>7</sup> revela um autor que valoriza o caráter estético, em que o belo e o sublime aparecem como chaves para sua representação. Para Nogueira (2017): “[...] Rebuscá-la, forrá-la de metáforas, em suma, estetizá-la implicava, frequentemente, assinalar o espanto e as apreensões dúbias e antitéticas, que ela provocava no observador, que variavam da admiração e fascínio ao terror e assombro”.

Na obra *Análise Social da Ideologia*, Cerqueira Filho (1988) discorre sobre a relevância das figuras alusivas. Metáforas e Metonímias seriam indícios relevantes de pulsões e recalques presentes no imaginário.

Euclides da Cunha apresenta no texto de *Os Sertões* várias metáforas que valorizam a figura do sertanejo, demonstrando um conflito latente entre a proposta inicial e a percepção estética do autor, tal qual Barthes (2005) ao discutir “conteúdo e forma” (BARTHES, 1991, p. 43), comparando Sade, Fourier e Loyola. Apesar das perspectivas temporais diferenciadas, Barthes apresenta as similaridades entre os três autores ao apresentarem linguagens próprias, com a observação das línguas por eles fundadas pelas capacidades de articulação e ordenamento de ideias.

O conflito acima delimitado nas figuras de linguagem de Euclides da Cunha não se demonstra como palavras soltas, mas dão significância a uma postura de descoberta sobre o estado de vitimização da população em Canudos.

O texto possui expressões que apresentam aspectos relevantes através de metáforas como: “**Tróia de Taipa**” e “**urbs de barro**”, referindo-se à vila de Canudos; “**Hércules-Quasimodo**” ao mostrar uma fraqueza interna, perante uma temperança muito própria; a apresentação de Canudos como a “Vendéia”, comparando-a a região conflagrada da França, no final do século XVIII e sua capacidade de resistência, enaltecendo as ousadias e astúcias dos sertanejos; a palavra em tupi “Tibicuera” denominando o cemitério de Canudos e a triste realidade que se destacava na cidade; os “Chouans” tratam da comparação entre a resistência de Vendéia e a comparação com os sertanejos em Canudos, pelo heroísmo e a luta vigorosa; Maudsleyé citado na última frase do livro para tratar das loucuras e os crimes das nacionalidades, associando a discussão sobre as questões presentes em Canudos aos estudos daquele pioneiro da psiquiatria, com importantes contribuições para a noção de responsabilidade penal e conceito de Sociopatia. Ele defendia a noção de irresponsabilidade, insensibilidade ou imbecilidade moral, sem nenhuma outra alteração das faculdades mentais observadas em alguns infratores o conduziu à noção de “determinação genética” denominada por ele como “tirania da organização” (LANGE, 1930).

Ao referenciarmos a obra de Cerqueira Filho, tratamos de relacionar a hipótese por ele apresentada sobre a sua obsessão de Euclides da Cunha no tocante a autonomia e a perspectiva de discussão sobre a ilusão e alusões presentes na ideologia.

O meio circundante e o aparelhamento ideológico conformam a produção intelectual, no pensamento de Cerqueira Filho (1988, p. 30):

[...] No nosso entender, a utilização da metáfora e metonímia nos dará acesso às manifestações inconscientes presentes no discurso político hegemônico (pensar) e permitirá uma adequada análise das relações entre o sentir/pensar/agir, ou seja, entre a estrutura ideológica, a estrutura política e o sistema inconsciente.

O pensar, entendido como discurso político hegemônico mostra a abordagem de Euclides da Cunha no início da obra *Os Sertões*, calcado na sua erudição ao discutir na primeira parte da obra aspectos geográficos e etnográficos do ambiente presente. Trata-se de um autor alinhado

---

<sup>7</sup>“Acreditamos que isto sucede porque o espaço essencial destas investigações se tem reduzido à pesquisa de um tipo étnico único, quando há, certo, muitos” (CUNHA, 1944. P. 54).

com as “modernas perspectivas científicas” do seu tempo. Mas o papel da Igreja e seu aparelhamento ideológico, aqui já discutido dentro do confronto entre o Ultramontanismo e o Jansenismo também envolvem esta estrutura ideológica.

O “sentir” de Euclides da Cunha é expressado na qualidade estética e no entendimento da alteridade antropológica presentes. A sensibilidade de que: “...Essa natureza imponente e impiedosa configurada como uma alteridade geográfica por Euclides, produzia, pois, uma alteridade relacionada à população (NOGUEIRA, 2017, p. 22).

O “agir” é citado por Cerqueira Filho como: “...a ideologia (pensar) envolve necessariamente as emoções e os sentimentos (sentir), que se relacionam com a prática política (agir)” (grifos nossos) (CERQUEIRA FILHO, 1988, p. 45). Esta práxis se configura na descrição pormenorizada de Euclides sobre as quatro expedições à Canudos. Chama a atenção no texto a fluidez de detalhes e as imagens criadas pelo autor, demonstrando a sua versatilidade em expressar o seu “sentimento”. A ferocidade dos combates e as atrocidades cometidas não só influenciaram o despertar da autonomia presente em Euclides da Cunha, mas criaram uma peça literária complexa e envolvente. Esta complexidade traz a singularidade de *Os Sertões* no entendimento proposto por Silvio Romero<sup>8</sup>:

[...] a intelectualidade local, para exorcizar a denúncia que contém, definiu a obra [ *Os Sertões*] como arte literária [...] a crítica indígena [...] não vos compreendeu cabalmente. Tomou o vosso livro por um produto meramente literário [...] Viu nele apenas as cintilações de estuki [...] considerou-o ao demais como uma espécie de oposição política [...] Vosso livro não é um produto de literatura fácil, ou de politiquismos inquietos. É um sério e fundo estudo social de nosso povo (ROMERO apud NASCIMENTO, 2003, p. 12).

Euclides da Cunha desconstrói um pensamento objetivo e cientificista e edifica uma perspectiva de discussão sobre as questões de proteção aos vitimados: doentes, velhos, mulheres, crianças, prisioneiros: “É que ainda que não existe um Maudsley para as loucuras e os crimes das nacionalidades [...]” (CUNHA, 1975, p. 476). A abordagem deste texto permite partir de Euclides da Cunha, que por meio da sua subjetividade, colocou uma lupa sobre as questões humanitárias, crescentes no final do século XIX, conforme uma inserção internacional florescente na Europa. Falar de Euclides da Cunha como um autor com visão humanitária, se configura em mais um adjetivo ao intelectual que se projeta como símbolo para a sociedade brasileira.

Zilly (2009, p. 43) ressalta que a glória e a atualidade de *Os Sertões* relaciona-se com a revificação e imortalização como modelo e mito ao discutir as questões das vítimas (ZILLY, 2009, p. 42). Discutir a representatividade destes conceitos permite compreender conflitos contemporâneos pela perenidade dos atores envolvidos.

Com a reanimação do papel central da Igreja, relacionada ao Papado, representado pelo retorno dos jesuítas e a afirmação do papel referencial da fé, ocorre um choque em conflitos onde pregadores se confrontam ao poder central da Igreja. É possível o entendimento da importância de líderes religiosos e pregadores como Antônio Conselheiro (Canudos) e dos monges (beatos rezadores e curadores itinerantes) (MONTEIRO, 1974, p. 86) com um papel equivalente ao do padre e como expressão da autonomia do mundo religioso rústico. Tal fenômeno é referenciado também no conflito do Contestado:

O messianismo adquiria corpo. A vida era comunitária, com locais de culto e procissões denominados redutos. Tudo pertencia a todos. O comércio convencional foi abolido, sendo apenas permitidas trocas. Segundo as pregações do líder, o mundo não duraria mais 1000 anos e o paraíso estava próximo. Ninguém deveria ter medo de morrer porque ressuscitaria após o combate final. É

---

<sup>8</sup> NASCIMENTO, José Leonardo do *Juízos críticos: Os Sertões e os olhares da sua época*. São Paulo. Nankin Editora. Editora da UNESP, p.12

de destacar a importância atribuída às mulheres nesta sociedade. A virgindade era particularmente valorizada (ANGELO, 2019)

De Angelo cita ainda: “O ‘santo monge’ José Maria rebelou-se, então, contra a recém-formada república brasileira e decidiu dar status de governo independente à comunidade que comandava. Para ele, a república era a “lei do diabo” (ANGELO, 2019)

Vistos aspectos que valorizam o entendimento do sujeito a partir de Euclides da Cunha, pode-se agora observar o fenômeno dos conflitos armados, considerando a dispersão da violência e o entendimento de algumas das tendências de valorização do humanitarismo na atualidade.

## **DISPERSÃO DA VIOLÊNCIA E HUMANITARISMO**

A obra de Euclides da Cunha suplanta o tempo, não pelo conhecimento do futuro da natureza das guerras ou da antevisão de tendências para os conflitos sociais, mas pela percepção sobre as vítimas, com elementos que perduram no tempo e espaço, em diversas regiões do globo, produto de continuados choques de forças sociais e ideológicas, bem como pela presença da intolerância para a vitimologia.

Segundo Van Creveld (1991, p. 53), conflitos de baixa intensidade têm sido recorrentes desde o fim da 2ª Guerra Mundial. Os embates entre hindus e muçulmanos, no período de 1947-1949, mataram mais de um milhão de pessoas. Na Guerra Civil da Nigéria de 1966 a 1969 o número de pessoas mortas foi de três milhões. Durante o conflito no Afeganistão, no início da década de 80, cerca de um milhão de pessoas morreram e cinco milhões de pessoas se tornaram refugiados. Van Creveld menciona, ainda, que um número próximo de vinte milhões de pessoas morreram em diversas localidades como Filipinas, Tibet, Tailândia, Sri Lanka, Sudão, Etiópia, Uganda e Angola.

O segundo aspecto apontado por Van Creveld diz respeito às falhas na implementação dos sistemas de armas em combate, dadas as condições onde os conflitos de baixa intensidade ocorrem. Para ele (VAN CREVELD, 1991, p. 86) as mais potentes forças armadas são largamente irrelevantes para a guerra moderna, já que a importância desta guerra está inversamente proporcional a sua modernidade, pelo desconhecimento da conduta e do cenário onde os embates serão travados. A explicação para tais acontecimentos estaria, segundo Van Creveld, no fato das forças regulares considerarem no seu cálculo a trindade clausewitziana (povo, forças armadas e governo). Contudo, um grande número de forças em várias regiões do terceiro mundo, não tem um exército e seu governo não representa claramente o seu povo.

O rompimento da trindade clausewitziana é percebido por Euclides da Cunha, ao discorrer sobre as características não-convencionais de combate do sertanejo e ao discutir o insulamento das populações. Estas características se apresentam na contemporaneidade descrita por Van Creveld, em regiões com baixo institucionalização e com disposição de forças governamentais.

Boaventura Santos discorre sobre a falta de institucionalização em uma comunidade denominada “Pasárgada”. A pesquisa participante permitiu perceber as carências presentes em comunidades pobres do Rio de Janeiro, em 1970 (SANTOS, 2018, p. 33).

O aumento dos danos sofridos pela população civil leva o estabelecimento de normas internacionais<sup>9</sup>, pela comunidade de nações, a partir de 1864, que se consumaram nas Convenções de Genebra de 1949, dados não só o grande número de malefícios proporcionados à população civil, quanto a ocorrência de experiências biológicas e o assassinato em massas, praticados durante a II Guerra Mundial.

Na atualidade, a discussão sobre o papel dos Direitos Humanos se apresenta como uma realidade, agora como fruto da dispersão da violência presente em múltiplas regiões do mundo. A observação da evolução contemporânea das discussões sobre Direito Humanitário, discutidas pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (2004). Existe uma convergência entre a legislação de Direito Humanitário e de Direitos Humanos, no tocante aos conceitos sobre a proteção aos direitos do ser humano. O artigo 3º, comum às Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos

---

<sup>9</sup> • Código Lieber - Instruções para as forças em campanha do Exército americano, 1863. O artigo 59 admite a responsabilização sobre os prisioneiros de guerra, pelos crimes praticados por eles e não punidos pelas autoridades inimigas;

- Convenção de Genebra, de 22 de agosto de 1864, relativa aos militares feridos nos campos de batalha;
- Declaração de São Petersburgo, de 11 de dezembro de 1868, para proscrever o emprego de projéteis explosivos e inflamáveis em tempo de guerra;
- Tratado de Washington, de 7 de maio de 1871, precisando as obrigações dos neutros em tempos de guerra;
- Convenção de Haia, de 29 de julho de 1899, relativa a leis e usos da guerra terrestre;
- Convenção de Haia, de 29 de julho de 1899, para a adaptação à guerra marítima dos princípios de Genebra de 22 de agosto de 1864;
- Convenção de Genebra, de 6 de julho de 1906, para melhorar a sorte dos feridos ou enfermos nos exercícios em campanha;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, concernente às leis e usos da guerra terrestre;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, concernente aos direitos e deveres das potências e das pessoas neutras no caso de guerra terrestre;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, relativa ao regime dos navios mercantes inimigos no começo das hostilidades;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, relativa à transformação dos navios mercantes em navios de guerra;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, relativa à colocação de minas submarinas automáticas, de contato;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, concernente ao bombardeamento por forças navais, em tempo de guerra;
- Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, para adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra (6 de julho de 1906);
- Declaração de Haia, de 18 de outubro de 1907, referente aos direitos e deveres das potências neutras, nos casos de guerra marítima, e
- Declaração de Haia, de 18 de outubro de 1907, relativa à proibição de lançar de projéteis explosivos de balões.
- Convenções de Genebra de 1949, e
- Tribunal Penal Internacional de 1999.

Além dos tratados desenvolvidos quanto a limitações sobre a utilização de armamentos e proteção às vítimas, foram incorporadas novas questões presentes nos conflitos armados. Podem ser citadas:

- A Convenção de Haia quanto a proteção de bens culturais em caso de conflito armado, em 1954;
- A Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas e tóxicas, em 1972;
- Os Protocolos Adicionais de 1977 abordam questões como neutralidade, transportes sanitários, limitações aos meios e métodos de guerra, incorporação de novas características aos protegidos pelo Estatuto do Combatente, disposições sobre o tratamento da população civil, bens de caráter civil, disposições sobre Defesa Civil e também sobre conflitos não-internacionais;
- As Convenções das Nações Unidas, de 1980 sobre as proibições quanto ao emprego de armas convencionais, especificando-se fragmentos não-localizáveis, uso de minas, armas trampa
- Em 1993 foi aprovada a Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção, armazenamento e emprego de armas químicas;
- Em 1995 aprovou-se o Protocolo sobre armas lasers que cegam, e
- Em 1997 aprovou-se a ampliação do Convênio de 1980 sobre minas e sua destruição. (SWINARSKI, 1996, p. 24)

Adicionais I e II, tratam de garantias fundamentais de respeito à pessoa humana, em elementos como os direitos a vida e a inviolabilidade.

## CONCLUSÃO

Este trabalho pesquisou a influência da intolerância para as vítimas de Canudos, considerando o tema da Vitimologia. Abordou o Conflito de Canudos, 1897, e sua relevância para o entendimento da realidade dentro dos campos de Humanidades e Biopoder. Apresentou a relevância da intolerância para o aumento dos danos à população civil, bem como o grau de vulnerabilidade presente naquela sociedade. A pesquisa buscou, ainda, o entendimento da relevância das questões humanitárias e sua difusão na contemporaneidade, partindo das discussões sobre biopoder em Michel Foucault e considerando autores como Gisálio Cerqueira Filho, Gizlene Neder, Pierre Legrenge, Carlo Ginzburg. Apresentou os diversos elementos do Direito Humanitário e a interação na proteção às vítimas daquele conflito armado. A pesquisa observou estudos sobre intolerância, e sua relevância para a discussão para o processo de legitimação do Direito Humanitário. Os resultados permitiram o entendimento de métodos e elementos a serem considerados em uma análise sobre conflitos armados, bem como a complexidade dos atores envolvidos, considerando a dispersão da violência.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Regina. **O enigma de Os sertões**. Rio de Janeiro: Funarte: Rocco, 1998.
- ANGELO, Vitor Amorim de. Guerra do Contestado - Conflito alcançou enormes proporções. **UOL**, 2019. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/guerra-do-contestado-conflito-alcancou-enormes-proporcoes.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.
- ALTHUSSER, Louis. **Idéologie e appareils idéologiques d'État**. Paris. Le édition sociales. 1976
- BARTHES, Roland. **Sade, Fourier, Loyola**. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005.
- BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. São Paulo: Cultrix; USP, 1971, p. 43.
- BEAL, Tarcísio. As raízes do regalismo brasileiro. **Revista de História USP**. Vol. 54. Número 58. 1976.
- CALASANS, José. Euclides da Cunha nos jornais da Bahia. **Revista da Cultura da Bahia**, n. 4, julho-dezembro de 1969. Disponível em: <http://josecalasans.com/downloads/artigos/17.pdf>. Acesso em 06 abr. 2019.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Análise Social da Ideologia**. São Paulo. EPU. 1988
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Autoritarismo Afetivo: a Prússia como sentimento**. São Paulo: Escuta. 2005.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Euclides da Cunha e a psicopatologia: um indício para abdução. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia**. São Paulo. v. 11, n.3, p. 380-391. setembro 2008
- CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. Revisor: José E. Andrade. 1980
- CUNHA, Euclides da. **Caderneta de Campo** in: ANDRADE, Olímpio de Souza (Org). São Paulo; Brasília: Cultrix. 1975.
- CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**. São Paulo. Três. 1984.

- CUNHA, Euclides da. **Rebellion in the Backlands. Translated and with a Introduction by Samuel Putman.** University of Chicago Press. Chicago. 1944.
- DI STEFANO, Roberto, **Disidencia religiosa y secularización em el siglo XIX Iberoamericano.** Projeto História, São Paulo, n.37. dez 2008, p. 168
- ECO, Umberto. **Cinco escritos morais.** Rio de Janeiro: Record, 2001
- FLAVIANO, Giovana Beraldi. Caio Prado Júnior e Os sertões de Euclides da Cunha. **Revista IEB**, nº54. set./mar. 2012. P.193
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.
- GALVÃO. Walnice Nogueira; GALLOTI, Osvaldo. **Correspondência de Euclides da Cunha.** São Paulo: EDUSP, 1997, p. 90
- HAUCK, João Fagundes. **História da Igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo.** Vol. 11/2. Petrópolis: Vozes, 1980.
- LANGE, Johannes. **Crime and destiny: Historical foundation of forensic psychiatry and psychology.** University of California, 1930
- LEGRENDE, Pierre. **O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática.** Rio de Janeiro: Forense Universitária. Colégio Freudiano.
- LIMA, Luis Felipe Silveiro. **O Império dos Sonhos: narrativas proféticas, sebastianismo e messianismo.** Alameda. São Paulo. 2010.
- LOCKE, John (1689). **A Letter Concerning Toleration.** New Haven and London, Yale University Press, 2003.
- MARCIANO, Frei João Evangelista de Monte. "Relatório ao Acerbispo da Bahia". IN: E. MENEZES, Diatahy B. de; ARRUDA, João (orgs.). **Canudos: as falas e os olhares.** Fortaleza: UFC, 1995. p.125-139
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã.** São Paulo: Martins Fontes. 1988
- MENEZES, Paulo. Tolerância e Religiões, in: TEIXEIRA, F, (org.) **O diálogo inter-religioso como afirmação da vida.** São Paulo: Paulinas, 1997.
- MONTEIRO, Duglas Teixeira. **Os Errantes do Novo Século: um estudo sobre o surto milenarista do Constestado.** São Paulo. Duas Cidades. 1974.
- NASCIMENTO, José Leonardo do. **Juízos críticos: Os sertões e os olhares da sua época.** São Paulo. Nankin Editorial/Editora da UNESP, 2003.
- NEDER, Gizlene. **Direito, religião e cultura política: variações.** Rio de Janeiro: Mauad X, 2019.
- NOGUEIRA, Nathália Sanglard de Almeida. **Margear o outro: viagem, experiência e notas de Euclides da Cunha nos sertões baianos.** Disertação (Mestrado em História) – Faculdade de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.
- NOGUEIRA, Nathália Sanglard de Almeida. **Um peregrino entre selvas e desertos: as viagens ao Brasil ignoto e a escrita do outro de Euclides da Cunha.** Tese (Doutorado em História) – Faculdade de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.
- PONDÉ. Luiz Felipe. **O homem insuficiente - Comentários de antropologia pascalina.** São Paulo: EDUSP, 2001.

- RAZZI, Riolando. **O episcopado do Brasil frente ao catolicismo popular**. Petrópolis, Vozes, 1977.
- SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Construindo as Epistemologias do Sul**: Antologia essencial: Volume II: Para um pensamento alternativo de alternativas. v.2, CLACSO, 2018
- SIKNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SWINARSKI, Christophe. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.
- TODOROV, Tzvetan. **A conquista da America**: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1983
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. CICV, 2004. Disponível em: <http://www.institutoribranco.itamaraty.gov.br/images/pdf/CAD/LXVII/Bibliografia/Direitos-Humanos-e-Desenvolvimento-Social/leitura-complementar/Cpt-CancadoTrindade-1996-TresVertProtIntPesHumanaCap1-4.pdf>. Acesso em 20 jul. 2019.
- VAN CREVELD, Martin. **The Transformation of War**. New York: The Free Press.1991.
- VENTURA, Roberto. Canudos como cidade iletrada: Euclides da Cunha na urbs monstruosa. **Revista Antropologica**. Vol. 40. Nr. 1. São Paulo. 1997
- ZILLY, Berthold. Uma construção simbólica da nacionalidade num mundo transnacional: Os Sertões de Euclides da Cunha, cem anos depois. **Revista Outros Sertões**. Ano 3. Dezembro de 2009. UNEB. Salvador. 2009.



# ENTRE A “LOCALIZAÇÃO AMBULANTE” E A TERRITORIALIDADE ITINERANTE? A FUNÇÃO DO ILEGALISMO NA MANUTENÇÃO DA(S) CRACOLÂNDIA(S) NOS CENTROS URBANOS

**Gil Ricardo Caldeira Hermenegildo**

Mestre em Direito (PUC-MG)

**Giordano Leonardo Alves**

Discente do curso de Direito (PUC-MG)

## INTRODUÇÃO

A Cracolândia é um espaço singular na estrutura citadina de inúmeras metrópoles do mundo. Dinâmica, detectável e que transita, esse espaço forma um “cosmo” que vincula uma conexão com a urbanidade e nem por isso pode ser confundir de maneira completa com a mesma. É um espaço absolutamente paradoxal.

Observado nesse sentido, tentar captar seus nuances de forma completa não seria o objetivo tão somente de um artigo, nem de uma pesquisa por inteiro. São focos, fissuras, aparições, ou, em termos hermenêuticos, rastros desse “personagem” urbano que serão vislumbrados nas páginas a seguir.

Nas figuras que aparecem em degredo, sobre o viés narrativo amórfico da imprensa, ou mesmo nas páginas policiais, ou pelos campos de pesquisa que permeiam esse espaço urbano, pode-se tentar captar esses rastros, e, ainda assim, os mesmos terão dissonâncias e contradições, e esse sintoma acontece por dois motivos: a forma multifacetada dos atores que se encontram na cena da Cracolândia, entre suas histórias, contextos e vivências; e com o caráter próprio do espaço, que é captável na cidade, embora escape da mesma, permeando espaços urbanos, fugindo dos mesmos, entre outros movimentos.

Ainda assim, tenta-se homogeneizar a estrutura da Cracolândia. Os dispositivos de poder buscam essa uniformização para o que Foucault (2002) indicaria como uma prática de normalização.

Será sobre esse embate entre o caráter “pessoal” desse espaço e essa tentativa de uniformização que o presente trabalho irá se debruçar. Primeiro se visualizando como poderes e seus dispositivos biopolíticos traçam uma rota para acessar o poder de matar ou de deixar viver nesse ambiente, facilitando e colocando em expectativas de gestão e de controle suficientes para os seus cálculos, para em seguida apresentar um aspecto crucial da Cracolândia que, apesar de ser característica da mesma, estar sendo levada para o cálculo desses poderes, é que a abordagem irá se dispor.

Observar-se-á, aqui, em uma perspectiva agambeniana, se estrutura uma característica específica da exceção permanente no interior desse espaço, para em seguida observar uma fisionomia desse mesmo ambiente urbano.

Melhor dizendo, será desnudada, como caractere do estado de exceção permanente, perspectiva do italiano Giorgio Agamben (2002), a chamada “localização deslocante” que se forma na contemporaneidade posta sobre esse paradigma de Estado, para em seguida observar a “territorialidade itinerante” (FRUGOLLI JÚNIOR; SPAGGIARI, 2010), movimento singular da Cracolândia na urbanidade.

Assim, primeiramente se definirá o estado de exceção sobre a égide do pensamento de Carl Schmitt, para se refletir as diferenças do pensamento do mesmo para com o estudo agambeniano do estado de exceção, perpassando em seguida nos moldes específicos da territorialidade itinerante da Cracolândia.

Dessa forma, o principal objetivo da presente análise é estabelecer um paralelo entre a localização deslocante e a territorialidade itinerante da Cracolândia com a seguinte hipótese: embora a última possa ter a sua aparição por meio de dinâmicas internas, essa forma de “itinerância” acaba sendo capturada pelos dispositivos do poder (soberano) e acabam permitindo a intensificação da exceção permanente nesse espaço urbano. E esse relação entre termos apenas se constitui com as bases da “gestão de ilegalismos” (FOUCAULT, 2002) para permitir esse deslocamento.

Como Agambem reflete, o campo, local no qual o estado de exceção torna-se regra (AGAMBEN, 2002), perpetua-se em qualquer lugar, desde que a decisão soberana dê a palavra final sobre a questão. Nas grandes capitais, um desses espaços pode ser observado na Cracolândia.

A mobilidade desta “área” urbana possui uma forte vinculação com a cidade sobre um campo de relações em um “contexto multifacetado” (JÚNIOR; SPAGGIARI, 2010, p. 13), e, a primeira vista, poderia tornar-se impossível a identificação do estado de exceção permanente na Cracolândia, por esta ser espaço comum do urbano. No entanto, sua característica situacional (RUI, 2014) comum é o elemento que permite tal exceção.

Pela característica deslocante, a exceção pode atuar dentro da territorialidade itinerante da Cracolândia e formar uma “localização sem ordenamento” (AGAMBEN, 2002) na qual inúmeros soberanos (polícia, mercado formal e informal, entidades de saúde e ONGs, redução de danos) aplicam ou afastam a exceção permanente do corpo do craqueiro. Aqui, a questão que se coloca é: Como é permitida essa dimensão da exceção permanente? A noção de ilegalismo de Foucault (2002) é essencial como o fio condutor para se discernir essa “permissão”

O ilegalismo “é um elemento positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia da sociedade” (FONSECA, 2002, p. 139), no qual a “lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe num sistema punitivo neutro: o que ocorre é que nem toda prática ilegal deve ser punida e, nem toda lei deve ser respeitada” (FONSECA, 2002, p. 138) e esse seria o sintoma capaz de criar o abandono (AGAMBEN, 2002), a aplicação do poder de matar do soberano, e o próprio cuidado estatal, devido ao ilegalismo funcionar como uma prática de gestão do ilegal e do legal (TELLES, 2011) na Cracolândia.

Portanto, o presente trabalho problematizará a forma como esse ilegalismo atua na gestão do estado de exceção permanente na Cracolândia, e tem por objetivos apresentar uma análise do ilegalismo urbano, bem como refletir sobre a teoria de Agamben e inserir suas observações na Cracolândia.

A metodologia utilizada será a bibliográfica descritiva com o método qualitativo, nos quais reportagens, obras, e notícias serão o norte para se descrever o fenômeno do ilegalismo na manutenção do estado de exceção permanente na Cracolândia.

Assim, tem-se como conclusões parciais a necessidade de refletir-se sobre as fronteiras do legal e do ilegal nas grandes cidades e como tais fronteiras permitem que a arbitrariedade da violência e o impacto da decisão soberana se tornem legítimos, pois, para o ilegalismo, nem toda prática será punida.

Por isso, a localização deslocante que é o estado de exceção permanente pode tomar de assalto qualquer lugar, e, na análise, invade e pratica a gestão da Cracolândia.

## **A LOCALIZAÇÃO DESLOCANTE**

Sobre a análise da soberania, se estabelece que o mesmo está dentro e fora do ordenamento. (SCHMITT, 2006), ou, ainda mais crucial, “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 15). Sobre esse aspecto, “[...] na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal”. (AGAMBEN, 2002, p. 149).

O jurista que estabeleceu as bases para se conceituar o nazismo estabeleceu uma visualização da soberania (ou do que pode ser considerado como o poder soberano) como um vinculador da exceção que permite-se visualizar a normalidade em si. Carl Schmitt estabelece que o soberano estipula a ordem que se reflete na disposição jurídica, e a ele cabe a decisão absoluta de fomentar os critérios da normalidade e de quando é necessário a aplicação da exceção para situações que escapam à norma.

Ou seja, o que o autor demanda é que a representação dos dispositivos normativos são antecedidos pela decisão soberana (SCHMITT, 2006) e as instituições de cunho democrático, das leis ou da ordem perpassam pela decisão e pelo caráter decisivo da soberania. O ordenamento jurídico é formado e decidido pelo soberano e este estabelece o que é a situação normalizada e qual a situação passível da aplicação da exceção, uma vez que é o único que pode ser visto fora do ordenamento e dentro do mesmo ao mesmo tempo. (AGAMBEN, 2002).

Moldado para estabelecer a vinculação da decisão soberana com o estado de Natureza que se perpetua com a violência para que o mesmo adentre no estado Civil normalizado, a exceção é fundamentada como um espaço de indistinção entre o mesmo, nem dentro, nem fora do ordenamento, mas em uma zona de indeterminação pela qual, para o jurista alemão, em uma situação específica, pode vim a permitir que a exceção se instaure. (BARSALINI, 2013).

Dessa forma, como na visualização de um milagre na esfera teológica, o soberano possui o caráter de decisão da exceção como se um milagre fosse. O mesmo decide sem um embaçar-se em algo, retira essa decisão como Deus produz o milagre (SCHMITT, 2006).

Nesse caminho, ocorre a formação do estado de exceção de acordo com o autor. Devido ao paradoxo da soberania, por estar dentro e fora do ordenamento, se fomenta a criação desse espaço de exceção.

Schmitt estabelece que essa ligação com aquilo que ele estabelece como a suspensão do ordenamento, e não a exclusão do mesmo, para a aplicação da exceção, é fundamental para situações extremas. “O soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. [...] “Eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei (AGAMBEN, 2002, p. 23).

Para o autor alemão, a exceção se encontra em uma ligação com a soberania de maneira direta, e a mesma consegue vincular a soberania a esse conceito extremo que é o da exceção (TOEDTER, 2011).

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso da exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato

aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar. Ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. [...] Nisto reside a essência da soberania estatal que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio de sanção ou de poder, mas como monopólio da decisão. [...] A autoridade demonstra que não necessita do direito para criar direito... A exceção é mais interessante do que o caso normal. Este firma a regra: A regra mesma vive só de exceção (SCHIMITT, 2006, p. 39-40). (grifos nossos).

Nesse ponto, é preciso estabelecer o objetivo de trazer em um caráter introdutório o jurista alemão ao cerne da presente análise: para o mesmo, não havia qualquer possibilidade de vinculação ou similaridade da exceção para com a regra.

Se para o mesmo ocorre uma precedência do político sobre o jurídico, pelo fato da exceção ser vista apesar de dispositivos jurídicos que viriam a impedi-la, isso é o veio principal que o distingue de Agamben. (BARSALINI, 2011).

Na forma da exceção schmittiana, a decisão soberana perpassa por uma forma de limitação que acaba por estabelecer a exceção que a essa é decidida: embora como milagre, para o autor, não é possível identificar que a exceção de forma absoluta se confunda com a norma. (TOEDTER, 2011). Sobre uma situação concreta e situacional o soberano observa possibilidade de se restabelecer a ordem e a normalidade anterior, e para tanto, sobre esse campo aplica a exceção para restabelecer tal situação em um evento de anomia. A estrutura de legitimidade de atuação soberana precisa desse critério diferencial, e, sem o mesmo, na análise do jurista, não seria possível aplicar uma decisão soberana com legitimidade.

[...] as medidas de estado de exceção excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o Estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ser forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere a vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do Estado de Exceção é então condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o ser vivente ao direito (AGAMBEN, 2004, p. 11-12).

O fundamento do soberano é feito pela forma como o mesmo [...] cria e garante [essas situações] como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio da decisão última” (SCHIMITT, 2006, p. 93). Em outras palavras, o estado de exceção em Schmitt é temporário. A suspensão de direitos, do ordenamento jurídico e dos aspectos da normalidade possui uma situação e um critério temporal que não pode ser confundido com a normalidade. E para tanto, esse estado de exceção temporário possui características cruciais para ser considerado.

Em Schmitt, como o estado de exceção não se confunde com a regra e, além disso, pode surgir a qualquer momento em virtude de uma decisão soberana, este estado não tem uma localização fixa no território. O estado de exceção, teorizado por Schmitt, caracterizado pela suspensão temporária do ordenamento jurídico, é um ilocalizável, um ordenamento sem localização. Pode-se, portanto, para fins deste artigo, denominar o estado de exceção teorizado por Schmitt de “estado de exceção temporário” [...]” (AGAMBEN, 2010a, p. 26) (MARTINS, 2015, p. 183).

O estado de exceção temporário schmittiniano é uma ordenamento sem localização, pelo fato de o mesmo não poder ser visualizado diretamente, e, quando o foi, se estruturou a moldura fundamental do campo de extermínio nazista. (AGAMBEN, 2004). Ou seja, é um ilocalizável, uma “situação” que não pode ser localizada. Da mesma forma, por esse critério de temporalidade, essa

exceção possuía a sua forma de atuação sobre esse aspecto situacional, pelo qual refletia a necessidade de atuar de forma temporária.

Diferentemente pensou Giorgio Agamben.

Se Agamben se concentrou em Auschwitz, foi porque de lá – a referência a Auschwitz nunca é aqui – pôde extrair a expressão extrema de um estado de exceção que se converteu no próprio cotidiano. “Isso implica”, concluiu Agamben, “que a situação extrema já não pode servir de critério de distinção, [...] mas que a sua lição é antes de mais a da imanência absoluta, a de ser ‘tudo em tudo’.” Auschwitz materializou a normalização do estado de exceção e, nesse sentido, pode ser lida como a matriz oculta da política a que estamos submetidos. Por isso, é necessário desenvolver sensibilidade capaz de reconhecer este arranjo em todas as suas metamorfoses. (FRANÇA, 2013, p. 51).

Como a observação acima, se percebe que Agamben (2002) reflete que o estado de exceção se tornou regra. Principalmente ao observar a dinâmica de como os contemporâneos estados de direito vinculam a suspensão ou a aplicação do ordenamento, o autor reflete (ao observar fatos pontuais, seja por meio de uma arqueologia do poder, ou mesmo refletindo sobre o 11 de setembro), que a permanência do estado de exceção significaria seu campo de visualização paradigmática na atualidade.

Por essa razão, o italiano estabelece que “[...] quando o estado de exceção se confunde com a regra e tende a permanecer no tempo, surge o campo, o ‘estado de exceção desejado’ ou permanente, o espaço absoluto de exceção” (AGAMBEN, 2000, p. 26). É dessa forma, um critério de se identificar como o modelo do estado de exceção é observado por Agamben.

O estado de exceção desejado que o autor reforça é, para além da decisão soberana que o instituí, um desejo estabelecido para que essa decisão não precise se manter restrita sobre a estrutura da temporalidade. Para se retirar as bases fundamentais temporárias e ao mesmo tempo retirar o aspecto que reforça o critério situacional da exceção, ao se conceber essa figura desejada, esta pode se estabelecer, na zona de indistinção que o soberano já ocupava, em toda a sua força e em uma mimetização com a própria norma.

Isso pela tentativa de se estabelecer uma localização pelo mesmo. “Quando se procurou dar uma localização territorial permanente ao estado de exceção, surgiu o campo, a exceção feita regra.” (MARTINS, 2015, p. 156). O campo é o espaço no qual a exceção se tornou regra.

Ao se manter essa indeterminação entre exceção e regra, se concebe que a tentativa constante soberana de estabelecer a permanência da regra perpassa pelo interesse da mesma se manter quando aplicada a exceção. Um paradoxo absoluto.

Por isso Agamben se afasta das principais teorias jurídicas sobre a exceção (BARSALINI, 2011), pois as mesmas não conseguem conceber esse paradoxo. Algumas buscam alocar a exceção dentro do corpo do ordenamento, como os estados de sítio e estado de defesa previstos na Constituição Brasileira de 88. Porém, no pensamento de Agamben o que se vê é que a exceção não se encontra nem interna, nem externa ao ordenamento, pelo fato, como dito anteriormente, que a mesma se fundamenta no espaço em que o Soberano desloca a sua capacidade de decidir sobre a suspensão, para a zona de indeterminação, entre violência e direito, entre estado de natureza e estado de direito, entre fato e norma (AGAMBEN, 2004).

Sobre esse aspecto de normalização da exceção, o deslocamento é evidente: para uma medida excepcional, o estado de exceção permanente, [...] deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 18).

E sobre a forma como se decide na contemporaneidade, inclusive sendo palco de outros soberanos além do Estado, como a forma de decisão soberana que é vista pelo mercado (VALIM,

2017), a forma de se estabelecer o cotidiano e passa a formar, na mistura descrita “[...] abertamente a convivência entre si, conforme ocorre hoje de maneira cada vez mais frequente, iluminam-se uma à outra, por assim dizer, a partir do interior.” (AGAMBEN, 2008, p. 57).

O Campo no qual a decisão soberana se aplica livremente estabelece no seu anterior a materialização da exceção permanente.

[...] o campo foi o mais absoluto espaço biopolítico jamais realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação, a expressão que deve ser enfatizada é “sem qualquer mediação”. Se o campo de concentração realizou a mais absoluta *conditio inhumana*, mostrando-se como um absoluto espaço biopolítico, foi porque desnudou a relação que submete a vida ao poder soberano, isto é, a vida nua aparecia no campo como aquela inscrita sem qualquer forma de pertencimento ao *corpus político*. Essa situação-limite demonstrou, enfim, que as identidades jurídico-políticas, tais como o cidadão, perderam qualquer sentido, ou melhor, repousam, em última instância, sobre o solo podre da vida nua (AGAMBEN, 2002, p. 178).

Nesse ponto, a tarefa mais importante trazida por Agamben, é identificar que esse cotidiano do campo não se estabeleceu tão somente no campo nazista. O campo é visto como paradigma na esfera contemporânea, estabelecendo-se nos berços dos Estados constitucionais do ocidente, e, com as aspirações do capitalismo financeiro e com a emergência do surgimento de outros soberanos, pelo mundo.

Formado como um paradigma, o campo potencializa a exceção e a torna o estado de exceção desejado. Afastado o caráter temporário, se constitui a operação elevada do poder do soberano em corroborar a forma indiscernível entre o ordinário da normalidade e a fundamentação extraordinária da exceção.

Sobre essa estrutura, o campo “[...] torna indiscernível a norma ordinária da norma *excepta*. Com ele, nasceu, pois, um novo paradigma político-jurídico [...]” (FRANÇA, 2013, p. 50).

A tríade dos elementos de Estado são modificados nessa fronteira, nessa cesura. Se antes o território, em consonância com o critério do nascimento e com o ordenamento são colocados alocados ao campo, como um novo elemento da estrutural estatal.

[...] a estrutura da soberania moderna pautada nonexo funcional entre a localização (o território), o ordenamento (o Estado) e a inscrição da vida (o nascimento ou nação) está em crise. Isso é perceptível a partir do surgimento dos “campos” como o dispositivo do novo ordenamento do espaço político da atualidade. O descolamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo, e aquilo que chamamos de campo é seu resíduo. (BRAGA, 2015, p. 15).

Como modelo paradigmático, o campo (com a exceção desejada) possui, além do critério da normalidade e da permanência, um critério crucial para a presente análise: a sua capacidade de deslocamento. O “desejo” em criar e desenvolver a exceção como regra cria a permanência, e essa permanência só é possível quando a decisão soberana pode ser aplicada em qualquer lugar, desde que assim decida o soberano. “[...] na medida em que isso é desejado, cria-se, portanto, um lugar permanente” (AGAMBEN, 2004, p. 184).

A “localização deslocante” forma-se para a permanência da exceção como regra. O campo se desloca, diferente da abordagem anterior que Schmitt traz, não como um ordenamento sem localização, mas como uma localização sem ordenamento.

A um ordenamento sem localização (o estado de exceção, no qual a lei é suspensa) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo, como espaço permanente de exceção). O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma localização

deslocante que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas (AGAMBEN, 2002, p. 182).

Essa localização ambulante, pois, para além do deslocamento, estabelece uma forma de se espalhar sobre os mais diversos lugares, ao mesmo tempo, sem critérios de deslocamento e por isso, ambulante, fundamenta o funcionamento da exceção permanente no Estado contemporâneo.

Isso pelo fato de, se o soberano decidir que em determinado lugar deve-se ser suspensa as fundamentações do ordenamento, isso irá acontecer, pois, pela permanência e pelo caráter dessa localização ambulante, o deslocamento da decisão soberana e da exceção como regra pode emergir nos mais diversos lugares, e, em seguida ser afastada, para manter os critérios de legitimidade de uma atuação de agentes do soberano.

A decisão (arbitrária) que permeia exceção e regra, no paradigma da exceção permanente, apenas consegue se efetivar quando essa localização deslocante perambula sobre os meandros do corpo social e político. Esse campo enquanto “localização deslocante é a matriz oculta da política em [...] que devemos [...] reconhecer através de todas as suas metamorfoses, nas zonas de aeroportos bem como em certas periferias de nossas cidades” (AGAMBEN, 2002, p. 182).

E, novamente pelo critério paradoxal, esse campo ambulante, cuja localização se desloca, é ainda mais aterrorizante pelo seu caráter ilocalizável, na medida paradoxal daquilo que está em todos os lugares, e, não obstante, não está em lugar nenhum, pela sua capacidade de deslocar. (MARTINS, 2015).

Enquanto lugar permanente, o campo “[...] transmutou-se em uma figura espacial ambulante, uma localização deslocante, que pode surgir nos mais variados lugares, sempre que for conveniente (MARTINS, 2015, p. 190).

## **NA ANDANÇA DAS PEDRAS: A TERRITORIALIDADE ITINERANTE**

Dentre esses espaços de deslocamento da localização ambulante da exceção permanente, a Cracolândia é um dos mais notórios. Se levar a observação para o campo das metrópoles, provavelmente junto aos subúrbios e as comunidades, é nesta que o Soberano demonstra sua principal força de aplicar a exceção como norma, na constituição de vidas matáveis ou passíveis de morte, ou, em termos agambenianos, na formação de uma vida despida de qualquer defesa levada pelo ordenamento jurídico, seja em âmbito infra ou constitucional, a vida nua.

A Cracolândia, ou as Cracolândias (aqui, estabelecido o corte metodológico desses espaços de venda e uso do psicoativo denominado como “crack” em solo brasileiro) estabelecidas em inúmeras metrópoles, conseguem se embaralhar com o seio urbano (RUI, 2014). Contudo, por critérios que são estabelecidos e homogeneizado pela substância que dá nome a tal espaço, tentasse constantemente diferenciá-la do campo urbano.

A questão é que a aplicação da exceção permanente é situacional, embora possa ocorrer em qualquer lugar. É dizer: a forma como o soberano (Polícia, tráfico, a Guarda civil municipal, etc.) atua nos espaços e nos corpos é diversificada, mesmo podendo acontecer em vários lugares.

Por isso, mesmo que a Cracolândia seja um espaço de diversificações concretas nas quais o soberano busca atuar, e consegue atuar por meio da morte ou do “deixar morrer”, essa atuação é específica para esse espaço, utilizando-se de mecanismos concretos para esse espaço.

Entre operações policiais, mecanismos de saúde com a redução de danos e as comunidades terapêuticas ou mesmo com a atuação evangélica, perpassando pela atuação do

tráfico e da sociedade “ao entorno”, transeunte e vivente em seu interior, entre o conteúdo jornalístico e a sua estrutura bélica é pulsante, estabelecida em seu cotidiano, a Cracolândia possui um aspecto de transitoriedade e de imprevisibilidade que paradoxalmente, assim como a exceção permanente, faz com que a mesma esteja em vários lugares ou possa ser vista em apenas um, e, de maneira recorrente, não fixada em um território específico, embora delimitável.

Sobre esse aspecto, como bem indicam Gregorí (2000), se forma uma trama institucional que estabelece e é estabelecida por meio de conflitos, por aparições urbanas, por encontros de individualidades e pessoas em interação, cotidianamente, estabelecendo fundamentos basilares para a formação realística de uma trama urbana.

A Cracolândia, em similaridade com o corpo social citadino e suas disposições espaciais, é volátil, dinâmico, fluído. Contudo, possui, como dito, especificidades que espacialmente a desloca de uma total mimetização com a cidade, com a metrópole. O espaço urbano, mesmo o espaço da rua possui essa fluidez, no entanto, ocorre na Cracolândia, a fundamentação de uma forma que escapa ainda mais das tentativas de gestão urbana.

Porém, aqui também se forma o aspecto paradoxal deste espaço urbano, e o que forma de maneira fundamental a relação da mesma com a abordagem do estado de exceção permanente. Essa forma de se desenvolver é constantemente capturada pelo soberano, e, mesmo sendo levada sobre critérios estabelecidos por suas dinâmicas internas, essa especificidade da Cracolândia, por inúmeros fatores é capturada pelos dispositivos de poder inseridos no urbano.

“O contrabando e as circulações transnacionais de mercadorias não podem se efetuar sem o envolvimento e o apoio diretos dos funcionários do Estado” (PERALDI, 2007, p. 109 apud TELLES, 2010, p. 181), mesmo que na cracolândia “[...] a relação entre usuários e policiais implica a quase ausência de comércio, de troca ou de proteção” (RUI, 2014, p. 237) que parece também embaralhar as fronteiras desse espaço.

Esse embaralhar é possível, e, inclusive, sobre os agentes que nela permeiam suas vivências e histórias, é no embaralhar das forças que movimentam esse espaço de uso que se fundamenta a possibilidade de se perceber a localização deslocante da exceção permanente na Cracolândia.

O aspecto que traz nessa mistura e ao mesmo tempo paradoxal diferenciação para com a cidade, é o aspecto da territorialidade itinerante pertencente à Cracolândia.

Se observa que não existe um fechamento desse espaço perante a cidade. É uma coexistência (bélica) e a práticas soberanas que engendram no urbano formam a abordagem sobre a mesma, bem como esse espaço modifica as estruturas circunvizinhas a que dialoga ou que conflita.

É nesse caminho que se forma, o que será demonstrado a seguir, as bases para se ligar a localização deslocante da territorialidade itinerante da Cracolândia: a forma como a gestão de ilegalismo se estabelece.

É por meio de “[...] uma trama complexa de relações, interações e intercâmbios sociais, redes sociais, também redes e relações de poder” (TELLES, 2010, p. 40), por essa indistinção entre violência e direito, entre fato e lei, entre exceção e regra, serem possíveis, que se torna possível identificar essa relação.

A territorialidade itinerante é um termo estabelecido por Heitor Frugólli e Enrico Spaggiari (2010), e se constituiu pela forma de se observar a movimentação e a perpetuidade do espaço da Cracolândia.



Esse espaço, segundo os autores, é observável na trama urbana, pode ser visualizado em um local urbano, em um espaço urbano (como se pode observar a concentração na região da Luz em São Paulo, na região do bairro Lagoinha em Belo Horizonte), porém, por questões de suas dinâmicas internas (o que pode envolver soberanos diversos do soberano estatal, como o tráfico), e pela repressão sofrida pelos agentes do estado e do setor imobiliário (uma vez que o Mercado é o soberano principal da atualidade), ou seja, por meio de dinâmicas internas e externas, a Cracolândia se movimenta na teia da metrópole. Ela se desloca na urbanidade.

Em outras palavras, a territorialidade itinerante pode ser definida como a possibilidade de situar a Cracolândia “[...] numa certa área urbana, mas sujeita a deslocamentos mais próximos ou mais distantes, a depender do tipo de repressão ou intervenções exercidas, além das dinâmicas de suas próprias relações internas” (FRUGOLLI; SPPAGIARI, 2010, p. 4).

Sobre esse fator de “itinerância” de um território captável na urbanidade, se une o “[...]campo de relações’, num contexto multifacetado e marcado por diversas variações situacionais.” (FRUGOLLI; SPPAGIARI, 2010, p. 16) que demonstra a complexidade de interações e conflitos estabelecidos na Cracolândia.

Ou seja, é por meio de interações internas, e pela repressão que pode vim de inúmeros campos, como o policial, o imobiliário, o do setor fundiário, da própria sociedade ao entorno, que a Cracolândia se desloca pela cidade.

Sem deixar de perceber a situacionalidade das inúmeras Cracolândias do país, os autores identificam essa territorialidade itinerante deste espaço e, mais importante, do corpo do usuário, vida nua da urbanidade, pois se assinala “[...] que a chamada cracolândia não se limita, para ele, a algo físico – pois eles “a levam para onde forem” –, nem tampouco se resume propriamente ao uso do crack” (FRUGOLLI; SPPAGIARI, 2010, p. 15)

Isso estabelece uma ‘dupla prisão’ para esse espaço e para os usuários: uma por seu caráter de deslocamento, que perpassa pelas repressões multifacetadas, a outra sobre como o usuário, pela corporificação de uma espécie de homogeneização daquilo que é tomado como o “corpo do craqueiro”, faz com que o mesmo acabe sendo um transporte para esse espaço, ou mesmo, o próprio espaço, podendo assim formar “Cracolândias” de acordo com o seu “nomadismo”, com sua itinerância.

O surgimento (ou a produção) de uma população usuária de crack embaralha novamente esse processo histórico. A mínima, mas importante diferença, de que algum tipo de disposição individual é necessária tanto para o uso quanto para a reabilitação, permite que a existência dessas pessoas seja novamente pensada e publicizada como fracasso pessoal, corporal e, como não poderia deixar de ser, moral. Trata-se de uma população que representa o descontrole que “nós” conseguimos evitar – é contra essas ideias que a elaboração do crack como uma “questão de saúde pública” parece ser mais eficaz. Recuperar essa diferença me parece importante para afastar qualquer possibilidade de que o escrito até aqui possa ser apreendido a partir da ideia de uma espécie de “liberdade das margens”. [...] Corpos fugidios e rebeldes, existindo na contramão dos mecanismos disciplinadores e dos ideais estéticos e sexuais contemporâneos; nada poderia parecer mais “transgressor”. A tragédia é que nem isso os usuários de crack atingem. Ao não conseguirem romper a tênue fronteira entre o que é dito sobre eles e aquilo que eles pensam sobre si mesmos, todos os mecanismos e ideais dos quais parecem escapar são, duramente, reafirmados (RUI, 2014, p. 295).

Se torna um indistinto, tanto sobre o usuário, ou sobre a forma como esse espaço perambula. Por tais fatores ocorre a ativação da localização deslocante da exceção permanente, pois, sendo uma vida passível de morte, e desnudada de direitos, como é aquela cujo caminho é o abandono da zona de indistinção que Agamben (2002) observa, permite com que, onde for, esse

usuário e esse espaço seja objeto da repressão suficiente e levada a cabo pela exceção na normalidade.

É estabelecer; se o seu movimento é caracterizado pela repressão (no sentido externo), a territorialidade itinerante da Cracolândia permite que para qualquer lugar que se deslocar, se possa aplicar a suspensão de direitos sobre seus “habitantes”, ou sobre o local em que é localizada (por ser perceptível na trama institucional), e sobre ela as práticas que desaplicam os direitos, bem como permitem a incidência da exceção permanente capaz de se deslocar até esse espaço., serem ativadas.

Por isso o corpo do usuário é o corpo nu, levado à indistinção do estado de exceção permanente sobre um espaço de exceção permanente que se forma: no mesmo sentido em que a Cracolândia “anda”, se desloca, os mecanismos que são formados para que a mesma seja controlada, destruída (e reconstruída), se deslocam para a mesma, e inclusive são protagonistas pelo seu deslocamento. Se, como indicou o filósofo italiano, a localização deslocante do campo leva a exceção como regra para aeroportos e comunidades inteiras (inclusive para as cidades), se for do interesse do soberano, e se estabelecendo sobre essa característica situacional da Cracolândia (que o soberano inclusive perpetua), sobre esse espaço de uso e venda de drogas, pode-se ser levada a suspensão dos direitos de uma maneira permanente.

A territorialidade itinerante e a localização ambulante seguem o mesmo caminho e se misturam. A formação da exceção permanente se completa na cracolândia ao se observar assim, dois fatores: é possível quando a vida nua do craqueiro porta este espaço, em qualquer lugar que ele esteja, possibilitando as práticas de exceção em sua itinerância pela cidade e pela ativação da “localização sem ordenamento” sobre si, se o soberano decidir nesse caminho; e por ser determinado, pela relação com o crack, uma delimitação deste espaço, embora este se desloque e perambule devido à repressão soberana ou por suas dinâmicas internas, a aparição deslocante da exceção se assemelha a essa itinerância, sendo indistinto o momento e lugar em que irá acontecer, pela sua natureza itinerante.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS OU “SERIA O ILEGALISMO UMA CHAVE PARA SE OBSERVAR COMO OCORRE A LIGAÇÃO ENTRE A LOCALIZAÇÃO AMBULANTE E A TERRITORIALIDADE ITINERANTE?”**

Em verdade, esse ponto, apesar de estar na parte final da presente abordagem, é um ponto de partida. Se a presente abordagem sobre a exceção permanente, bem como sobre a estrutura da territorialidade itinerante, embora demonstrada, também não possui a condição de ser demonstrada em tão poucas linhas em todos os seus exemplos, casos concretos e pontos de conexão diferentes do demonstrado (o que nem por isso deixou de apresentar a relação mimética entre os termos na Cracolândia), estabelecer como o ilegalismo funciona na manutenção dessa condição da Cracolândia tão rapidamente seria, primeiro, menosprezar essa área tão profícua da perspectiva de Michel Foucault (2002).

Portanto, se coloca em perspectiva que essa é uma análise futura. Como ocorre na verdadeira condição de sociologia jurídica e enquanto um mero aprendiz dessa área do conhecimento, tentar conciliar esses pontos tão complexos agilmente seria não considerar a profundidade dos termos, bem como fundamentar a forma como os mesmos precisam um dos outros para se estruturar é tarefa árdua, e a responsabilidade da pesquisa me impede de tentar traçar essas linhas sem o devido cuidado.

O cuidado em relacionar os termos anteriores já é posto em tela, e o vislumbre em curtas palavras pode se tornar incompleto, o que impede esse que descreve e tenta amparar seus estudos pela sociologia jurídica, de, aqui, definir, teorizar e estabelecer a forma como gestão

diferencial de ilegalismos transforma a territorialidade itinerante da Cracolândia como uma possibilidade de perpetuação da exceção permanente sobre a mesma. Se consegue observar como essa territorialidade se fundamenta e permite que a localização deslocante do Campo se estruture em um espaço urbano, no entanto, afirmar que isso funciona por meio dessa gestão de ilegalismos sem possuir a concretude dos estudos e das linhas suficiente para tanto seria leviano. Portanto, coloco esse aspecto como uma potencialidade para um estudo futuro. Essa perspectiva se coloca como uma hipótese, ou menos; como um rastro, um indício da complexa malha institucional que fomenta a Cracolândia e esse modelo soberano paradigmático que é o campo.

Sobre tal rastro, se coloca a seguinte questão: Se um “[...] ilegalismo não é uma ilegalidade, não é um acidente, não é somente um ato praticado em desconformidade com a lei” (SOUTO, 2010, p. 23), seria essa tentativa de normalização, que estabelece a formação da gestão diferencial de ilegalismos (FOUCAULT, 2002), visível em um espaço não institucional como a Cracolândia? E, com esse objetivo de normalizar, e observado que o ato feito pelo viés do ilegalismo não está contra a lei, seria a manutenção dessa “itinerância” do território da Cracolândia, uma maneira de conformar a exceção como regra sobre esse espaço, uma vez que seria um ato que não estaria em desconformidade com a lei, e assim, permitido, mesmo que elevado ao absurdo?

As fronteiras entre o permitido e o proibido, entre a territorialidade itinerante e a localização ambulante/deslocante, podem ser estabelecidas para e com a normalização que procura o ilegalismo na estabilização prática do direito, e, mais, da própria política?

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção: Homo Sacer, II**, I. Trad.: Iraci D Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARSALINI, Glauco. **Estado de exceção permanente: soberania, violência e direito na obra de Giorgio Agamben**. 231 p. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Campinas. Campinas, 2011.

BRAGA, Jorge Luiz Raposo. Os campos de refugiados: um exemplo de ‘espaços de exceção’ na política contemporânea. **Revista da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**: Rio de Janeiro, 2015. Acesso em: 06/08/2019. Disponível em: <<http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v2/a36.pdf>>.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad.: Raquel Ramallete. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Economia da morte: A genealogia da tanatopolítica, suas maquetes contemporâneas e os reflexos jurídicos no horizonte biopolítico desenvolvido pela medicina moderna**. (Dissertação de mestrado) Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2013. Acesso em: 07/07/2019. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4908>>.

FRUGOLI JR. Heitor. SPAGGIARI, Enrico. Da cracolândia aos nórias: percursos etnográficos no bairro da Luz. **Ponto Urbe**. São Paulo, NAU-USP, ano 4, v 6, ago./2010. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/pontourbe/1870> ; DOI : 10.4000/pontourbe.1870>. Acesso em: 27/08/2018.

GREGORI, Maria Filomena. **Viração**: experiências de meninos nas ruas. Editora Companhia das Letras, 2000.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2015, n.71, pp.177-196. Acesso em 12 de out. de 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p177>>.

RUI, Taniele. **Nas tramas do crack**: etnografia da abjeção. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006

SOUTO, Caio Augusto T. Direito e Ilegalismo: reflexão sobre a normalização na obra de Michel Foucault. **Kínesis**, Vol. II, nº 04, Dezembro-2010, p. 23-39. Acesso em 12 de nov. 2019. Disponível em: < [revistas.marília.unesp.br › index.php › kinesis › article › view](http://revistas.marília.unesp.br/index.php/kinesis/article/view)>.

TELLES, Vera da Silva. **A cidade nas fronteiras do legal e ilegal**. Argvmentvm Ed.: Belo Horizonte, 2010.

TOEDTER, Rene. **Biopolítica e direito**: resistência contra a apropriação e o abandono. 2011, 172f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

# A PRODUÇÃO DO INIMIGO E A MILITARIZAÇÃO DA VIDA: UMA ANÁLISE DA PORTARIA NORMATIVA 3.461 COMO INSTRUMENTO BIOPOLÍTICO CALCADO EM UM ESTADO DE EXCEÇÃO

Rayssa Harmes de Aquino Eskinazi Sant'Anna

Bacharel em Direito (UNICAP). Advogada.

## INTRODUÇÃO

A concepção do inimigo nas sociedades sempre foi um fator a ser levado em conta. Assim, seja na Europa ou nos Estados Unidos, com a figura do muçulmano e do negro, seja em Israel, com a Palestina ou mesmo no Brasil, que tem como inimigo a população negra, a função da elaboração de um inimigo é fundamental para a manutenção do poder.

Nesse sentido, no Brasil intensificaram-se as ações de militarização da vida e da política. Isso acontece a partir da adoção de uma lógica própria, derivada principalmente da ditadura militar (mas não apenas dela), ou seja, a produção de um inimigo interno às relações sociais é atrelada àquele sujeito que ameaça à ordem e à paz. Mais que isso, aliado a esta ideia de inimigo, na atual conjuntura das sociedades complexas, as modificações sociais apresentam-se constantemente atravessadas por momentos denominados como crises, verificadas tanto no âmbito nacional como internacional. Têm-se a crise do terrorismo, a crise econômica, crise do sistema penal e crises de governo.

Por estes motivos, torna-se cada vez mais habitual a adoção de medidas emergenciais objetivando o reestabelecimento da ordem, quer seja ela pensada em termos econômicos, políticos ou sociais.

Assim, utilizando o argumento do reestabelecimento da ordem, o Estado utiliza medidas de exceção a partir de mecanismos jurídicos, isto é, quanto mais violento, mais o contexto social se mostra como de crise, desencadeada pela criminalidade, mais se permite o investimento em ações legais e extralegis.

Nesse contexto, a partir das Jornadas de Junho de 2013 – protestos de ampla escala no Brasil – a repressão às manifestações vem se mostrando como pauta de controle estatal, isto é, a atuação ostensiva policial nesses cenários mesclou-se com iniciativas que limitam a liberdade de expressão, a exemplo de decisões jurídicas restritivas e propostas legislativas, notadamente a edição da Portaria Normativa 3.461/2013 (Garantia da Lei e da Ordem – GLO), objeto do presente estudo.

Nessa esteira, com a aludida medida, ocorre que foi possibilitada a utilização das Forças Armadas contra as forças chamadas de oponentes, isto é, as pessoas, grupos ou organizações cuja atuação venham a comprometer a ordem pública ou a incolumidade de outras pessoas e do patrimônio. Assim, seria praticável a eliminação de qualquer indivíduo sob o manto protetor da “ameaça à ordem pública”, justamente pela cláusula aberta positivada na portaria.

Desse modo, as Forças Armadas são utilizadas como meio de substituição da segurança pública interna, quando essas se esgotarem (polícia civil e polícia rodoviária, por exemplo) ou quando houver a perturbação da ordem, ou seja, não é imprescindível que se esgotem todas as forças regulares de segurança nacional para a efetiva instauração das operações de GLO; basta a presunção de possibilidade de perturbação da ordem.

Esta, a Portaria Normativa 3.461, promove, segundo os referenciais adotados, uma abertura ao denominado terrorismo de Estado ou ao Estado de Exceção e dos diversos efeitos da governamentalidade contemporânea. Desse modo, conforme leciona Giorgio Agamben, o estado de exceção, na verdade, passa a se tornar modelo de governo dominante na política contemporânea, regra, por assim dizer, mesmo que estejamos imersos na aura dos ideais democráticos. Ele permite a suspensão de direitos e garantias consagrados constitucionalmente, no caso, o direito a manifestação, decorrentes de grandes esforços históricos e assegurados por cláusulas pétreas.

Ademais, é possível deduzir que a Portaria em análise é utilizada como verdadeiro mecanismo biopolítico, de gestão da vida, pois a população será vista, a um só tempo, como problema científico e político. O Estado, aqui, assume uma postura de interferir não somente no corpo individual, por meio da utilização do poder disciplinar; mas, sim no homem espécie como um todo, seguindo o princípio da massificação.

Assim, no primeiro tópico, denominado “Crise De Conjuntura e Junho De 2013: O Contexto Por Trás Da Portaria Normativa 3.461/2013”, procuraremos contextualizar o que estava ocorrendo no Brasil quando a aludida Portaria foi editada, bem como traçar alguns referências iniciais acerca desse ato normativo.

Ademais, no segundo tópico, “A Hipótese da Continuidade de Dobry e a Crise como Mecanismo Afirmador de Medidas Urgentes do Governo Soberano”, o objetivo será apresentar a teoria formulada pelo pensador Michel Dobry em relação ao que seria “crise”. Nesse sentido, adotando um paradigma diferente do comumente explorado, Dobry vai fixar que as crises não são “patologias” na ordem normal das coisas e que as condições sociais que existem nelas não são diferentes das conjunturas de não crise, ou seja, nos contextos rotineiros. Ao fim, faremos um paralelo dessa teoria com o fato do Estado, em realidade, se utilizar de momentos denominados como crise para adotar posturas duras e de exceção, tal qual a Portaria Normativa 3.461/2013.

Em seguida, o tópico três, denominado “A Militarização da Segurança Pública: a característica “nacional” e “permanente” das Forças Armadas” será feita uma breve recapitulação do papel das Forças Armadas e da Polícia Militar no Brasil, com fito de fazer uma reflexão acerca da contradição entre a teoria e a prática que verdadeiramente desempenham e/ou que deveriam desempenhar.

Por fim, no último tópico, “A Portaria Normativa 3.461 sob a Perspectiva do Estado de Exceção e a Biopolítica De Foucault”, será analisado algumas característica do texto da Portaria Normativa 3.461/2013, na tentativa de fazer um enlace entre esta e os conceitos cunhados por Giorgio Agamben e Michel Foucault, para concluir que o soberano se utiliza de mecanismos biopolíticos – a Portaria em análise – para suspender o direito de populações, em um verdadeiro Estado de Exceção, que se transforma em técnica de governo e não mais um momento de suspensão do ordenamento, com período de início e fim; ou seja, trata-se da vontade oculta do soberano de gerenciamento de populações.

### **CRISE DE CONJUNTURA E JUNHO DE 2013: O CONTEXTO POR TRÁS DA PORTARIA NORMATIVA 3.461/2013**

Desde o fim da ditadura e, em 1988, com os “Caras Pintadas” aliado ao conseqüente *impeachment* do presidente Fernando Collor de Melo, o Brasil não se envolvia em manifestações políticas sociais tão expressivas quanto a que ocorreu em julho de 2013, as chamadas “Jornadas de Junho”. A priori, tratava-se de uma ação contra o aumento da passagem no transporte público,

principalmente na cidade de São Paulo, porém, a partir da grande adesão de vários setores da sociedade, passou-se a reivindicar-se a melhora na saúde, segurança, educação, dentre outros.

Nesse sentido, até os dias atuais classificar Junho de 2013 para pesquisadores é controverso, isto é, de um lado há organizações que se assumem entusiastas de Junho, classificando de modo positivo seu impacto; e, de outro lado, há quem enfatiza o aspecto despolitizado e fragmentado dele, em um contexto no qual tais manifestações foram cooptados pela direita e não podem ser classificados como mobilizações de esquerda (FERNANDES, 2019, p. 21).

Assim, fixa Sabrina Fernandes:

Proponho que Junho seja visto como uma ruptura da inércia da política promovida pela democracia representativa liberal, e também aceita por ela, e petrificada até então, mas que não apresentou a resposta à crise e nem se libertou do processo de despolitização que ainda está em curso (FERNANDES, 2019, p. 98).

Assim, em meio à crise, a edição da Portaria Normativa 3.461 (Garantia da Lei e da Ordem – GLO) se deu em um contexto político-econômico em que o país era sede de revoltas e estava às vésperas da Copa do Mundo de 2014 bem como viva a Copa das Confederações, e, desse modo, o olhar internacional estava focado no Brasil. Nesse sentido, com o fito de suavizar as manifestações e mostrar uma imagem pacificada do Brasil, a GLO foi editada pelo Ministério da Defesa em 19 de dezembro de 2013<sup>1</sup>. Segundo a ONG Artigo 19, durante os mencionados eventos,

(...) o Estado brasileiro articulou-se nos níveis federal, estadual e municipal, e por meio de diferentes órgãos, para promover ações de vigilância de forma a subsidiar a ação policial em manifestações e outras reuniões públicas de grande porte. Tal prática tem diversos desdobramentos, desde a filmagem sistemática de protestos pela polícia até o uso de imagens e informações de manifestantes em investigações policiais, campo em que se recorreu também a buscas em redes sociais e até quebra de sigilo de comunicações de ativistas, em casos com evidente viés criminalizador (ARTIGO19, 2018).

Ocorre que, em resposta a esta ampla atuação da coletividade, o Estado decidiu utilizar a adoção de posturas consideradas essencialmente como de um verdadeiro estado de exceção (AGAMBEN, 2002), com o uso indiscriminado de armamentos menos letais, como a utilização de artefatos nas manifestações (gás lacrimogênicos, spray de pimenta e balas de borracha), bem como outros comportamentos arbitrários, além da edição da portaria em análise, da Garantia da Lei e da Ordem (GLO), do Ministério da Defesa.

Nesses termos, de acordo com a ONG Artigo19, *o exercício do direito de protesto no Brasil, nos últimos 5 anos, teve como resposta do Estado intensas e sofisticadas restrições, caracterizada pela articulação institucional entre os poderes Executivo, Legislativo e o Sistema de Justiça*. No entanto, ressalta a referida ONG que,

Evidentemente, **a repressão a manifestações populares não foi deflagrada em 2013 no Brasil, país historicamente caracterizado pela violência contra manifestantes e pela criminalização de movimentos sociais**. Entretanto, as Jornadas de Junho são comumente consideradas um marco nessa narrativa – ao menos quando se considera o período pós-democratização – pelo volume dos protestos e a intensidade de repressão, pouco comum nos centros das grandes capitais, **ainda que amplamente disseminada contra as populações marginalizadas do país** (ARTIGO 19, 2018) (*grifos nossos*).

Justificada a partir de uma base legal constitucional, consubstanciada no art. 142 da Constituição Federal, na Lei Complementar 97, de 1999, e pelo Decreto 3.897, de 2001 “as operações de GLO concedem provisoriamente aos militares a faculdade de atuar com poder de

---

<sup>1</sup> Insta salientar que a Portaria Normativa 3.461 foi revogada em 2013, porém, a nova edição dela, qual seja, a Portaria Normativa n. 186, de 31 de janeiro de 2014 é apenas uma revisão da antiga, motivo pelo qual aquela será objeto de estudo desta análise, com fito de observar como esse mecanismo integra o ordenamento jurídico brasileiro.

polícia até o restabelecimento da normalidade”. Insta salientar que de acordo com o item 2.2.4 da Portaria Normativa 3.461,

as decisões do emprego das FA<sup>2</sup> na garantia da lei e da ordem compete exclusivamente ao Presidente da República, por iniciativa própria, ou em atendimento a pedido manifesto por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. O Presidente da República, à vista de solicitação do Governador de Estado ou do Distrito Federal, poderá, por iniciativa própria, determinar o emprego das FA para a garantia da lei e da ordem.

Assim, a Portaria Normativa 3.461 (Portaria Normativa 186 de 3 de janeiro de 2014) dedica-se a operação militar conduzida pelas Forças Armadas, contra “forças oponentes” ou “agentes de perturbação da ordem pública (APOP)” no contexto de segurança pública e, nas palavras do próprio decreto, compostas por “movimentos ou organizações; (...) pessoas, grupos de pessoas ou organizações atuando na forma de segmentos autônomos ou infiltrados em movimentos, entidades, instituições, (...) provocando ou instigando ações radicais e violentas”.

Nesse diapasão, é claro identificar a conotação subjetiva e ampla do texto do decreto, isto é, alinha-se a

Um dos objetivos principais das operações “tipo polícia”, qual seja, “controlar a população” prevendo, “*controlar distúrbios; controlar o movimento da população; (...) manter ou restabelecer a ordem pública em situações de vandalismo, desordem ou tumulto*” (MORAES; MORAES, 2016, p. 114).

Até o presente momento, a GLO foi utilizada 136 vezes entre 1992 e 2019, como por exemplo, durante a Copa das Confederações da FIFA; a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável do Rio de Janeiro (Rio + 20), em 2012; na visita do Papa Francisco a Aparecida (SP) e ao Rio de Janeiro durante a Jornada Mundial da Juventude, em 2013; na Copa do Mundo 2014 e nos Jogos Olímpicos Rio 2016; em 2017, decretada pelo Presidente Michel Temer, na ocasião das manifestações na Esplanada dos Ministérios, quando manifestantes protestavam contra o governo do Pmdbista. A última ocorrência da medida em questão foi no período de fevereiro de 2019 a março de 2019, no Estado do Rio Grande do Norte e no Estado de Roraima, para “proteção do perímetro de segurança das penitenciárias federais em Mossoró e em Porto Velho” (Ministério da Defesa, 2019).

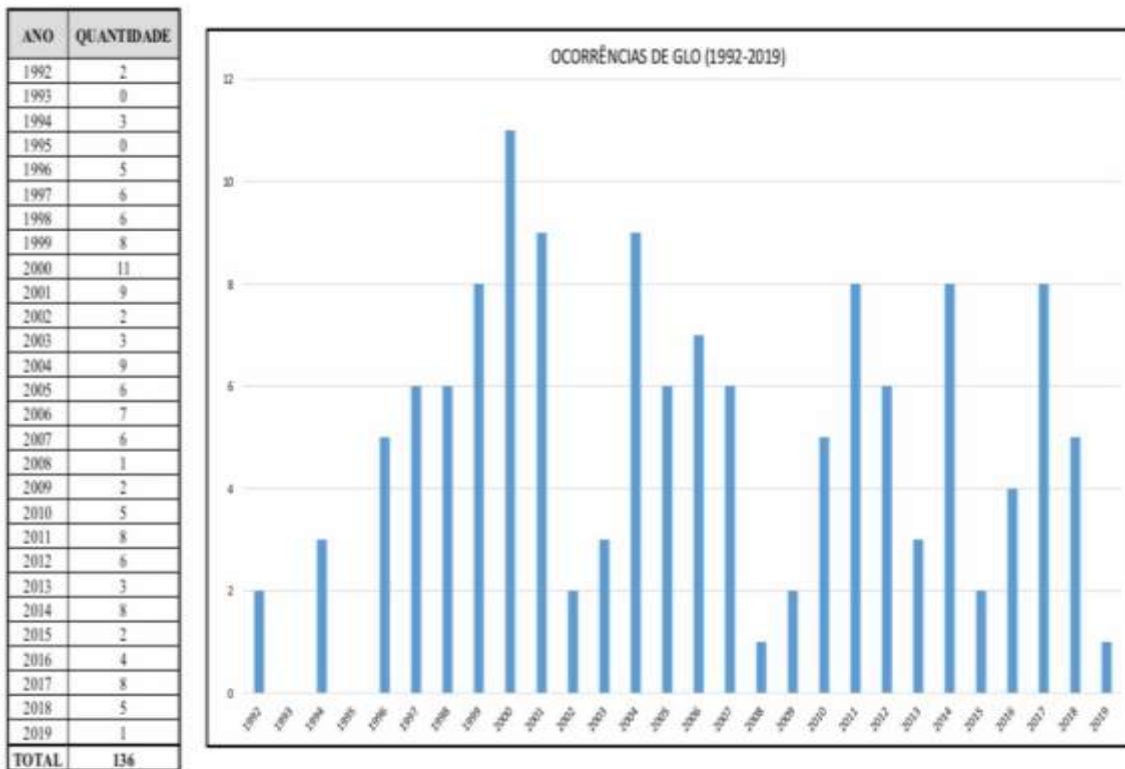
Desde que o Ministério da Defesa publicou o Manual de GLO, em 2013, “confeccionado por assessores civis e militares, com o objetivo de padronizar as rotinas e servir de instrumento educativo e de doutrinação para as forças preparadas para atuar nesse tipo de ação” (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2019), a Portaria Normativa 3.461 foi decretada 31 vezes, conforme gráfico abaixo, retirado do Portal Eletrônico do Ministério da Defesa:

---

<sup>2</sup> FA é a sigla para Forças Armadas.



**Tabela 1 – Ocorrências de GLO (1992-2019)**



Fonte: Ministério da Defesa (2019)

**Tabela 2 – Estudo das Operações de GLO no período de 1992-2019**

TIPO	QUANTIDADE	PERCENTAGEM
Violência Urbana	23	16,9%
Greve PM	25	18,4%
Garantia da Votação e Apuração	22	16,2%
Eventos	38	27,9%
Outras	28	20,6%
<b>Total</b>	<b>136</b>	<b>100%</b>

Fonte: Ministério da Defesa (2019)

É válido salientar que, a despeito de algumas ações em que as Forças Armadas participaram serem classificadas como provenientes de “violência urbana”, em realidade, se tratavam de expressões do direito a expressão e manifestação, a exemplo do Decreto de 24 de maio de 2017, em que o ex-Presidente Michel Temer autorizou o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Distrito Federal. Nessa ocasião a *missão* era “garantir a integridade patrimonial das instalações dos Ministérios e de outros órgãos públicos, na Esplanada dos Ministérios”. Em verdade, esta foi a maior manifestação que Brasília recebeu nos últimos 15 anos, em que se protestava contra o Governo Temer e as Reformas Trabalhista e da Previdência. De fato, houve ataques a alguns prédios públicos durante o ato, mas a imprensa brasileira apenas reportou tais fatos e não a repressão brutal que os manifestantes sofreram.

Por fim, é claro observar que apesar de ser fixado constitucionalmente que as Forças Armadas devem atuar de forma eventual, sua participação vem sendo frequente na segurança interna do país, além de, segundo o próprio Ministério da Defesa, custar um efetivo de R\$ 1.983.426.640,12<sup>3</sup> apenas no período de 2010 a 2019. Nesta seara, no próximo item, buscaremos aproximar a teoria formulada pelo pensador francês Michel Dobry acerca da noção crise - um dos ambientes mais propícios para a adoção de medidas emergências, tal como a Portaria Normativa 3.461/2013 - com a realidade brasileira.

## **A HIPÓTESE DA CONTINUIDADE DE DOBRY E A CRISE COMO MECANISMO AFIRMADOR DE MEDIDAS URGENTES DO GOVERNO SOBERANO**

Na atual conjuntura nacional, a partir da análise dos planos econômico, político-jurídico e social, diz-se que o país experimenta uma crise generalizada. É fato que as mídias brasileiras mencionam a palavra “crise” com relevante regularidade, atribuindo significados relacionados a ruptura da normalidade ou caos. Assim, alguns eventos nos últimos anos reportados como de crise são: crise política, crise econômica, “crise da previdência”, crise na segurança pública, essa que permitiu a adoção de medidas emergenciais, a citar a Portaria Normativa nº 3.461/2013 e a intervenção federal no Rio de Janeiro, em 2018, são alguns exemplos.

Para Luiz Eduardo Soares,

O Brasil vive, atualmente, uma crise que, deste a instauração do Estado Democrático de Direito – em 1988, com a promulgação da Constituição Federal – não se tinha visto. O aspecto mais saliente da conjuntura é o contágio recíproco entre as distintas dimensões degradadas: a economia, a política, a cultura e a sociedade (SOARES, 2019, p. 53).

Mais ainda, o jurista Noberto Bobbio, em seu dicionário de política, define o conceito clássico de crise, sendo aquele que quebra um sistema, há, necessariamente, uma ruptura:

Chama-se Crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame (BOBBIO, 2000, p. 305).

De fato, a crise instaura uma sensação de caos na sociedade. Porém, a partir da perspectiva adota pelo pensador francês Michel Dobry, é possível concluir que, na verdade, as crises não são rupturas na ordem normal das coisas, isto é, não seriam “patologias”. Mais ainda, para Dobry, em *Sociologia das Crises Políticas* (2014), o que deve ser observado, aliado ao contexto de crise, são os fenômenos que são capazes de desencadear rupturas no funcionamento das instituições, sendo elas legítimas ou não; ou seja, aquelas capazes de ameaçar a sua existência.

---

<sup>3</sup> Disponível em [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/6.glo\\_2010\\_2018\\_custos\\_e\\_efetivos\\_03\\_ABR\\_2019.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/6.glo_2010_2018_custos_e_efetivos_03_ABR_2019.pdf). Acesso em Agosto de 2019.

Dobry defende que a forma como as crises são percebidas pelos pesquisadores e pelo senso comum deturpa o seu verdadeiro sentido, são “ilusões das sociologias políticas”, a citar a “ilusão etiológica”, que ocorre quando o estudioso foca nas causas que acarretam as crises, minimizando, assim, a compreensão do fenômeno. Deve-se, portanto, conter o interesse pelo resultado da crise em si e se debruçar sobre *de que* esses processos críticos são feitos.

Por meio da utilização da perspectiva da continuidade, o autor francês defende que o que impulsiona a ocorrência da crise não é exclusivamente os “desequilíbrios sociais”, mas sim as mobilizações, que são processos geradores e constituidores das crises.

São momentos compartilhados por um conjunto de atores, em setores estratégicos que mobilizam, no decorrer das conjunturas fluídas, um conjunto de ações. Assim, no lugar de analisar as crises políticas como o desenvolvimento de fatores externos ou exógenos, Dobry dirige o foco de sua atenção ao evento em si, ao curso singular da contingência e do encadeamento dos acontecimentos, deixando de lado o que precede esses momentos de incerteza, apostando, por fim, no fato de que a maior plasticidade das relações sociais, característica desses fenômenos, está imbricada em um processo constante de rearranjo das relações de força (PACELLI, 2019, p. 283).

Assim, devemos “pensar as crises ‘a um só tempo’ enquanto mobilizações e enquanto transformações de Estado – passagem a estados críticos – dos sistemas sociais”. Na verdade, Dobry denomina sistemas sociais *complexos* aqueles *que são diferenciados em esferas sociais autônomas, fortemente institucionalizadas e dotadas de lógicas sociais específicas*. Nesse sentido, existem as mobilizações multissetoriais e as mobilizações restritas; estas ocorrem quando as mobilizações são situadas em uma só esfera social, e aquelas, ao contrário, em várias dessas esferas.

Conceituando o que seriam as mobilizações, estas nada mais são do que “recursos dados inseridos em uma linha de ação”, em uma jogada (*move*), a partir de um contexto de conflito. Essas jogadas são o exercício de atividades desempenhadas pelos atores dos conflitos, ou seja, os atos e comportamentos dos atores em relação aos outros atores, ou ainda, dos atores em relação ao ambiente.

O fator crucial determinante para o resultado da crise é a mobilização de recursos pelos atores para alcançar determinados objetivos. Entretanto, Dobry defende que esses objetivos não são necessariamente os mesmo para todos os envolvidos, isto é, na esfera social fortemente institucionalizada, os atores sociais não “agem como um só homem” (DOBRY, 2014, p. 39).

Dessarte, é fácil verificar esse paradigma quando, em julho de 2013, no Brasil, as manifestações surgiram a partir de uma pauta específica (o aumento das passagens de ônibus em São Paulo) e em seguida desencadearam para um alargamento de outras demandas, de modo que os diversos atores sociais protestavam com propósitos de maior ou menor grau em relação aquelas demandas. Por isso que, num contexto de crise, gerada pelas mobilizações,

**(...) a dispersão das mobilizações está diretamente ligada (...) por ‘razões’, ‘motivos’, ou ‘interesses’ heterogêneos, ou melhor, sob o efeito de series causais ou ‘determinismos’ largamente independentes entre si** que, nesses sítios sociais distintos, grupos ou indivíduos são incitados a se apoderam de mobilizações iniciadas por outros, a nelas investirem outras significações e, ao ‘entrarem no jogo’, a elas darem outras trajetórias históricas. Dito de outra maneira, **as mobilizações não se realizam necessariamente, longe disso, em torno de pautas, de objetivos ou de perspectivas estratégicas idênticas** para todos os atores e os segmentos sociais mobilizados (...) é extremamente impudente relacionar os processos de mobilização prioritariamente à perseguição de certos fins e valores coletivos (DOBRY, 2014, p. 39) (*grifos nossos*).

Ainda sobre os recursos utilizados no contexto das mobilizações, esses não são necessariamente aqueles de aspecto físico, como por exemplo papéis-moedas, mas sim, aqueles invisíveis, são os recursos políticos, como legitimidade e carisma. Pra Dobry esses recursos políticos não têm "propriedades estáveis senão diante de certas lógicas sociais particulares e de linhas de ação que autorizassem ou que definissem essas lógicas".

Em contextos de crise e nos de "não crise" - ou nas *conjunturas rotineiras* (estáveis) como o próprio Dobry denomina - não há de se falar que os meios utilizados por elas são diferentes. Assim, a mudança nas conjunturas mais estáveis e nas críticas está efetivamente nas alterações que podem se sujeitar as "*estruturas*" de sistemas sociais sob efeito das mobilizações que nelas têm lugar.

Assim, diferentemente da posição majoritária, Michel Dobry afirma que as propriedades sociais dos períodos de crise não são diferentes das relacionadas a conjunturas estruturais, bem como o indivíduo não modifica sua racionalidade em épocas de fluidez política. Na verdade, as jogadas e os recursos dos atores sociais em tempos de crise sofrem variações instáveis, e, por isso, cairíamos em erro ao afirmar que haveria um aumento da violência em tempos de crise se compararmos com a "normalidade", por exemplo.

Nesse sentido, o clima instável incitado pela mídia e também pelo governo gera insatisfação da sociedade, que, nesse ambiente, procura um "bode expiatório" para culpar, exigindo que o Estado tome ação. Para ilustrar, em Pesquisa da Datafolha no ano de 2018, 72% das pessoas no Estado do Rio de Janeiro se diziam favoráveis a continuidade da intervenção federal<sup>4</sup>.

Para Guilherme Castelo Branco,

O terror, de um lado, é a maneira pela qual se instiga o fascínio pelo sobrenatural, como "excesso" e "falta", e conseqüentemente, reforça não só religiosidades, **como também funciona para difundir credo na lei, nas forças policiais, militares e paramilitares**, na vida comum de um middle class ou de alguém que sonha em se tornar um cidadão seguro (CASTELO BRANCO, 2013, p. 56) (*grifos nossos*).

Nessa esteira, o Estado se utiliza de todo o seu poder para "restaurar" a regularidade antes da deflagração da crise. Assim, resta saber se utilização das Forças Armadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem é utilizada em momentos pontuais, das chamadas "crises", ou se essas práticas são cada vez mais recorrentes, situação em que o Estado mantém contextos críticos para controlar populações específicas, tudo através de mecanismo biopolíticos, em um contexto de estado de exceção.

## **A MILITARIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA: A CARACTERÍSTICA "NACIONAL" E "PERMANENTE" DAS FORÇAS ARMADAS**

Se por um lado é verdade que o governo soberano se utiliza de momentos de crise para a adoção de medidas emergenciais, justamente pelo contexto instável acolhido, também é verdade que no Brasil a presença dos militares em operações de segurança pública interna não é situação nova.

Historicamente, as Forças Armadas têm participado na Garantia da Lei e da Ordem e, desde a Constituição de 1824 foi fixada sua participação, especificamente no seu art. 148. Nesse sentido, a redação ditava que: "Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força

---

<sup>4</sup> 72% dos moradores do estado do Rio querem prorrogar intervenção federal. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/72-dos-moradores-do-estado-do-rio-querem-prorrogar-intervencao-federal.shtml>. Acesso em Agosto 2019.

Armada de Mar e Terra, como bem lhe parecer conveniente à segurança e a defesa do Império”. Dando continuidade, todas as outras Constituições tinham previsão semelhante (Constituições de 1891, 1934, 1946 e de 1967 até a atual de 1988).

Com a redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 conservou a “prerrogativa dos militares em intervir em assuntos internos, limitando o controle civil sobre os militares brasileiros” (NOBREGA JÚNIOR, 2010, p 119). Ao contrário do que normalmente ocorre em contextos de “redemocratização”, a Carta Maior brasileira não desmilitarizou seu aparato de segurança, para que houvesse uma clara separação entre as funções militares e civis.

Assim, a máxima que fixa que “a polícia cuida da ordem interna e os militares dos problemas externos” não foi aplicada no Brasil e a militarização da segurança pública, seja com o Exército, Marinha ou Aeronáutica é realidade latente.

Para Jorge Zaverucha,

Entende-se por militarização o processo de **adoção e uso de modelos militares, conceitos e doutrinas, procedimentos e pessoal, em atividades de natureza civil. A militarização é crescente quando valores do Exército se aproximam dos valores da sociedade.** Quanto maior o grau de militarização, mais tais valores se superpõem (ZAVERUCHA apud. NÓBREGA JÚNIOR, 2010, p 119) (*grifos nossos*).

A estrutura da segurança pública do Brasil foi esquematizada nos mesmos moldes da Constituição autoritária de 1967-69, uma vez que as cláusulas referentes às Forças Armadas, Policiais Militares Estaduais, Sistema Judiciário Militar são praticamente as mesmas. Ao aglutinar em um mesmo Título (Título V, *Da Defesa do Estado e das Instituições*) três capítulos, *Do Estado de Defesa e Do Estado de Sítio* (Capítulo I), *Das Forças Armadas* (Capítulo II) e *Da Segurança Pública* (Capítulo III),

**Nossos constituintes não conseguiram desprender-se do regime autoritário recém-findo, e terminaram por constitucionalizar a atuação de organizações militares em atividades de polícia (Polícia Militar) e defesa civil (Corpo de Bombeiros) ao lado das polícias civis.** As polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão (NÓBREGA JÚNIOR, 2010, p. 120) (*grifos nossos*)

Ademais, o art. 142 da Constituição Federal fixa, *ipsis litteris*,

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, **são instituições nacionais permanentes e regulares**, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, **por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem** (*grifos nossos*).

Desse modo, como garantidores da lei e da ordem interna, podem atuar a qualquer momento na segurança pública a partir da iniciativa do Executivo, do Judiciário ou do Legislativo. Insta salientar que a conotação subjetivista e ampla do que seria “lei e ordem” dá margem a interpretações pelos militares que podem estar “permeadas por uma série de estímulos ideológicos que contrariam o Estado de Direito. Além disso, é bastante criticável a redação que atribui o caráter permanente aos militares – característica esta que nem o Estado possui, pois:

(...) os exércitos que acreditam cultivar valores permanentes são um verdadeiro perigo para a democracia, posto que dos valores permanentes aos valores superiores não há mais que um passo, e os militares que acreditam possuí-los consideram-se guardiões desses valores, convertendo-os em essenciais para a nação (SERRA apud MATHIAS, GUZZI, 2010, 50).

Como bem explicam Mathias e Guzzi,

Nossos constituintes foram mais além: não apenas fizeram das Forças Armadas representantes dos valores permanentes, mas precisamente **as transformaram em um valor, o que garantiu a elas um lugar superior àquele ocupado por qualquer outro sujeito nacional. Portanto, elas próprias estão acima da própria nacionalidade.** O segundo problema, que reforça o primeiro, **diz respeito à atribuição de um caráter nacional**, isto é, as Forças Armadas seguem como a **única instituição profissional que representa toda a nação**, o que nenhuma outra organização pode reivindicar. **Ao defini-las como “nacionais e permanentes”, transformaram-nas legalmente em uma entidade superior aos legítimos representantes do povo na democracia e, quiçá, em algo superior ao próprio povo** (MATHIAS, GUZZI, 2010, p. 50) (*grifos nossos*).

Como se não bastasse, as Polícias Militares no Brasil, são organizados como pequenos Exércitos, isto é, como força reserva destes e moldados a uma estrutura organizacional “concebido a sua imagem e semelhança (...) Por isso, tem até 13 níveis hierárquicos e uma estrutura fortemente verticalizada e rígida” (SOARES, 2018, p. 33).

Neste momento, cabe, portanto, relacionar os conceitos de Biopolítica e Estado de Exceção a Portaria Normativa 3.461/2013. Assim, a partir de uma reflexão jusfilosófica a respeito dos direitos humanos fundamentais apreciados em tela, qual seja, o direito à liberdade de expressão e manifestação, analisaremos que os conceitos cunhados por Michel Foucault e Giorgio Agamben se tornaram mecanismos de captura da vida pelo poder soberano ou melhor, isto é, formas de dominação empregados pelo soberano.

## **A PORTARIA NORMATIVA 3.461 SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DE EXCEÇÃO E A BIOPOLÍTICA DE FOUCAULT**

O Estado brasileiro parte da premissa de ser democrático e, nessa medida, o artigo 3º da Carta Magna, fixa alguns objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Ocorre que, a partir da edição da Portaria Normativa 3.461 de 2013, o Brasil vem optando por um viés punitivo e de repressão para manter a máxima brasileira de “ordem e progresso”. Nesse sentido, as ações propostas pela GLO justificam-se, de maneira recorrente, tanto para “o combate da guerra as drogas” nas favelas do Rio de Janeiro, quanto na atuação das Forças Armadas em situações de manifestações populares e protestos.

Segundo a redação da referida portaria,

Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) **é uma operação militar conduzida pelas Forças Armadas, de forma episódica**, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou **em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem”** (*grifos nossos*).

Desse modo, as Forças Armadas são utilizadas como meio de substituição da segurança pública interna, quando essas se esgotarem (polícia civil, polícia rodoviária etc.) ou quando houver a perturbação da ordem, ou seja, *não* é imprescindível que se esgotem todas as forças regulares de segurança nacional para a efetiva instauração das operações de GLO; basta a presunção de possibilidade de perturbação da ordem.

Mais ainda, no tocante ao efetivo funcionamento das Operações da Garantia da Lei e da Ordem, é possível observar suas características essencialmente autoritárias, como uma verdadeira

“cartilha militar”, regendo detalhadamente com esquemas e imagens a atuação das forças armadas em relação a população. Assim, a normativa fixa de maneira expressa

(...) a possibilidade de uso das forças armadas para **controlar a movimentação da população nos espaços públicos e nas vias de circulação e para desbloquear vias porventura bloqueadas por manifestantes**, utiliza do eufemismo **força oponente, id est, inimigo**, para qualificar movimentos ou organizações sociais, estabelece o rol das principais ameaças possíveis, e nele inclui distúrbios urbanos, que pode ser identificado como a ação de movimentos sociais, o bloqueio de vias públicas, que pode coincidir com a realização de protestos, e a paralisação de atividades produtivas, que é o mesmo que greve, na maioria dos casos (SERRETTI, 2014, p. 68) (*grifos nossos*).

Assim, adotando essa postura punitiva e autoritária, o Estado brasileiro proporciona a criminalização do direito constitucional de manifestação, desrespeitando direitos fundamentais, além de instaurar uma situação de estado de exceção, conforme leciona Giorgio Agamben. O texto legal da portaria em análise fixa que as operações são instaladas de maneira excepcional (“operação de garantia da Lei e da Ordem é uma operação militar conduzida pelas forças armadas, *de forma episódica*”), quando na verdade, sob uma perspectiva Agambiana, é possível observar o direito tornando-se, por diversas vezes, indistinguível da exceção.

Nessa perspectiva, de acordo com Giorgio Agamben,

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. **Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de sua suspensão.** A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. Neste sentido, **a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada (*ex-capere*) e não simplesmente excluída** (AGAMBEN, 2002, p. 25) (*grifos nossos*).

Portanto, a partir do direito, o estado de exceção captura a vida do indivíduo, por meio da sua própria suspensão, dando origem a uma zona de anomia, ou seja, espaço vazio do direito, em que há uma confusão sobre o que é exceção e o que é regra:

**Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico** e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a **uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição** e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 39).

O Estado de exceção ocorre quando o Estado se utiliza de dispositivos legais para abolir a própria legalidade e os direitos dos indivíduos, se apresentando como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal (MARCHETTI, ESTEVÃO, SACONATO, 2014, p. 11).

Mais que isso, para o pensador italiano, o estado de exceção vem se tornando regra de governo e não medida tomada de forma pontual:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o **paradigma de governo dominante na política contemporânea**. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entra democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Contudo, dizer que se experiência um estado de exceção não significa que exista uma “anarquia jurídica” ou caos. É que, no Estado de Direito, se privilegia positivar de forma detalhada

em que situações fáticas ocorrerá o Estado de Exceção, com a conseqüente suspensão do direito pelo soberano. Porém, isso não quer dizer que o fato de o estado de exceção ter suporte de normas e instituições democráticas que ele está dentro do âmbito do direito, isto é,

Uma carta Magna pode indicar quem deve agir em uma situação específica; o detentor desse poder é o soberano que decide a respeito do fato gerador do estado de exceção, bem como sobre as medidas que devem ser tomadas para superar a situação de emergência (MARCHETTI, ESTEVÃO, SACONATO, 2014, p. 10).

Em *Homo Sacer* (2002) observa-se a vida nua localizada justamente no estado de exceção, isto é, a vida sem o respeito a direitos, matável. A contradição ocorre no momento em que o *homo sacer* está nessa zona de indistinção entre a vida desqualificada (o sagrado e o matável) e onde nas democracias atuais como o Brasil, existe a positivação de direitos; ou seja, existe o direito a manifestação, pela Constituição Federal de 1988, mas existe normas como a Portaria 3.461 (com força de lei) que impede o exercício desses direitos.

Nesse sentido, Agamben afirma que quem detêm a soberania é que vai poder exercer o biopoder. Ademais, complementando com o pensamento de Carl Schmitt, esse autor fixa que “soberano é quem decide no estado de exceção”, sendo o estado de exceção uma das formas de efetivação do biopoder.

Assim, a biopolítica ou biopoder refere-se a uma forma de exercer o poder, situada no final do século XVIII, a partir da Modernidade, que de acordo com Michel Foucault,

**É uma tecnologia de governo através da qual os mecanismos biológicos dos indivíduos passam a integrar o cálculo da gestão do poder.** Desaparece a sociedade como simples conjunto de sujeitos e passa a figurar, no cenário político, a espécie humana. Essa tecnologia é manejada por um conjunto de técnicas (biopoder), de mecanismos que são desenvolvidos a partir de um **saber-poder que se mostra capaz de interferir diretamente nos destinos da vida humana** (FOUCAULT, 1988, p. 134) (*grifos nossos*).

Em seu projeto de estudo, Foucault procura demonstrar a relação da história da humanidade com mutações biológicas que, em linhas gerais, acabaram por serem responsáveis por transformações políticas, colocando em primeiro plano o homem vivo. Por isso que para este autor, “o limiar de modernidade biológica de uma sociedade está no momento em que o homem entra em jogo no estratagema político de um Estado” (WERMUTH; SANTOS, 2018, p. 110).

Assinala o filósofo que

O homem durante muito tempo, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão (FOUCAULT, 1988, p. 133).

Ocorre, então, a estatização do biológico, já que o ser humano torna-se objeto principal das técnicas da biopolítica. Para além disto, há uma mudança do paradigma anterior em relação ao soberano, isto é, ao passo que na teoria clássica do soberano este tinha o poder de fazer morrer ou deixar viver, no biopoder há a complementação desse direito de soberania, pelo fato de haver essa “tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo (...) esse novo direito se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 286). Trata-se, sobretudo, do gerenciamento da vida.

O novo poder biopolítico não substituiu o poder disciplinar, apenas vem depois dessas práticas; agora o foco é na multiplicidade dos homens, “que forma uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença”. Nessa esteira, enquanto o poder disciplinar é associado ao corpo,

(...) “que reproduz efeitos individualizantes por meio da manipulação do corpo como foco de forças que é preciso **tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo**”, a biopolítica, por sua



**vez, é vista como uma tecnologia que não está mais centrada no corpo individual, mas sim, “na vida enquanto fenômeno”** (WERMUTH; SANTOS, 2016, p. 111) (*grifos nossos*).

Desse modo, o autor francês defende que o biopoder vai se preocupar essencialmente com a população, seguindo o princípio da massificação, que vai ser “problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder”. Além de ter como objeto a população, a biopolítica se preocupa com fenômenos coletivos, aqueles capazes de repercutir em um nível econômico e político, que são relevantes quando colocados em situações do coletivo ou de massa.

E trata-se sobretudo de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações (...) em resumo, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação (FOUCAULT, 1999, p. 293).

Além disso, para Foucault é preciso pôr em cheque em cheque as verdadeiras intenções do governo no tocante às normas mandamentais direcionadas a população, ou seja, além dos atos governamentais, o poder do soberano toca os pontos de controle e dominação.

Pode-se, com isso, dizer que a biopolítica e o biopoder imperam sobre as mais diversas formas de controle, **momento por se entrelaçarem com a necessidade da manutenção da ordem e ao controle dos afazeres dos indivíduos**. Assim, muitas vezes, estes controles de poder acabam por **atuar de forma contrária à própria vida e, neste caso, o reflexo deste poder acaba, muitas vezes, na medida em que invade e destrói e promove desocupações, gerando um efeito negativo, não mais sobre a prevalência da vida, mas, sim, como uma atuação que procura ensejar a morte e a dor em uma sociedade** (WERMUTH; SANTOS, 2016, p. 7) (*grifos nossos*).

Há de se acolher, então, que o paradigma biopolítico foucaultiano é plenamente aplicável a lógica da Portaria da Garantia da Lei e da Ordem, a partir do momento que essas operações são utilizadas sobre populações, e que, na prática, regulam as massas, seja em um contexto de populações e manifestações, seja de operações da GLO no Complexo da Maré, no Rio de Janeiro. Ademais, é possível observar que várias limpezas sociais, racistas, classistas se deram – e se dão – durante anos, pela biopolítica posta em prática, contexto em que um grupo deveria ser controlado ou exterminado com fito de estabelecer a ordem. Assim, nota-se que a violência não desaparece com a readequação das formas de poder, mas que ela recai sobre populações que não têm suas vidas vistas como dignas (vida nua) ou que escapa dos braços do Estado.

Mais que isso, as leis positivadas são esquecidas pelo Estado e, em seu lugar, apresenta-se um campo de concentração desprendidas da sociedade, uma vez que o soberano empreende o biopoder numa zona de indeterminação da norma (anomia). Nessa seara, ele – o soberano – se proclama fora da lei, mas, ao mesmo tempo, dita que ninguém poderá ser colocado fora do ordenamento. Assim, o indivíduo, ao se tornar *homo sacer*, tem a vida capturada, tendo o poder político como fundamento uma “vida absolutamente matável, que se politiza através da sua própria matabilidade” (MARCHETTI, ESTEVÃO, SACONATO, 2014, p. 6).

Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado de Exceção se transforma em uma técnica de governo e não mais como um momento de suspensão do ordenamento, com período de início e fim, ou seja, trata-se da vontade oculta do soberano, postas em prática por meio de mecanismos biopolíticos, como a Portaria Normativa 3.461/2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação dos fatos analisados, há de se reconhecer que a Portaria Normativa 3.461/2013 foi editada em um contexto social e político muito específico, em que o Estado tentava ter o controle das populações diante de manifestações populares, além do foco internacional estar no Brasil, devido a grades eventos como a Copa das Confederações de 2013 e a futura Copa do Mundo de 2014, sediada no país. Nessa esteira, se apresentou a concretude de elementos do paradigma de estado de exceção, aliado a uma postura autoritária e punitivista no uso do direito com a edição da referida medida.

Nessa conjuntura, analisando o pensamento do autor Michel Dobry a respeito do que são de fato as crises, foi possível marcar uma saída da perspectiva do senso comum que fixa que crises são momentos de ruptura e de quebra do curso durável das coisas. De um lado, se tem a mídia nacional recorrentemente anunciando que vivemos crise do terrorismo, crise econômica, crise do sistema penal, crises de governo, crise de previdência. De outro, o Estado se utiliza desse argumento – de instabilidade – para lançar mão de medidas emergenciais, como por exemplo a Portaria em análise da Garantia da Lei e da Ordem, visando o reestabelecimento do controle das populações.

Ocorre que, ao examinar a participação das Forças Armadas no tocante a segurança pública, vemos que esta tem-se demonstrado cada vez mais frequente. É que, em todas as Constituições brasileiras houve previsão de sua participação, bem como sempre foram alinhadas com a defesa da “lei e da ordem”, e, assim, contrariando a máxima que dita que “a polícia cuida da ordem interna e os militares dos problemas externos” – o que acabou por acarretar a militarização da segurança pública. Além disso, ao fixar que as Forças Armadas têm caráter nacional e permanente, a Constituição Federal deu um elevado status ao Exército, Marinha e Aeronáutica, status esse que nem o Estado em si tem.

Desse modo, explorando o texto normativo em referência – Portaria Normativa 3.461/2013 do Ministério da Defesa - é possível observar que ele busca “estabelecer orientações para o planejamento e o emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem”, ou seja, de maneira ampla e subjetivista, com o uso de termos como “forças oponentes” ou “agentes de perturbação da ordem pública”, é autorizado a utilização militar contra a população.

Assim, seria possível a eliminação de qualquer sujeito sob a justificativa da “ameaça à ordem pública”. Por este motivo que a hipótese de Estado de Exceção Agambiano se aplica perfeitamente ao exercício da GLO, uma vez que o direito se torna, por diversas vezes, indistinguível da exceção. Assim, o Estado de Exceção trata-se muito mais de uma técnica de governo para controlar populações do que medida provisória e excepcional.

Assim, com uma estrutura assemelhada a uma “cartilha militar”, a Portaria 3.461 de 2013 coloca os indivíduos em uma situação de exceção, que impede o direito a resistência contra a opressão e a manifestação, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Desse modo, a atuação do Estado adotando medidas emergenciais explica com facilidade a arbitrariedade na produção legislativa com escopo de privilegiar o próprio Estado, a citar o Projeto de Lei 2016/2015 (Lei Antiterrorismo), a aprovação do Projeto de Lei 4330/2004 (Projeto regulamentador das terceirizações), o Projeto de Lei 6583/2013 (Projeto que propõe a criação do estatuto da família), a Reforma Trabalhista e a Reforma da Previdência, calcada em uma suposta crise que não é objeto desse trabalho detalhar.

Ademais, as Forças Armadas utilizadas como instrumento de segurança pública interna não é o caminho a ser seguido por um Estado Democrático, uma vez que o exército é treinado

exaustivamente para situações de combate, de ação militar, e por isso, tem uma visão essencialmente guerrilheira, isto é, corporações militares tendem a reproduzir culturas de violência, baseadas na ideia da guerra ao inimigo interno.

Por fim, insta salientar que por meio da perspectiva do Estado de Exceção associando-o com o paradigma biopolítico, foi possível observar que o poder soberano não apenas se vale das crises que surgem, mas é ele mesmo um dos elementos formadores das crises que legitimam a manutenção das relações de força e as medidas de exceção. É que, apesar do Estado tentar delimitar os casos em que serão adotadas medidas de exceção, com vigência inicial e final, o que se mostra oculto é que essas medidas são técnicas de governo baseadas na vontade soberana incutidas em mecanismo biopolíticos e de exceção, isto é, supressão de direitos.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 9-51.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 09-37.

ARTIGO 19. **5 anos de Junho de 2013: como os três poderes intensificaram sua articulação e sofisticaram os mecanismos de restrição ao direito de protesto nos últimos 5 anos**. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/06/Infogr%C3%A1fico-5-anos-de-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. I 11 ed. Brasília: Editora Unb, 2000. p. 304-307

CASTELO BRANCO, Guilherme. **Terrorismo de Estado**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 35-67.

DOBRY, Michel. **Sociologia das Crises Políticas: a dinâmica das mobilizações multissetoriais**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

FERNANDES, Sabrina. F363s **Sintomas Mórbitos**. São Paulo (SP): Autonomia Literária, 2019. p. 21-93.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 285-315

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução de aria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilherme Albuquerque. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 127-145

FOLHA DE SÃO PAULO. **72% dos moradores do estado do Rio querem prorrogar intervenção federal**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/72-dos-moradores-do-estado-do-rio-querem-prorrogar-intervencao-federal.shtml>. Acesso em 20 agosto de 2019.

MARCHETTI, Livia Estevão, ESTEVÃO, Roberto Freiria, SACONATO, Thaís Estevão. **Biopoder E Estado De Exceção: Mecanismos De Funcionamento Da Nova Ordem Penal No Atual Estado Capitalista Globalizado Neoliberal**. Disponível em: <http://eventos.ufgd.edu.br/enepe/anais/arquivos/545.pdf>. Acesso em 30 junho 2019.

MATHIAS, Suzeley Kalil. GUZZI, André Cavaller. **Autonomia na lei: as Forças Armadas nas Constituições nacionais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/107/10717457003.pdf>. Acesso em 25 agosto 2019.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Efetivos e Custos de GLO (2010-2019)**. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/6.glo\\_2010\\_2018\\_custos\\_e\\_efetivos\\_03\\_ABR\\_2019.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/6.glo_2010_2018_custos_e_efetivos_03_ABR_2019.pdf). Acesso em 25 agosto 2019.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Histórico de GLO**. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/2.tabela-glo\\_atualizada\\_em\\_03\\_ABR\\_19.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/2.tabela-glo_atualizada_em_03_ABR_19.pdf). Acesso em 25 agosto 2019.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Histórico de Operações de GLO 1992-2019**. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/1.metodologia\\_de\\_estudo.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf). Acesso em 25 agosto 2019.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Ocorrências de GLO (1992-2019)**. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios\\_e\\_operacoes/glo/3\\_tabelas\\_glo\\_grafico\\_barras\\_03\\_ABR\\_19.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/3_tabelas_glo_grafico_barras_03_ABR_19.pdf). Acesso em 25 agosto 2019.

MORAES, Wallace dos Santos; MORAES, Luciana Simas Chaves de. **As máscaras do Estado repressor: A criminalização dos movimentos sociais no Brasil**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica 8.1 (2016): 102-121. Disponível em: <http://www.revista.passagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/87>. Acesso em 15 junho 2018.

NOBREGA JUNIOR, José Maria Pereira da. **A militarização da segurança pública: um entrave para a democracia brasileira**. Rev. Sociol. Polit.[online]. 2010, vol.18, n.35, pp.119-130. ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782010000100008>. Acesso em 18 agosto 2019.

PACELLI, Gustavo. **Resenha: Sociologia das crises políticas: a dinâmica das mobilizações multissetoriais**. Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/25845>. Acesso em 04 setembro 2019.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos**. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 11-169

SOLANO, Esther, ed. **O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil**. Boitempo Editorial, 2018. p. 65-73.

SERRETTI, André Predrolli. **Favelas pacificadas, operações garantia da lei e da ordem e a repressão de movimentos sociais: os perigos do legado do mundial da FIFA de 2014 à cultura de segurança pública brasileira**. Revista Transgressões 2.2. 2014 62-74. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iVkJZDFIYRBWJ:https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/6443/4980/+&cd=11&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 10 agosto 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo D.; SANTOS, Luana Marina. **Biopoder e resistência: a (bio) potência da multidão**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, 5(3) (2018). Disponível em <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/249>. Acesso em 01 agosto de 2019.



# GP 06

**(BIO)POLÍTICAS MIGRATÓRIAS BRASILEIRAS:  
ENTRE DEMOCRACIA E AUTORITARISMO**

**Coordenação:**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ/UNISINOS)

Paulo Velten (UFES)

Daiane Moura de Aguiar (ANHEMBI MORUMBI)



## CRIMIGRAÇÃO NO BRASIL: ENTRE O PASSADO ESTRANGEIRO E PRESENTE MIGRANTE

**Carolina Piccolotto Galib**

Mestra em Direito (UNIMEP). Professora (PUC-Campinas).

**Viviane de Arruda Pessoa Oliveira**

Mestra em Direito (UNIMEP)

### INTRODUÇÃO

A construção de uma política migratória com uma perspectiva dos Direitos Humanos, no Brasil, se faz de maneira lenta e gradual com a incorporação dos valores Constitucionais da Carta Magna de 1988, a revogação do estatuto do Estrangeiro, e sobretudo com o advento da Lei 13.445.17, nova lei de migração, uma vez que incorpora valores, princípios de natureza inclusiva e não discriminatório da pessoa do migrante, e mecanismos como acolhida humanitária, buscando a promoção da igualdade entre os nacionais e não-nacionais.

Entretanto, muitas vezes, a recepção daqueles que chegam de fora como o ser alógeno e estrangeiro, de forma não inclusiva, pauta-se em associações de cunho falacioso a ações promovidas tanto por medidas de natureza política, midiática, normativa, e até mesmo por meio de ações sociais discriminatórias, extremamente racista e preconceituosa de que o estrangeiro seria que aquele invasor, usurpador de postos de trabalhos, terrorista e traficante de drogas.

Deste modo, não se pode negar que um dos desafios sociais, políticos e jurídicos a ser enfrentado pelo Brasil para implementação efetiva dos preceitos da NLM diz respeito ao afastamento da figura migrante ao criminoso.

Assim, a incorporação de políticas migratórias, inovações normativas e manifestações sociais, como por exemplo a acolhida humanitária, devem e tem o viés de inclusão e não de expulsão ou mesmo associação a atos contrários a normatividade penal. Passa-se, assim, pela desconstrução dos mitos e associações falaciosas para a incorporação de valores pela inclusão do outro pela sociedade, em razão da humanidade que ostenta.

Explora-se, assim, no presente artigo, essa relação entre o passado do estrangeiro no Brasil, com um viés securitário, tão ressaltado pelo Estatuto do Estrangeiro, sua relação com Direito Penal, a sua percepção pela crimigração com o presente imigrante, investigando-se qual relação entre direito penal e direito migratório na realidade brasileira.

Conclui-se que a incorporação de valores de igualdade, de um ser imigrante, titular de Direitos Humanos, imbuído de uma condicionalidade inclusiva e de pertencimento, na forma

proposta pela Nova Lei de Migração ainda precisa ser incorporada pela sociedade brasileira, também de forma institucionalizada pelos Estado, àqueles que chegam de forma plural para garantia e efetividade dos Direitos Humanos que são titulares.

### **Aspectos sobre a Crimigração**

A crimigração é uma teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América, na década de 1980, mas que vem ganhando espaço na Europa (GUIA, 2015, P. 131, 132). Apesar de existir desde a década de 80, foi em 2006 que a crimigração começa a tomar forma nos EUA, com o trabalho de Juliet Stumpf (2006, p. 367-419), intitulado *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power*, que investiga a convergência entre imigração e direito penal e a razão pela qual essa convergência causa problemas.

No estudo de Stumpf (2006, p. 340) a autora inicia por afirmar que a junção entre direito penal e imigração pode parecer estranha, uma vez que, em linhas gerais, o direito penal procura proteger os indivíduos e a sociedade da violência, ao passo que a temática de imigração afeta ao direito tem por escopo determinar quem pode e quem não pode atravessar a fronteira, residir do país e quem deve sair.

Nesse sentido também é o entendimento das cortes, que historicamente traçaram conexões entre política internacional e imigração, não incluindo nesta conexão o tema sobre justiça criminal. Assim, nas palavras da autora, o direito penal parece ser um primo distante da imigração (STUMPF, 2006, p. 379).

Porém, as duas áreas se aproximam na interface que mantêm entre a relação do Estado e indivíduo. Além disso, os dois sistemas possuem similitudes no que diz respeito à inclusão ou exclusão do indivíduo. Nesse sentido, determinam quem participará da sociedade.

Desta maneira, a junção de imigração e crime, ou a “crimigração”, possui três frentes, na visão de Stumpf. A primeira é o vínculo entre direito penal e imigração como sistemas de exclusão. A segunda é a semelhança das normas sobre imigração e normas penais e forma de aplicação de ambas. Por fim, do ponto de vista processual, alguns aspectos são semelhantes, uma vez que o processamento de questões migratórias assumem aspectos do processo penal (2006, p. 381).

A base para a crimigração reside na teoria da pertença ou, em inglês, *Membership theory* que divide os indivíduos em nacionais e não-nacionais. A teoria da pertença<sup>1</sup> tem como fundamento, por sua vez, o contrato social entre o Estado e cidadãos americanos, sendo o acesso a direitos restrito aos cidadãos norte-americanos.

Guia e Pedroso citam Demleitner, para afirmar que referida teoria esvazia a dignidade da pessoa humana como cidadão, uma vez que os direitos constitucionais dependem da perspectiva relativa de quem define quem fará parte do contrato social (GUIA, 2015, p. 133).

Além da exclusão física consubstanciada na possibilidade de deportação como pena, a definição supostos níveis de cidadania, há uma consequência importante no que diz respeito à política migratória: o poder que a polícia possui nesta temática.

Neste ponto, é importante ressaltar que o Norte Global comumente age com a questão migratória a partir de uma perspectiva securitária, em que a criminalização dos indesejados afasta as pessoas do “direito a ter direitos” (ARENDR, 1989, p. 234), materializando uma verdadeira exclusão.

---

<sup>1</sup> Tradução de Maria João Guia e João Pedroso.

Nesse sentido também, cabe lembrar a figura do *Homo Sacer* é utilizada por Giorgio Agamben (2007) revela que o sujeito excluído da vida Civil do Direito Romano. *Homo Sacer* em português significa Homem Sacro, porém, sua sacralidade se dá em um sentido negativo, pois poderia ser morto por qualquer um, exceto em rituais religiosos. A vida desse sujeito constitui um núcleo de poder soberano.

Há uma conexão entre a exclusão do *homo sacer* com o do imigrante que é excluído da vida política do Estado. Essa conexão entre imigrante ilegal e *homo sacer* existe ao passo que a definição daquele que é considerado ilegal é determinada pela lei interna do Estado. O conceito de cidadão traz uma valoração de identidade do país ao invés de abranger aspectos da proteção da pessoa humana, que ultrapassam aspectos internos de um Estado (SILVA, 2012, p. 80).

O controle dos fluxos migratórios a partir do direito penal tem a intenção de anular os indivíduos, além da construção da imagem do imigrante como inimigo. A institucionalização da ilegalidade ganhou força segundo o entendimento de que o tema de migração deve se pautar sob a perspectiva dos Estados que utilizam o argumento da soberania para fundamentar a escolha da entrada dos indivíduos em seu território (GUIA, 2015, p. 140).

A securitização, que ao lado da criminação é um termo utilizado para se referir a junção entre migração e segurança, possui uma dimensão psicológica das massas, como afirmam Miller, Hass e Castles (2014). Isso porque a securitização *conecta migrações como um meta-problema que compreendem uma política simbólica*, a partir criação de uma relação entre o migrante como um potencial terrorista. Essa dimensão psicológica encontra aspectos culturais, socioeconômico e políticos (2014, p. 199).

Além do mais, os imigrantes apresentam como risco de modificação da cultura do local. Essa insegurança tem lugar tanto da Europa, como foi no caso da proibição do véu islâmico pela França, decisão inclusive confirmada pela Corte de Direitos Humanos da Europa<sup>2</sup>, e também nos Estados Unidos, com a entrada dos Mexicanos e outros hispânicos no país. Com frequência, se observa que a religião e a língua são fatores que são considerados ameaça, como é o caso dos muçulmanos sob o ponto de vista dos países ocidentais (CASTLES, MILLER, p. 200, 2014).

## **O Migrante Como estranho: notas sobre o estatuto do Estrangeiro**

O ano de 2017 representou um marco normativo para o direito migratório, pois, com a Nova Lei de Migrações, Lei nº 13.445/2017, o antigo e ultrapassado Estatuto do Estrangeiro, foi revogado.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980, privilegiava a segurança nacional e os interesses do Brasil, que, como dito, até 2017 era o diploma normativo responsável por definir a situação jurídica do migrante no Brasil, visava proteger não o migrante, mas sim, a segurança do Estado.

A palavra *estrangeiro* traz consigo a noção do estranho, da diferenciação entre *nós* e os *outros*, isto é, de quem é merecedor da proteção jurídica e quem deve ficar excluído desta proteção, ou talvez, a quem o ordenamento jurídico e as instituições devem ficar sempre atentos, pois a qualquer momento o *estranho* pode subverter a ordem ou a segurança nacional.

---

<sup>2</sup> Para mais informações sobre o caso ver: Corte Europeia de Direitos Humanos. Case of S.A.S. v. FRANCE. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2243835/11%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-145466%22%5D%7D>>. Acesso em 19.9.2018.



Nota-se, portanto, que o Estatuto do Estrangeiro era regido sob a lógica da exclusão. Estrangeiro é quem possui uma nacionalidade distinta dos cidadãos e, portanto, não possui os mesmos direitos que os nacionais (VEDOVATO, PEDAGOGA, SAMPAIO, 2016, p.2015).

Importante notar que o Estatuto do Estrangeiro entrou em vigor no período da ditadura civil-militar brasileira e no contexto mundial de guerra fria (década de 1980). Assim, diante deste contexto tanto interno como internacional, o estrangeiro possuía dois significados, tanto aquele cidadão brasileiro *subversivo* (SPRANDEL, 2015, p.147), tanto os migrantes de ideologia de esquerda ou os provenientes dos Estados socialistas (DE MORAES, 2016, p. 123), ambos poderiam entrar potencialmente em relação e ameaçar o regime ditatorial e a *segurança nacional*.

Para explicar o conceito de segurança nacional à época, Maria Anita Sprandel (2015, p.147) retoma o Decreto-lei nº 314, de 1967, Lei da Segurança Nacional, o qual definia os crimes contra a segurança nacional e a ordem política social, notadamente nos quatro primeiros dispositivos<sup>3</sup>. Destaca-se o artigo 3º, do Decreto-lei nº 314, de 1967, o qual prevê medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, repressão da guerra psicológica e da guerra revolucionária ou subversiva.

Sobre a guerra psicológica, o §2º do artigo 3º, do mesmo diploma, definia como sendo:

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais. (grifamos)

Além disso, destaca-se também o §3º, do artigo 3º, o qual demonstra a preocupação com a potencial subversão da ordem interna com ideologias externas:

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

No que diz respeito aos crimes às penas, o artigo 8º, do Decreto-lei, previa que quem *aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual for o motivo ou pretexto*, deve ser punido com reclusão de 3 a 10 anos.

Sobre as modalidades de saída compulsória previstas no diploma revogado, é de se destacar importante mudança com a Nova Lei de Migração. O artigo 57 e seguintes do Estatuto do Estrangeiro previam que a deportação seria possível na hipótese de entrada irregular de estrangeiro. A hipótese de deportação na Nova Lei de Migração também continua sendo esta, ou seja, caso o imigrante esteja em situação irregular no Brasil, é previsto a deportação do indivíduo.

No entanto, a principal diferença do diploma anterior e o atual é justamente a tutela dos direitos inerentes ao deportando, sobretudo o conjunto de garantias constitucionais que fazem parte do processo administrativo, como contraditório, ampla defesa e defesa técnica, com a obrigatoriedade de intimação da Defensoria Pública para acompanhar o procedimento.

Ainda, à época do Estatuto do Estrangeiro era possível a prisão administrativa do deportando pelo prazo de 60 dias, não podendo exceder 90 dias, por ordem do Ministro da Justiça. A Nova Lei de Migração acabou com essa possibilidade de prisão, prevendo, ainda, a possibilidade de livre circulação em território nacional durante o processo administrativo de

---

<sup>3</sup> Referido diploma foi revogado pelo Decreto-lei nº 898 de 1969, que por sua vez também não vigora mais no ordenamento jurídico brasileiro.

deportação, desde que o deportando informe às autoridades seu domicílio, conforme preceitua o §1º do artigo 50 (PLANALTO, LEI 13. 445/2017).

Por sua vez, a expulsão, prevista no artigo 65 e seguintes do Estatuto do Estrangeiro, era considerada um direito do Estado, a ser exercido pelo Presidente da República, nos casos em que o estrangeiro atentasse *contra a segurança nacional, ordem política ou social, tranquilidade ou moralidade pública, economia popular ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais* (PLANALTO, LEI 6.815/1980).

O Estrangeiro também seria expulso nos casos em que não fosse aconselhável a deportação: quando existirem “indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade” do estrangeiro, como afirmava o art. 62, praticar fraude para entrar ou permanecer no país, “entregar à vadiagem ou à mendicância”, bem como desrespeitar proibição prevista em lei específica. Ressalta-se que o artigo 66 previa que a competência para decidir sobre a expulsão é do Presidente da República, em juízo discricionário, isto é, de *conveniência e oportunidade* (PLANALTO, LEI 6.815/1980).

Nota-se, portanto, que o antigo diploma possibilitava a retirada compulsória na modalidade expulsão mediante argumentação genérica, configurada nas expressões, *ordem pública, tranquilidade pública, indícios sérios de periculosidade*, entre outras que atentam contra o Estado Democrático de Direito e a prevalência dos Direitos Humanos. A Nova Lei de Migração prevê hipóteses específicas para a expulsão, como o cometimento de crime Definido no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>4</sup> bem como crime doloso comum, passível de receber pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 54, §1º, incisos I e II.

De Moraes (2016, p. 130) afirma que em que pese ocasionar a privação de liberdade, com a previsão de prisão para fins de expulsão, não consistia em pena criminal, mas sim, de provimento sancionatório. Esse provimento poderia ser aplicado inclusive ao estrangeiro menor de idade ou com deficiência mental. No que diz respeito à criança ou adolescente a quem se imputassem infrações penais, nos termos do Código de Menores, a expulsão nesses casos era recomendada.

Cabe lembrar, ademais, que o Código Penal, em seu artigo 338, prevê como crime, sujeito à pena de reclusão de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena, a conduta de reingresso de estrangeiro expulso (BRASIL, CÓDIGO PENAL).

Além do aspecto estigmatizante do revogado diploma, ao associar o estrangeiro como uma pessoa potencialmente lesiva ordem pública, importante consignar que o imigrante era visto exclusivamente sob o aspecto utilitário, uma vez que o artigo 16, parágrafo único, afirmava a imigração tem como objetivo o fornecimento de mão de obra especializada, com vistas à Política Nacional de Desenvolvimento, principalmente para o aumento da produtividade, assimilação de tecnologia e captação de recursos para setores específicos.

O Estatuto foi responsável por criar o Conselho Nacional de Imigração (Cnig), vinculado ao Ministério do Trabalho, a quem foi designada a incumbência de orientar, coordenar e fiscalizar as atividades de imigração, nos termos do artigo 128.

Por sua vez, o artigo 26 afirmava que a concessão de visto se trata de mera expectativa de direito, podendo a entrada, estadia ou registro do estrangeiro ser impedido no caso do artigo 7º, que por sua vez, elencava as seguintes hipóteses:

- I - menor de 18 (dezoito) anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa; II - considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais;

---

<sup>4</sup> É o caso de crime de crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão.

III - anteriormente expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada; IV - condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; ou V - que não satisfaça às condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde. (grifei)

Soma-se a essa condição a previsão de que a autoridade consular poderia registrar no visto a atividade a ser exercida pelo imigrante bem como a região de estadia, condicionando o imigrante a um duplo *confinamento legal: tanto de atividade laborativa quanto de residência*, nas palavras de Ana Luiza Zago de Moraes (DE MORAES, 2016, p.128,129).

Por fim, importante ressaltar que o Estatuto do Estrangeiro foi aprovado sob forte oposição, tanto por parte de parlamentares, como setores da sociedade como Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Sociedade Brasileira para o progresso da Ciência (SBPC), Anistia Internacional, além de um documento entregue ao presidente da Câmara dos Deputados com mais de 17 mil assinaturas contra a Lei dos Estrangeiros (SPRANDEL, 2015. p. 159, 160). Mesmo com forte oposição, o diploma foi aprovado, e passados 3 meses de sua aprovação o padre italiano Vito Miracapillo é expulso do país, sob acusação de um deputado estadual de Pernambuco, Estado em que trabalhava, por ter se recusado a celebrar missas em comemoração ao dia da independência (IHU, 2012).

Nota-se, portanto, a urgência na superação do Estatuto do Estrangeiro, que passou a ser evidente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 a qual insere o ser humano com centro do ordenamento jurídico, a partir da previsão expressa da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa<sup>5</sup>.

Assim, evidente que o novo diploma legal tem como pressuposto o olhar para o imigrante como sujeito de direitos, superando a ultrapassada visão de ser um estranho em uma sociedade que só prevê direitos aos seus nacionais, ignorando a igualdade inerente a todos os seres humanos, atributo essencial à consagração da dignidade.

### **A questão da Acolhida humanitária com a inclusão do imigrante: avanço?**

Em uma proposta de concepção sistemática de promoção de direitos humanos e inclusão do migrante na condição de igualdade com os nacionais proposta pelo prisma constitucional é que se pode verificar a presença do instituto da acolhida humanitária, em consonância dos princípios da não discriminação, do repúdio a xenofobia, da não criminalização do migrante e da universalidade dos direitos humanos previstos na Nova Lei de Migração.

De esclarecer que tal medida de acolhida pela concessão do visto humanitário, restou instituída, anteriormente, pelos termos da Resolução nº 97 do Conselho Nacional de Imigração (Cnig), no caso dos fluxos migratórios de haitianos em, 2010, vítimas de desastre ambiental, bem como pela Resolução normativa nº 17, de 24 de setembro 2013 do Conare, para as vítimas de conflito armado, no caso dos migrantes Sírios.

Esta proposta representa, sem dúvida um avanço em termos normativos. Estranhamente, no entanto, o Decreto 9.199/17 ao regulamentar a nova lei de migração, deixou de tratar especificamente da efetivação desse instituto.

Desta forma se pode afirmar que o Estado Brasileiro, de maneira política e jurídica, ao deixar de regulamentar a acolhida optou pela manutenção do critério seletivo e de escolha,

---

<sup>5</sup> Conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

mantendo um espírito securitário mascarado e silencioso, de maneira a permitir apenas pelo elemento discricionário da política migratória do Estado o ingresso apenas daqueles que interessem a constituição do país, facilitando, por exemplo, uma seletividade econômica daqueles que importem em maior benefício social.

Ademais, a ausência de critérios e regulação do instituto, bem como promoção de políticas públicas de inclusão tornam a norma vazia no seu efeito prático, promovendo assim o viés criminalizador da figura do migrante, pela repulsão também da cidadania e inclusão social. Neste sentido, observam Salles, Riggo e Santos os efeitos de ausência de uma política estrutural no caso dos haitianos:

Muitas pesquisas mostram que, apesar da criação da política de vistos aos haitianos no país, que fez com que a participação deles no mercado de trabalho aumentasse em 406% entre 2011 e 2012, não foi instituída uma política migratória que estruturasse a possibilidade de real inclusão desse povo na sociedade brasileira, sendo todo tipo de trabalho realizado exclusivamente pela sociedade civil (RODRIGUES; SILVA, 2016; ROCHA, 2016). A falta de preocupação do Estado com esses imigrantes gerou, dentre outros, a exploração de mão-de-obra e trabalhadores sem contrato formal de trabalho, pois, de acordo com pesquisa realizada por Rodrigues e Silva (2016), 73,6% dos haitianos no Brasil declaram que não ganham o suficiente para sobreviver. Ademais, estes migrantes encontram ainda outras dificuldades, como o idioma e a dificuldade para validar o diploma no Brasil, o que também dificulta a socialização e a entrada no mercado de trabalho brasileiro. . ( SALLES, RIGGO, SANTOS, 2019, p. 8)

Desta forma, como se observa, muitas vezes, vítimas de preconceito econômico e racial, não obstante a concessão do visto de natureza humanitária, a ausência de uma política pública inclusiva para os Haitianos fez com que eles permanecem na condição de desigualdade e percepção social do ser alógeno, estrangeiro e não titular de direitos humanos.

No caso, pode-se ainda facilmente associar-se a ideia desvirtuada da receptividade pelos nacionais daqueles que não estão em situação de pobreza, sendo presentes também em uma manifesta uma seletividade no acolhimento dos migrantes que ostentam a condição de pobres.

Reflete-se, assim, a constatação daquilo que a Adela Cortina atribui como Aporonofobia no Brasil, percebendo o conteúdo discriminatório dos que chegam e são acolhidas em condição de pobreza, bem com a permanência no estado de privação de acesso a Direitos Humanos fundamentais, o que revela-se também uma forma de exclusão.

Ao mesmo tempo, como instrumento de criminalização se observa presente o aumento e reforço da retórica do migrante associado a figura do criminoso, não obstante a presença de princípios não discriminatórios em respeito da condição de migrante o que prejudica ainda mais a promoção de medidas humanitárias que promovam a efetividade dos Direitos Humanos de que são titulares. Neste sentido:

Do ponto de vista do debate político, há, no contexto recente, um reforço da retórica que criminaliza as migrações, defende o aumento das medidas restritivas e a blindagem das fronteiras (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017). Em nome da segurança nacional, muitos países vêm bloqueando, aberta ou dissimuladamente, a entrada dos diferentes a qualquer custo.( SALLES, RIGGO, SANTOS, 2019, p. 8)

Como se observa a ausência de regulamentação, incorporação de valores humanos básicos pela sociedade associados a um discurso xenofóbico, representam um retrocesso desconexo com termos propostos pela nova lei de migração, na promoção da acolhida humanitária e não criminalização da figura do ser migrante.

## CONCLUSÃO

A Relação que se estabelece entre o Direito Migratório e o Direito penal, faz parte dos Estudos voltados a crimigração.

Se de um lado temos o sujeito migrante como sujeito titular de direitos humanos, que traz a promoção do desenvolvimento em determinado período histórico e em determinada condição, por outro lado, o discurso xenofóbico e discriminatório alimentado pela criminalização do imigrante afasta o viés de incorporação das titularidades de Direitos Humanos de forma pragmática.

Constata-se, portanto, que a Lei de Migração altera o paradigma até então vigente, incorporando os princípios da não discriminação, do repúdio a xenofobia, da não criminalização do migrante e da universalidade dos direitos humanos de forma a promover a efetividade da titularidade de direitos humanos do migrante no presente.

No entanto, verifica-se que embora alguns avanços tenham sido conquistados com o novo diploma legal, como por exemplo, a normatização do instituto da acolhida humanitária, por vezes, e em determinadas situações, o preconceito, o discurso de não inclusão, sobretudo medidas discriminatórias, em razão da raça ou etnia ou mesmo do discurso político da condição migratória associada ao criminoso e terrorista ainda se fazem presentes na nossa sociedade, de maneira impeditiva a promoção dos Direitos Humanos dos Migrantes.

Da mesma forma, se pode perceber que a não regulamentação desse instituto traz de forma paradoxal a possibilidade de uma seletividade do Estado de quem se permite ingressar no território, como a promoção de políticas públicas de forma humanizada, mantendo-se presente a crimigração no nosso país.

Assim, conclui-se que associação do migrante a figura do ser delinquente, estrangeiro e não pertencente ao país, é, muitas vezes, implementada de forma institucionalizada pelos discursos discriminatórios de políticas institucionais, promoção de medidas de normativas, mecanismos de criminalização e de exclusão jurídica como formas de repressão ao estrangeiro que ingressa no território nacional, promovendo assim uma maior vulnerabilidade do ser migrante e se mantendo presente o viés securitário trazido pelo Estatuto do Estrangeiro de maneira silenciosa e manifestamente contrário aos termos da nova lei de migrações.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O Poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hanna. **As origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

CASTLES, Stephen; HASS de Hein; MILLER, Mark J. **The Age of Migration international population movements in the modern world**. Fifth edition. Palgrave Macmillan, 2014.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre**. Un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017. 196 pp.

DE MORAES, Ana Luísa Zago. **Crimigração: A Relação entre Política Migratória e Política Criminal no Brasil**. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2016. P. 130.

GUIA, Maria João. **Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante**. Revista Liberdades. pp. 90-120. IBCCRIM, nº 11, setembro/dezembro de 2012.

GUIA, Maria João; Pedrosa, João. **A insustentável resposta da “Crimigração” face à irregularidade dos migrantes:** uma perspectiva da União Europeia. REMHU – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 129-144, jul/dez 2015

IHU. **Padre expulso pela ditadura há 31 anos volta ao Brasil e quer reaver batina em Palmares (PE).** Publicado em: 4.2.2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/505391-padreexpulso-pela-ditadura-ha-31-anos-volta>>. Acesso em: 26.9.2018.

SALLES, Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes; RIGGO, Renata Freitas Quintella; SANTOS, Lara de Freitas. **A acolhida humanitária com a lei 13.445/17:** rumo a um tratamento digno ao migrante forçado no Brasil. Conhecimento & Diversidade, [S.l.], v. 11, n. 23, p. 131-144, jul. 2019. ISSN 2237-8049. Disponível em: <[https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento\\_diversidade/article/view/5859](https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento_diversidade/article/view/5859)>. Acesso em: 30 nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.18316/rcd.v11i23.5859>

SASSEN, Saskia. **Expulsões.** Brutalidade e Complexidade na Economia Global. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

SILVA, Jarochiski Silva. A situação do imigrante ilegal hoje: o ressurgimento do homo sacer **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 79-89, jul./dez. 2012.

SPRANDEL, Marcia Anita. **Migração e Crime:** a lei 6.815 de 1980. REMHU- REV. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXII, nº 45, p. 145-168, jul./dez., 2015. P. 153.

STUMPF, Juliet. **The Crimmigration Crisis:** Immigrants, Crime, and Sovereign Power. American University Law Review 56, no. 2, December 2006.

VEDOVATO, Luís Renato. **Ingresso do Estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do Direito Internacional Público.** Tese de Doutorado em Direito Internacional, Faculdade de Direito da Univerdade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PLANALTO. **Decreto-lei nº 314, de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314.htm)> Acesso em: 26.9.2018.

PLANALTO. **Código Penal. Decreto-lei 2.848/1940.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 26.9.2018.

PLANALTO. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm)>. Acesso em: 26.9.2018.

PLANALTO. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm)>. Acesso em: 26.9.2018.

# CRISE HUMANITÁRIA: O DILEMA VIVENCIADO POR PESSOAS REFUGIADAS NO ATUAL CENÁRIO MIGRATÓRIO SOB O PENSAMENTO DE ALUNOS DE UM CURSO JURÍDICO

**Lorena Verally Rodrigues dos Santos**

Pós-graduanda em Direito Processual Civil (UNINASSAU)

## INTRODUÇÃO

A cada dia, se percebe a necessidade sobre o conhecimento e percepção dos direitos de pessoas refugiadas, tendo em vista que, esse é um tema atual e de grande importância para América Latina.

Para alcançar tais objetivos utilizamos dos benefícios de uma pesquisa em forma de questionário de autoria própria aplicado em turmas do curso de direito de um Centro Universitário do Agreste de Pernambuco tendo como tema, a visão dos universitários do curso de direito sobre direitos de pessoas refugiadas, observando-se o (des)conhecimento e a percepção dos entrevistados em razão da temática analisada.

Assim, os trajetos metodológicos para desenvolver o presente trabalho serão o método indutivo e de abordagem mista, utilizaremos também da pesquisa bibliográfica, descritiva, exploratória e técnica de análise de dados a partir da análise de conteúdo.

O presente estudo não foi submetido ao Comitê de Ética devido à aplicação da Resolução 510/2016 que dispõe em sua matéria sobre as novas normas aplicadas a pesquisas em ciências humanas e sociais. Esse documento revela que os procedimentos metodológicos que envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes, desde que de forma a aferir apenas opinião e que não seja de modo identificado, passam a ter dispensa de submissão ao órgão regulador dos aspectos éticos em pesquisas com seres humanos.

O objetivo geral que orientou a pesquisa foi analisar o conhecimento e percepção sobre direitos de pessoas refugiadas por alunas/os de um curso de direito. Possuindo os seguintes objetivos específicos: analisar os dilemas migratórios no século XX; verificar os obstáculos do sistema global na defesa dos direitos humanos na concessão do refúgio; e por fim, Identificar o conhecimento e percepção sobre as garantias de pessoas refugiadas sob os olhares dos alunos de um curso de direito. Faz-se necessário um debate no meio acadêmico sobre o tema, mostrando a realidade da sociedade que “acolhe” pessoas refugiadas e a visão da sociedade acadêmica, fazendo com que os pesquisadores voltem seus olhos para essa realidade. Nas palavras da Alta Comissária das Nações Unidas para os Refugiados Sadako Ogata (2002, p.05), “a questão dos refugiados deve ser colocada a todos os governos e a todos os povos como um teste revelador do seu empenhamento em prol dos direitos humanos”.

## ANÁLISE DOS DILEMAS MIGRATÓRIOS NO SÉCULO XX

A universalidade dos direitos humanos nasce com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, baseado na razão de que o indivíduo por ser, ser humano é dotado de direitos, deveres e garantias fundamentais.

Posteriormente ao processo de universalização dos direitos humanos nasce o sistema internacional de proteção, tendo o mesmo como cunho principal o resguardo mínimo de direitos, para esse feito, sempre analisasse o princípio da ponderação e equivalência. Por sua vez, em concomitância ao sistema global, surge os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, sendo estes, o da Europa, África e da América.

Todos esses sistemas são complementares, os regionais seguem as normativas do sistema global e ambos unidos ao sistema nacional, garantem e proporcionam uma melhor efetivação dos direitos individuais e coletivos do ser humano, pois assim como a mundo o ser humano está em constante variação de seu ponto de vista. O autor Allan Rosas (1995, p. 243) a respeito da síntese de direitos humanos defende que: “o conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [...] O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”.

Para ele os direitos humanos é algo que está em constante modificação, pelo motivo de que o mundo e por consequência o indivíduo está em constante modificação seja pela globalização seja pela renovação de conceitos e paradigmas.

O surgimento do sistema global de proteção aos direitos humanos em relação as pessoas que se encontram em situação de refúgio, se deu com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde tomamos conhecimento histórico das inúmeras perseguições, torturas e violações realizadas pelos Nazistas em face de uma determinada raça.

Com o crescente quantitativo de pedidos de refúgio no Brasil, os órgãos competentes visando realizar de maneira correta o refúgio e os direitos dessas pessoas enquanto refugiados. O Brasil, foi um país pioneiro na promulgação interna de uma lei específica para tratar do assunto. O Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961, em consonância com a Convenção de 1951 foi criado para esta finalidade.

## **VERIFICAÇÃO DOS OBSTÁCULOS DO SISTEMA GLOBAL NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONCESSÃO DO REFÚGIO**

Nas palavras da Alta Comissária das Nações Unidas para os Refugiados Sadako Ogata (2002, p.05), “a questão dos refugiados deve ser colocada a todos os governos e a todos os povos como um teste revelador do seu empenhamento em prol dos direitos humanos”. Ficha Informativa, Nº 20 – Comissão Nacional para as Comemorações 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direito Humanos, logo de início não foi bem aceita pelos Estados Ditatoriais, em razão dessa descaracterizar a centralização do Poder Estatal e introduzir a centralização de poder de maneira Universal.

Para Piovesan (2006, p. 15) “a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecer de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena”.

Este Sistema é composto por quatro normativas bases: a Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Humanos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, econômicos e Culturais, ambos de 1966. Mello refere-se aos direitos humanos dizendo que,



Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações essas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade (2001, p. 34).

A missão do sistema global é de estruturar as normas a nível global e os sistemas regionais como na Europa, América e África de assistência humanitária. Assembleia Geral das Nações Unidas é o principal órgão da ONU para analisar, refletir e executar as discussões sobre o assunto em questão, composta pelos estados parte das nações unidas e participantes das reuniões ordinárias da ONU.

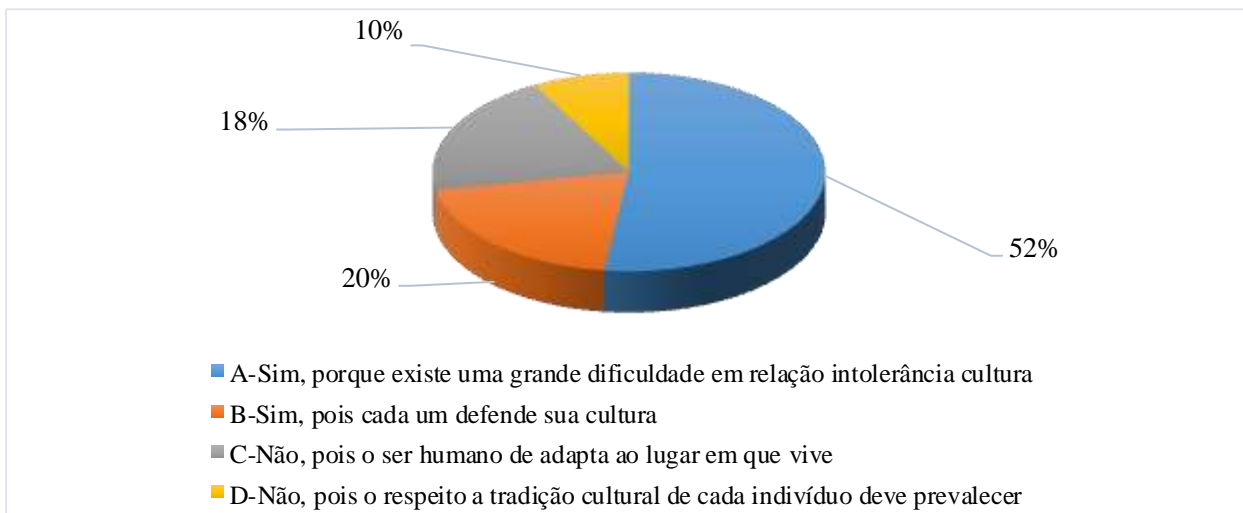
Para Bobbio (2004), devemos ter em mente que o referido processo democratizante insuflado pelo diálogo das fontes em busca da paz só será efetivamente obtido mediante o reconhecimento dos direitos do homem.

## IDENTIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO E PERCEPÇÃO SOBRE AS GARANTIAS DE PESSOAS REFUGIADAS SOB OS OLHARES DOS ALUNOS DE UM CURSO DE DIREITO

Nesta etapa do trabalho iremos expor quatro perguntas que foram feitas aos alunos do curso de direito, sendo duas delas aos alunos de períodos iniciais e duas aos alunos do último período do curso. A primeira pergunta feita foi, “Você considera que a diferença cultural entre as pessoas refugiadas e os nacionais, pode ser um obstáculo à sua integração no Brasil?” e obtemos a seguinte resposta:

### 1º Período

**Gráfico 1 – Diferença Cultural como obstáculo**



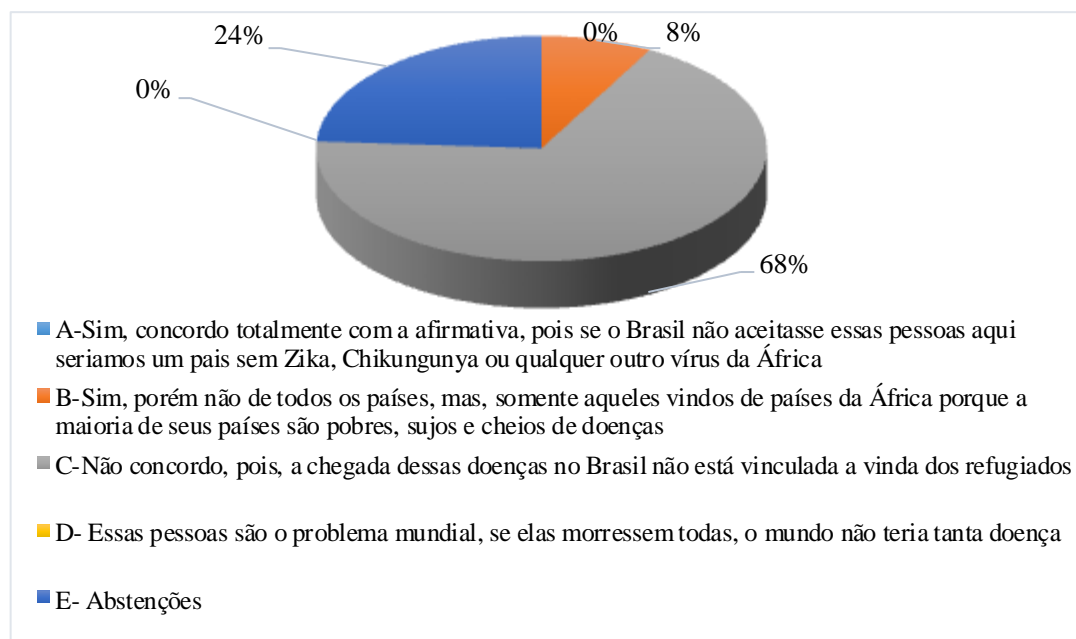
Fonte: Dados provenientes da pesquisa quantitativa

Pelas respostas acima coletadas, verifica-se que 52% dos alunos compreendem que existe uma grande dificuldade de integração do imigrante no Brasil, em relação a intolerância à cultura, no entanto, 20% dos universitários responderam que cada tanto os refugiados como as pessoas dos países que os abrigam defendem sua própria cultura, observa-se ainda o mesmo percentual de 18% ao responderem que o ser humano se adapta ao lugar em que vive, por fim o percentual de 10% consolidou que o entendimento dos alunos é que o respeito a tradição cultural de cada indivíduo deve prevalecer.

Nesta pergunta que apresentada, percebe-se que em sua maioria, os universitários compreendem que existe uma grande intolerância em relação a aceitação da cultura dos refugiados, pois os seres humanos de forma geral defendem a forma que foram ensinados, ou seja, cada um defende sua cultura, entretanto, as respostas também revelam que muitos universitários compreendem que o ser humano se adapta ao lugar em que vive e uma minoria enfatiza que a tradição dos refugiados deve prevalecer.

Em seguida, perguntamos aos primeiros períodos, “ Você concorda que doenças como vírus Zika, a Chikungunya e a H1N1 só chegaram ao Brasil porque nosso país aceita refugiados, principalmente aqueles de países da África?” , e as respostas foram:

**Gráfico 2 – Percepção sobre doenças virais e associação aos imigrantes da África**



Fonte: Dados provenientes da pesquisa quantitativa

Constatamos através dos dados acima que 68% dos alunos não concordam com a associação feita, pois, a chegada dessas doenças no Brasil não está vinculada a vinda dos refugiados. Em segundo lugar com 24% das opções está a alternativa que deixaram de responder a presente pergunta.

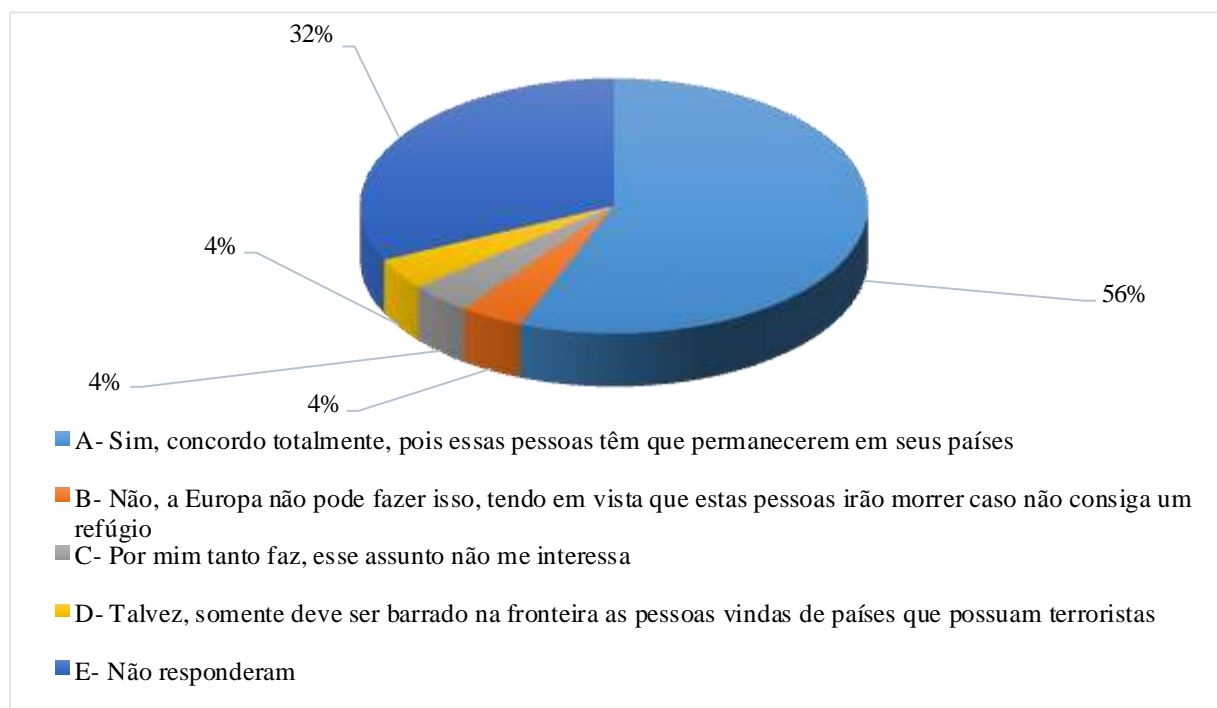
E, com a porcentagem mínima de 8% estão as pessoas que concordam que sim, porém não de todos os países, mas, somente aqueles vindos de países da África porque a maioria de seus países são pobres, sujos e cheios de doenças, nesta alternativa podemos identificar o preconceito à determinadas raças.

Já quando essa pergunta foi feita aos décimos períodos a maioria dos estudantes associaram a chegada dessas doenças virais à chegada de pessoas refugiadas no país.

Nesse bloco, apresentaremos as perguntas que foram direcionadas aos décimos períodos do curso, dessa forma, a primeira pergunta foi: “ Concorda que a Europa feche suas fronteiras?”

## 10º Período

**Gráfico 3 – Concordância que Europa feche suas fronteiras**



Fonte: Dados provenientes da pesquisa quantitativa

Pelas respostas coletadas fica evidenciado que 32% dos futuros juristas escolheram por não responder a essa pergunta. A alternativa que elenca proteções por exemplo, a vida, como é o caso da letra B, assim como a opção C que diz “por mim tanto faz, esse assunto não me interessa” e a alternativa racista que dispõe que os refugiados de países que possuam terroristas devem ser barrados na fronteira, essas opções foram escolhidas por apenas 4% dos entrevistados.

Liderando as opções de escolha postas aos universitários, está aquela que podemos dizer ser a mais preocupante pois mostra que a maioria concorda que deve ser fechada a fronteira da Europa, e, por consequência, as pessoas que almejaram ao refúgio permanecem em seus países, mesmo sabendo que é “impossível” sua continuidade com uma vida sadia no mesmo, conforme as opiniões expressadas.

Nesta pergunta, obtivemos um dado bastante preocupante, pois, a prevalência das opiniões direcionou-se para a alternativa em que mais estava presente a incompreensão e a falta de tolerância para com o imigrante, chegando-se a cogitar, inclusive a se colocar mais uma vez em risco, a vida dessas pessoas.

Para finalizar esse bloco de perguntas, fizemos a seguinte indagação: “Para você, além de obter o Registro Nacional de Estrangeiros (RNE), os refugiados têm direito aos documentos de identidade dos estrangeiros no Brasil; Carteira de Trabalho e Previdência Social definitiva (CTPS); e número de Cadastro de Pessoa Física (CPF) e documento de viagem?”

**Gráfico 4 – Documentos garantidos as pessoas refugiadas**



Fonte: Dados provenientes da pesquisa quantitativa

Nessa pergunta que fora apresentada, evidencia-se o desconhecimento dos estudantes de direito quanto a documentação que é garantida ao estrangeiro a partir do momento em que lhe é deferido a solicitação do refúgio. Observa-se ainda, que esses documentos que são garantidos, foram mencionados no caput da questão.

## **SOBRE OS FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA**

Apresentaremos o percurso metodológico do trabalho nesta seção, onde este se fez de fundamental importância para a realização da pesquisa. Abordaremos os métodos e as técnicas que foram exploradas para a preparação do trabalho em questão. Da mesma forma, serão evidenciados quais os instrumentos eleitos a coleta de dados.

No caso em questão o estudo deu-se com graduandos/as de um curso de Direito, matriculados nos períodos iniciais e final, de Instituição de Ensino Superior localizada no agreste Pernambucano.

Para a realização do estudo, foi utilizado o método indutivo, o qual permite que através da observação de um contexto específico, possa-se chegar a conclusões mais amplas, quão seja a construção de hipóteses sobre um dado universo (GIL, 2009).

A abordagem qualitativa, nesta pesquisa, articula-se com algumas categorias analíticas extraídas da investigação a partir da técnica de Análise do Conteúdo. Que envolve a preparação dos dados para análise e posterior categorização. No pensamento de Minayo (1995, p. 21-22):

A pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado, ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Usou-se também outra abordagem metodológica, qual seja, a quantitativa, que parte de um processo mais indutivo, explora os temas de forma mais específica, com o intuito de destacar, por meio de fórmulas, valores, crenças e atitudes presentes em um dado objeto. Assim:

O método quantitativo é bastante usado no desenvolvimento das pesquisas nos campos social, de opinião, de comunicação, mercadológico, administrativo e econômico, representando de forma geral a garantia de precisão dos resultados, evitando enganos e distorções na interpretação dos dados (OLIVEIRA, 2002, p. 155).

Logo, chega-se à conclusão de que a metodologia de pesquisa utilizada é mista, pois se expressa não no sentido de integrar as duas formas de inquérito, mas no sentido de utilizar características associadas a cada uma dessas abordagens. Uma vez que a pesquisa qualitativa é a qualificação dos dados coletados, e a pesquisa quantitativa, é o uso estatístico ou de dados numéricos (MORAES; NEVES, 2007). Em relação aos tipos de pesquisa, foram abordados os procedimentos decorrentes de pesquisa bibliográfica, somada às pesquisas exploratória e descritiva.

Atenta-se que a pesquisa bibliográfica se fez presente desde as buscas para o processo de delineamento do estudo. Fonseca (2002, p. 32) conceitua o procedimento de pesquisa bibliográfico, no qual diz que se trata de um levantamento de publicações existentes, dessa forma o pesquisador poderá conhecer do assunto.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto (2002, p. 32).

No tocante ao procedimento de pesquisa descritiva, Vergara (2000) nos diz que esta é uma pesquisa que proporciona a identificação de um determinado universo, pois esta expõe as peculiaridades considerando as variáveis pertencentes à definição da natureza do objeto. Pode-se dizer ainda que esta pesquisa tem o intuito de esmiuçar as peculiaridades de uma determinada população.

A pesquisa também é classificada como descritiva, pois utilizou-se técnicas padronizadas para a coleta de dados, como aplicação de questionários, buscando conhecer as diversas situações e relações que ocorrem no universo pesquisado.

Em se tratando da pesquisa exploratória, o uso desta tem como propósito interpretar e analisar fatos. Esse tipo de pesquisa requer um maior investimento de teorização e reflexão sobre o objeto a ser estudado. Para Gil (2009), com a pesquisa exploratória visa-se identificar os fatores que levam a ocorrência de determinado fenômeno, explicando a razão. O estudo foi realizado com estudantes de primeiros períodos e décimos períodos do curso de Direito de uma instituição de ensino superior localizada no município de Caruaru, agreste Pernambucano.

Esta, que têm uma vasta amplitude de alunos, possuindo 30 cursos de graduação e mais de 14 cursos de pós-graduação, totalizando mais de 8.000 alunos.

Para se realizar o estudo, tivemos o apoio da faculdade em face, e, conseqüentemente, da contamos com a colaboração e disponibilidade dos/as estudantes. Sendo importante que o sujeito fosse, primeiramente, graduando do curso em direito.

A partir da narrativa e entendimento dos estudantes de direito, busca-se analisar suas percepções sobre direitos de pessoas refugiadas, através das respostas dados frente ao questionário aplicado. A coleta de dados deu-se a partir de um questionário estruturado. Os eixos foram pensados de modo que fosse possível obter dados dos entrevistados como: nível de conhecimento sobre os direitos básicos garantidos às pessoas refugiadas no Brasil, nível de instrução, faixa etária, entre outros dados importantes para realização do trabalho.

A análise de dados na presente pesquisa deu-se por meio da técnica de análise de Conteúdo. Como forma de explorar e aprofundar uma melhor compreensão sobre a percepção de estudantes de direito a respeito de direitos de imigrantes refugiados. Retrata Chizzotti (2006, p. 98): “o objetivo da análise de conteúdo é compreender criticamente o sentido das comunicações, seu conteúdo manifesto ou latente, as significações explícitas ou ocultas”.

O presente estudo não foi submetido ao Comitê de Ética devido à aplicação da Resolução 510/2016 que dispõe em sua matéria sobre as novas normas aplicadas a pesquisas em ciências humanas e sociais.

Por fim, a identificação das pessoas a que as informações se referirem não será revelada, sendo garantido o pleno anonimato das opiniões/percepções

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se norteou a partir da sua problemática direcionada a compreender o conhecimento e a percepção de alunas/os de um curso de direito em relação aos direitos de pessoas refugiadas. Em relação a esta problemática, constatamos a visão de nacionais pertencentes a uma sociedade acadêmica sobre a sociedade de imigrantes refugiados, em diferentes aspectos.

Um fator importante é que os alunos dos períodos iniciais, embora possuam um relativo conhecimento sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, demonstram, na maioria das perguntas, uma grande preocupação quanto a proteção dos direitos e a segurança do indivíduo refugiado. Inclusive percebem que devem haver políticas públicas do Estado voltadas a essas pessoas, uma vez que é de necessária importância para as mesmas em um futuro próximo, de forma possam se tornar autossuficientes.

Aponta-se no levantamento a associação da vinda de pessoas refugiadas à causa de doenças contagiosas, a responsabilidade da crise financeira do país estarem correlacionadas a elas, como também o aumento da criminalidade

Podemos observar que os alunos dos décimos períodos demonstram que possuem certa insegurança em relação à acolhida das pessoas refugiadas. Podemos dizer ainda que, apesar de não se intencionar, a sociedade acadêmica ainda se mostra com um comportamento receoso e indiferente em determinados aspectos quanto à acolhida dos imigrantes.

Percebe-se, no todo, os difíceis caminhos a serem percorridos sobre o tema. Conclui-se o relatório final, com a percepção de que os Estudantes do início do curso estão bem mais preocupados com a proteção dos direitos do indivíduo e cautelosos com a sua segurança, à acontecimentos inesperados na esfera humanitária, frente aos alunos de períodos finais que em sua maioria ao serem questionados sobre possíveis eventualidades, não possuíam opinião formada sobre.

## REFERÊNCIAS

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

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, 13.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINAYO, M. C. S. (org.) **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade** - Petrópolis: Vozes, 1995.

MORAIS, Ana Maria; NEVES Isabel Pestana. Fazer investigação usando uma abordagem metodológica mista. **Revista Portuguesa de Educação**, v. 20, n. 2, p. 75-104, 2007.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica** – projetos de pesquisas, TGI, TCC, Monografias, Dissertações e teses, São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PIOVESAN, F., O "direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In N. Araújo & G.A. Almeida, eds. **O Direito Internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSAS, Allan. **Economic, Social and Cultural Rights**. Dordrecht, Boston, Londres: Martins Nijhoff Publisher.

VERGARA, S. C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

## **ANEXO (I)**

O presente questionário tem por finalidade apreender a percepção de universitários do curso de direito de **períodos iniciais e 10º períodos** em relação às pessoas refugiadas.

Tendo em vista que as pessoas que se encontram em situação de refúgio são vítimas de perseguições em seus países de origem, essas violações podem acontecer por diferentes aspectos, à exemplo de perseguições por raça, religião, nacionalidade, grupo social, opiniões políticas ou até graves violações de direitos humanos.

Pela escassez de estudos mais aprofundados sobre a afirmação de direitos, a inserção do imigrante refugiado no nosso país, e o direcionamento do olhar da sociedade no que se refere às oportunidades que lhes são dadas e aos direitos fundamentais que devem adquirir as pessoas refugiadas a partir do deferimento do refúgio, tem-se a necessidade e importância do presente questionário.

### **1º Períodos**

1º) Você considera que a diferença cultural entre as pessoas refugiadas e os nacionais, pode ser um obstáculo à sua integração no Brasil?

Sim, porque existe uma grande dificuldade em relação intolerância cultura

Sim, pois cada um defende sua cultura

Não, pois o ser humano se adapta ao lugar em que vive

Não, pois o respeito a tradição cultural de cada indivíduo deve prevalecer

2º) Você concorda que doenças como vírus Zika, a Chikungunya e a H1N1 só chegaram ao Brasil porque nosso país aceita refugiados, principalmente aqueles de países da África?

Sim, concordo totalmente com a afirmativa, pois se o Brasil não aceitasse essas pessoas aqui seríamos um país sem Zika, Chikungunya ou qualquer outro vírus da África;

Sim, porém não de todos os países, mas, somente aqueles vindos de países da África porque a maioria de seus países são pobres, sujos e cheios de doenças;

Não concordo, pois, a chegada dessas doenças no Brasil não está vinculada a vinda dos refugiados;

Essas pessoas são o problema mundial, se elas morressem todas, o mundo não teria tanta doença.

### 10º Períodos

3º) Para você, além de obter o Registro Nacional de Estrangeiros (RNE), os refugiados têm direito aos documentos de identidade dos estrangeiros no Brasil; Carteira de Trabalho e Previdência Social definitiva (CTPS); e número de Cadastro de Pessoa Física (CPF) e documento de viagem?

- Os refugiados possuem direito a apenas ao Registro Nacional de Estrangeiro e nenhum outro mais documento;
- Os refugiados possuem direito ao Registro Nacional de Estrangeiro e ao Cadastro de Pessoa Física (CPF) apenas;
- Os refugiados não têm direito a nenhum desses documentos;
- Os refugiados têm direito a todos documentos mencionados no enunciado.

4º)Concorda que a Europa feche suas fronteiras?

- Sim, concordo totalmente, pois essas pessoas têm que permanecerem em seus países
- Não, a Europa não pode fazer isso, tendo em vista que estas pessoas irão morrer caso não consiga um refúgio
- Por mim tanto faz, esse assunto não me interessa
- Talvez, somente deve ser barrado na fronteira as pessoas vindas de países que possuam terroristas



**Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

Doutor em Direito (UNISINOS). Coordenador e Professor Permanente do Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UNIJUI).

### INTRODUÇÃO

O presente estudo perspectiva o tema das migrações a partir da realidade brasileira. A pesquisa parte do seguinte problema: em que medida o paradigma que orienta as políticas migratórias brasileiras pode ser compreendido a partir de uma perspectiva seletiva e utilitarista, que se perpetua ao longo da história do país?

Parte-se da hipótese básica de que, no Brasil, até 2017, não existia uma regulamentação jurídica adequada ao tema das migrações, o que acabava expondo os imigrantes residentes no território brasileiro às mais variadas situações de abusos e explorações. Da análise da legislação brasileira em vigor até 2017 – o vetusto “Estatuto do Estrangeiro” (Lei nº 6.815/1980) –, percebe-se que a questão da imigração era tratada a partir de uma lógica securitária, ou seja, voltada à “segurança nacional”, de forma que o imigrante acabava sendo colocado em uma permanente situação de “sujeito de risco” e conseqüente negação/violação de direitos.

Além de obsoleta, referida legislação mostrava-se absolutamente incompatível com a nova ordem jurídica inaugurada no país pela Constituição Federal de 1988, assim como com os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), promulgada em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, apresenta inúmeros avanços, especialmente no que tange à centralidade do respeito aos Direitos Humanos no tratamento dispensado aos migrantes.

No entanto, referida legislação – notadamente após a edição de seu Decreto regulamentador (Decreto nº 9.199/2017) – impressiona pela manutenção da lógica utilitarista condicionada aos fatores econômicos e pelo ranço autoritário em consequência da atuação da Polícia Federal como órgão responsável pelo atendimento dos imigrantes – os quais, nos termos do referido Decreto, voltam, inclusive, a serem denominados de “clandestinos” quando da irregularidade de sua entrada/estada no país.

Esse movimento pendular entre democracia e autoritarismo – evidenciado pelo câmbio legislativo que vai desde a chamada “Lei dos Indesejáveis”, da época da incipiente República, passando pelas Leis nº 6.815/1980 e 13.445/2017, até o Decreto nº 9.199/2017 – é analisado no presente artigo a partir do modo como, historicamente, tratou-se do tema das migrações no Brasil.

### **A SELETIVIDADE E O UTILITARISMO NAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS BRASILEIRAS: DA “LEI DOS INDESEJÁVEIS” AO “ESTATUTO DO ESTRANGEIRO”**

A imigração no Brasil, que teve origem a partir do processo de colonização, evidencia diferentes acepções ao longo do tempo, as quais foram se modificando de acordo com os interesses determinados pelo período histórico vivenciado, denotando distintos processos migratórios. Este é o caso da acolhida de milhares de escravos africanos, e, posteriormente, de imigrantes europeus no período de industrialização, até o período em que se inicia após a

Segunda Guerra Mundial e se estende até os dias atuais, quando, pela globalização e o avanço tecnológico, os fluxos migratórios se intensificam como nunca antes visto.

A questão racial, presente desde 1818, estava subjacente aos projetos imigrantistas (SEYFERTH, 2002). A proeminente crença de que havia “raças” distintas que, quando miscigenadas, se “degeneravam”, levava à necessidade de formalização dessas diferenças para enaltecer a existência de “tipos puros”. Isto porque havia certeza do caráter negativo da miscigenação: acreditava-se que os mestiços herdavam todas as características negativas de cada raça. Logo, uma nação de raças mistas, como a brasileira, era inviável e estaria fadada ao fracasso. Esse saber sobre as raças, “implicou, por sua vez, num (*sic*) ‘ideal político’, um diagnóstico sobre a submissão ou possível eliminação das ‘raças inferiores’”. (SCHWARCZ, 1996, p. 85).

É a partir desse ideário, segundo o qual o progresso das sociedades é associado às sociedades sem miscigenação, que, no final do século XIX, tem origem a política de “branqueamento” da população brasileira mediante o fomento da imigração de europeus, os quais possuíam livre acesso ao território brasileiro. O Brasil, então, reinterpreta a teoria de miscigenação em um contexto marcado por hierarquias e diferenças, buscando através do próprio processo de miscigenação o aumento do elemento branco (considerado superior) que eliminaria as características negativas das raças consideradas inferiores (SCHWARCZ, 1996). De acordo com Seyferth (2002, p. 119), a “noção hierárquica de civilização estava por trás de certos desideratos biológicos, fazendo da cor branca um indicador de superioridade, mesmo na ausência de um discurso explicitamente racista.”

A proclamada superioridade de determinadas raças sobre outras abre caminho para o desenvolvimento e a modernização, justificando invasões e dominações de territórios e povos nativos. A chegada do primeiro fluxo de circulação de pessoas com o colonialismo tinha o intuito de abrir novos espaços para os excedentes populacionais europeus, transformando em áreas prontas para uma colonização maciça, que teve por resultado o extermínio da população indígena<sup>1</sup> ainda no início do período colonial no Brasil. Fala-se da lógica geopolítica de povoamento, a partir da ocupação de terras públicas consideradas “vazias”. Essa estratégia, segundo Seyferth (2002, p. 119), não tinha qualquer consideração pela população nativa, “classificada como nômade e incivilizada”, acarretando, com isso, o seu extermínio massivo.

Além do deslocamento de pessoas com o propósito de dominação de colônias, a formação econômica de mercado e a conseqüente necessidade de contingente populacional permitiram que os sistemas coloniais utilizassem de mão de obra escrava, trazendo para o Brasil milhões de escravos africanos a fim de servir como força de trabalho agrícola<sup>2</sup>. Com isso, a imigração que tem origem, em um primeiro momento, em razão do propósito de ocupação desse território (colonização), não segue exclusivamente o princípio civilizatório que exigia imigrantes brancos europeus, tampouco significou a recusa ao modelo escravista de exploração agrícola (SEYFERTH, 2002).

No que tange a esses primeiros fluxos migratórios, quais sejam, os primeiros europeus que chegaram ao Brasil entre os séculos XVI e XVII e os escravos africanos, Lopes (2009, p. 166) destaca que todos que aportavam terras brasileiras tinham lugar social definido: “escravo ou colonizador, colono ou proprietário rural”. Ou seja: não eram considerados imigrantes.

---

<sup>1</sup> No início do período colonial, os índios brasileiros foram rapidamente dizimados. Conforme refere José Murilo de Carvalho (2002, p. 20): “calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. Os que escaparam ou se miscigenaram ou foram empurrados para o interior do país”.

<sup>2</sup> Carvalho (2002) estima que, desde o início do tráfico de escravos africanos, entre 1550 e 1850, foram trazidos para o Brasil cerca de 4 (quatro) milhões de escravos. Segundo Lopes (2009, p. 276), “estima-se que quase 5 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil como escravos”.

Mais tarde, por volta do século XIX e até o início do século XX, com a abolição da escravidão e a não pretensão de incorporação dos ex-escravos à sociedade, surgiu a necessidade de atração de novos imigrantes ao Brasil com o objetivo de atender a demanda crescente por mão de obra agrícola e também para fomentar o incipiente processo de industrialização nacional. Essa política de colonização privilegiava os europeus brancos e apreciados como “bons agricultores”, que poderiam ser associados à categoria normativa de imigração desejável (LOPES, 2009; SEYFERTH, 2002).

É justamente a intensificação desse processo migratório, especialmente da imigração alemã e japonesa, que na Primeira República, no período entre 1889 a 1930, passou a suscitar o tema da assimilação e do caldeamento na discussão acerca da política migratória. Ao mesmo tempo em que foram pensadas para construir o país (ocupar), as imigrações geraram temores, no sentido de que as mesmas pessoas que estavam sendo incorporadas ao território para colonizar “poderiam ser as que, no futuro, viessem a reivindicar autonomia, independência”, ou seja, poderiam fazer surgir uma economia, cultura e política paralelas e opostas às do governo central. Esses imigrantes “não assimiláveis”, devido ao enraizamento à sua identidade cultural, eram tidos como categoria problemática, tornando-se indesejáveis devido à sua suposta dificuldade de assimilação para a composição nacional (LOPES, 2009, p. 167).

Desse modo, a partir dos anos 1930, o fortalecimento das posições nacionalistas remete a um desvio na concepção do imigrante ideal. Ainda que os europeus brancos continuassem a ser considerados como raça superior, o poder político brasileiro (mestiço, porém com um povo branco na aparência), concentrado nas mãos de elites, julgava-os negativamente pela manutenção de sua língua, cultura e religião, considerando que tais atitudes os impediam de se tornarem brasileiros. Ou seja, eram considerados difíceis de “abrasileirar”, passando a considerar, seletivamente, imigrante desejável aquele que comporia uma unidade nacional, privilegiando-se, assim, a vinda dos europeus de origem latina, como os portugueses, italianos e espanhóis (LOPES, 2009; SEYFERTH, 2002).

O conceito de “nação unívoca” e presumidamente “latina” pela civilização, no final do século XIX, assume importância crucial na determinação seletiva do “imigrante ideal”. Desse modo, aqueles imigrantes que, nos primeiros anos da República, fizeram parte do processo de construção das cidades brasileiras e da identidade nacional, acabaram se transformando em vítimas da exclusão social.

Esse processo, de acordo com Silva (2007, p. 145), evidencia a desumanização do imigrante, configurada no seu tratamento como mero “objeto” a ser selecionado, “um elemento portador de características que podem ou não interessar ao país receptor”. Isto porque “o imigrante apenas interessava quando vinha compactuar com a criação de uma identidade nacional, tomando parte na construção do futuro trabalhador brasileiro, e não como elemento de desagregação e discórdia”. Ademais, a situação de desumanização resta evidente quando da utilização constante de termos empregados para designar o imigrante como: alienígena (termo utilizado para designar os estrangeiros e também os descendentes de imigrantes nascidos no Brasil cujas etnicidades divergiam do ideal nacional), bom ou mau elemento, desejável ou indesejável.

Com efeito, paralelamente ao projeto democrático de ideais modernos e abertos para o mundo, no começo do século XX, havia restrições arbitrárias em relação à população imigrante considerada não assimilável. Esses imigrantes “indesejáveis”, segundo Silva (2007), eram alvos de políticas excludentes, que os tornavam ausentes das questões políticas nacionais, não lhes sendo permitindo “qualquer tipo de manifestação que interferisse na ordem nacional, principalmente aquelas ligadas à natureza política, sindical ou operária”. O objetivo dessas políticas restritivas

relacionadas aos imigrantes era de evitar a admissão de estrangeiros formadores de grupos étnicos que não se assimilavam aos nacionais, e/ou dos estrangeiros que fossem uma ameaça (a partir da lógica parasitária) à proteção do trabalhador nacional.

É neste contexto que a denominada “Lei dos Indesejáveis”, adotada em 1907 – cujo objetivo era a expulsão de estrangeiros acusados de exploração sexual, vigarice, vagabundagem, anarquismo e delitos patrimoniais –, dividia opiniões que “oscilavam entre os discursos favoráveis a uma imigração branca e outro, xenófobo, que transformava os estrangeiros em bode expiatório da criminalidade social”. Com base neste texto legal, os processos de expulsão de estrangeiros realizados no período entre 1907 e 1930, de acordo com fontes históricas localizadas no Arquivo Nacional, acarretaram inúmeras arbitrariedades e injustiças cometidas contra muitos imigrantes, os quais eram expulsos, sem direito à defesa, e muitas vezes, em razão de se encontrarem desempregados ou por participar em movimentos sindicais (SILVA, 2007, p. 144).

O uso dessas políticas que desqualificam as diferenças, que desqualificam o “outro” de maneira estereotipada e excludente, segundo Silva (2007), buscavam, com isso, qualificar uma autodefinição do “nós”, ou seja, a construção do sentido de pertencimento, visando, ao final, a gerar poder para os sujeitos do próprio lugar.

O Decreto-Lei nº 406, de 4 de maio de 1938, foi o primeiro dos importantes dispositivos legais sobre a questão migratória adotado durante o Estado Novo (BRASIL, 1938). O Brasil, seguindo o exemplo dos países centrais, aplica então o sistema de cotas, reafirmando o propósito de prevenir a concentração populacional das nacionalidades estrangeiras e impedir os imigrantes indesejados. O sistema de cotas era baseado no limite anual de 2% do número de estrangeiros de mesma nacionalidade chegados ao Brasil entre 1884 e 1933, e 80% das cotas destinadas a “estrangeiros agricultores ou técnicos de indústrias rurais”. Ainda, no capítulo XV completado pelo Decreto nº 3.691, de 6 de fevereiro de 1939, se estabeleceram atribuições aos membros do Conselho de Imigração e Colonização, como a determinação das cotas (de acordo com a lei), decisão sobre pedidos de empresas e associações particulares que pretendam introduzir estrangeiros, sugestão de medidas para promover a assimilação e evitar a concentração de imigrantes em qualquer parte do território nacional, e estudo dos problemas “relativos à seleção imigratória, à antropologia étnica e social, à biologia racial e eugenia” (BRASIL, 1939).

A imigração, no governo Getúlio Vargas, considerada um problema de biologia e de higiene pessoal, seguia sendo tratada sob a perspectiva do aperfeiçoamento eugênico. Por conseguinte, a legislação do Estado Novo tornou ainda mais extremada a política seletiva migratória, restringindo a entrada de estrangeiros doentes, aleijados, inválidos, indigentes, vagabundos, imorais, de conduta nociva, entre outros, como também impor critérios de cunho racial, como é o caso da proibição da entrada de ciganos, refletindo os pressupostos mais amplos da eugenia que sustentavam a diferenciação racial e étnica para a definição dos imigrantes desejáveis e indesejáveis (SEYFERTH, 2002, p. 139).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, o Brasil passa a adotar medidas restritivas à imigração, como era o caso do Decreto-Lei nº 3.175, de 7 de abril de 1941, que suspendia a concessão de vistos temporários ou permanentes para estrangeiros, salvo em algumas hipóteses excepcionais expressamente previstas no referido dispositivo legal<sup>3</sup> (BRASIL, 1941). Com isso, a imigração para o Brasil diminuiu significativamente.

---

<sup>3</sup> Art. 1º. Fica suspensa a concessão de vistos temporários para a entrada de estrangeiros no Brasil. Executam-se os vistos concedidos: 1) a nacionais de Estados americanos, 2) a estrangeiros de outras nacionalidades, desde que provem possuir meios de subsistência [...] Art. 2º Fica suspensa igualmente a concessão de vistos permanentes. Excetuam-se os vistos concedidos: 1) a portugueses e a nacionais de Estados americanos; 2) ao estrangeiro casado com brasileira nata, ou à estrangeira casada com brasileiro nato; 3) aos estrangeiros que tenham filhos nascidos no Brasil;

Em 1946, a seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes no Brasil, conforme previa o artigo 162, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, estava sujeita, na forma da lei, às exigências do “interesse nacional”, que, segundo Lopes (2009, p. 281), se referia aos interesses dos governantes e seus apoiadores, que continuavam com mesmo objetivo: “branquear o país mediante incorporação de mão de obra estrangeira”.

O período do pós-guerra evidencia um cessamento de políticas dirigidas para atração da imigração. Com isso, na década de 1970 a imigração perde impulso, tanto pela prosperidade dos países da Europa, quanto pela contribuição da introdução da doutrina da segurança nacional decorrente do regime militar que, no período entre 1967 a 1986, restringia inúmeros direitos aos estrangeiros residentes no país (LOPES, 2009).

Esse declínio na imigração, de acordo com Lopes (2009), se deve à “desconstitucionalização” da imigração na “Constituição” de 1967: o artigo 8º, XVII, *p*, daquele Texto “Constitucional”, limitava-se a estabelecer a competência da União para legislar sobre “emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros”.

Em razão da ausência de grandes movimentos migratórios para o Brasil nas últimas décadas, também se fizeram ausentes novas políticas migratórias constitucionalmente definidas, motivo pelo qual a Lei nº 6.815, promulgada em 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, é quem cumpriu, até recentemente, a tarefa de regular as migrações. Implementada no período do Regime Militar, a Lei em questão evidenciava a seletividade de sua política migratória que transformava os imigrantes, especialmente os que se encontram em condição de irregularidade, em objetos de uma política preocupada essencialmente com a defesa do mercado de trabalho nacional, conforme análise dos artigos 2º e 3º do respectivo Estatuto, sem prever qualquer incentivo ou facilitação à imigração, exceto à recepção de mão de obra especializada mediante cumprimento de vasta burocracia, conforme previa o parágrafo único, do artigo 16 (BRASIL, 1980)<sup>4</sup>.

Apesar de ser incompatível com a nova ordem jurídica representada pela Constituição Federal de 1988, com os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e até mesmo com as necessidades econômicas dos imigrantes e do país, o Estatuto do Estrangeiro sobreviveu ao longo dessas últimas décadas, em grande parte, segundo Ventura (2014), em decorrência da falta de consenso a respeito de sua substituição. Existem diversos interesses antagônicos, quais sejam, do mercado (defensor da imigração seletiva de mão de obra descartável), de setores conservadores (que objetivam a atração de investidores de capital), das polícias (que amiúde confundem estrangeiros com criminosos), e de alguns setores do governo federal (que tinham preferência pela manutenção desta lei a uma eventual perda de poder, prestígio ou recursos).

---

4) a agricultores ou técnicos rurais que encontrem ocupação na agricultura ou nas indústrias rurais ou se destinem a colonização previamente aprovada pelo Governo Federal; 5) a estrangeiros que provem a transferência para o país, por intermédio do Banco do Brasil, de quantia, em moeda estrangeira, equivalente, no mínimo, a quatrocentos contos de réis; 6) a técnicos de mérito notório especializados em indústria útil ao país e que encontrem no Brasil ocupação adequada; 7) ao estrangeiro que se recomende por suas qualidades eminentes, ou sua excepcional utilidade ao país; 8) aos portadores de licença de retorno; 9) ao estrangeiro que venha em missão oficial do seu governo. (BRASIL, 1941).

<sup>4</sup> Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional. Art. 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais. [...] Art. 16. [...] Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos. (BRASIL, 1980).

Ignorando a Constituição Federal brasileira, democrática e portadora de um vasto elenco de direitos fundamentais humanos, disponíveis a todos sem qualquer distinção, o Estatuto impunha inúmeras restrições ao estrangeiro. Em consequência dessas restrições de direitos plenos, especialmente daqueles direitos dignos de toda pessoa humana, havia uma sensação equivocada de que o Brasil não possuía política migratória, que em verdade diz respeito à manutenção de medidas adotadas em caráter excepcional. Conforme aduz Ventura (2014), apesar de o país não possuir uma política restritiva de controle ostensivo de fronteira, a política migratória brasileira, “embora fragmentada, opaca e casuística”, existe, e “garante a mesma discricionariedade absoluta do Estado da época da ditadura”.

Com efeito, o Estatuto do Estrangeiro de 1980 refletia com clareza uma normativa que foi aprovada em regime de exceção, que colocava os imigrantes em uma situação permanente de suspeição, impedidos de gozar de garantias e direitos constitucionais fundamentais, que os expunha a tratamentos arbitrários e truculentos pelas autoridades administrativas que detinham autonomia para a regulação desses sujeitos. É este paradigma que se propõe superar com a edição da Nova Lei de Migração do país, cuja análise será empreendida na sequência.

### **A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI Nº 13.445/2017): RUPTURA PARADIGMÁTICA OU CONTINUÍSMO TRAVESTIDO?**

O tratamento dispensando aos imigrantes sob a égide do Estatuto do Estrangeiro – conforme análise empreendida no tópico precedente –, além de completamente incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e com todos os documentos legais internacionais acerca do tema (a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, da Convenção da ONU sobre Trabalhadores Migrantes, da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e dos Protocolos sobre o Tráfico de Pessoas e o Contrabando de Imigrantes), foi colocado em pauta no âmbito legislativo nacional principalmente a partir do aumento dos fluxos migratórios rumo ao país na última década.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 2.516-B, do Senado Federal, deu origem àquela que tem sido denominada nova Lei de Migrações (Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017), que revogou o Estatuto do Estrangeiro de 1980. A nova Lei de Migrações parte do imperativo da compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e do respeito ao princípio da convencionalidade, efetivando o tratamento constitucional dos Direitos Humanos em detrimento dos ideais de “segurança nacional”. Com efeito, infere-se do novo texto legal a valorização do *diálogo constante com os tratados internacionais* de proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, sendo emblemáticas, nesse sentido, as disposições constantes nos artigos 3º e art. 4º, § 1º, dentre outros não menos importantes (BRASIL, 2017).

Busca-se, com isso, eliminar da ordem jurídica nacional o “entulho” ditatorial representado pelo vetusto Estatuto do Estrangeiro, propondo-se uma mudança de paradigma da legislação migratória brasileira. No lugar da lógica da segurança nacional e do controle documental voltado ao acesso ao mercado de trabalho, o Brasil passa, agora, a abordar as migrações internacionais sob a perspectiva dos Direitos Humanos – ao menos em âmbito legislativo –, que assumem centralidade no que diz respeito à proteção do migrante, nos termos dos arts. 3º, I e XV, e 14, § 3º (BRASIL, 2017).

Etimologicamente, a Lei nº 13.445/2017 abandona a expressão “estrangeiro” – com conotação pejorativa, que trata o indivíduo como uma “ameaça”, como um sujeito de segunda classe, privado de parcela significativa dos direitos atribuídos aos cidadãos nacionais – em

benefício da expressão “migrante”. Essa expressão, para os efeitos da Lei em questão, compreende: *imigrantes* (nacionais de outro país ou apátridas que trabalham ou residem e se estabelecem temporária ou definitivamente no Brasil); *emigrantes* (brasileiros que se estabelecem temporária ou definitivamente no exterior); *residentes fronteiriços* (nacionais de país limítrofe ou apátridas que conservam a sua residência habitual em um município fronteiriço de país vizinho); *visitantes* (nacionais de outro país ou apátridas que vêm ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional); *apátridas* (pessoas que não sejam consideradas como nacionais por qualquer Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecido pelo Estado brasileiro), conforme o disposto no seu artigo 1º, §1º, incisos II a VI (BRASIL, 2017). Neste ponto, é importante salientar que a *Casa Civil* vetou o inciso I do §1º do art. 1º, no qual era feita a definição de “migrante”<sup>5</sup>, sob o argumento de que o conceito estava demasiadamente amplo ao incluir o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida.

Outra inovação trazida pelo referido diploma legislativo diz respeito ao objetivo de dotar de coerência sistêmica a ordem jurídica pátria, eliminando a fragmentação em matéria de regulação migratória. A lógica que subjaz à Lei é inibir a proliferação de atos normativos infralegais para atendimento de demandas e situações específicas, em especial as de caráter urgente, como é o caso de questões de deportação e expulsão, temas acerca dos quais a regulamentação é extremamente desconstruída, dificultando o trabalho do Poder Judiciário. Neste ponto, cumpre referir que o Decreto que visa à regulamentação da Lei (Decreto nº 9.199/2017), recentemente publicado, vai diametralmente de encontro a este objetivo, conforme análise que será feita na sequência.

Apesar de demonstrar inúmeros avanços quando comparada à legislação anterior, especialmente no que tange ao respeito aos Direitos Humanos – ressaltando a sua universalidade, indivisibilidade e interdependência (art. 3º, inciso I) –, a Lei, no entanto, impressiona pelo viés burocrático e o ranço autoritário, não abordando, por exemplo, os direitos políticos, que se configuram como um dos pontos mais relevantes para a efetiva garantia dos Direitos Humanos aos imigrantes. Sem a possibilidade de participação política nas decisões que lhes digam respeito, nenhuma mudança no sentido de integração desses sujeitos será efetiva. A efetivação dos direitos fundamentais enquanto processos de lutas, são produtos culturais, são uma reivindicação social, e apenas são possíveis se os imigrantes tiverem o direito de reivindicá-los a todo tempo. Essa limitação do exercício de direitos fundamentais continua colocando os imigrantes em posição inferior em relação aos demais cidadãos brasileiros, sendo-lhes permitido apenas trabalhar e gerar riquezas para o território nacional. Com isso, “o Brasil vai ficando isolado num continente em que o direito ao voto dos migrantes já foi reconhecido por Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, México e Peru.” (VENTURA; ILLES, 2012).

Além da ausência da participação política dos imigrantes, as entidades da sociedade civil organizada e dos movimentos de migrantes, especialmente as envolvidas no processo de redação do projeto que culminou na edição da Lei nº 13.445/2017, apontam outras ressalvas à legislação, como é o caso da ausência de atribuição da questão migratória a um órgão especializado para o atendimento dos migrantes mediante canais de comunicação adequados, também para a produção de dados, e para a formulação de políticas públicas de acolhimento e integração, trabalhando em conjunto com os órgãos descentralizados dos Estados e municípios que tratam da matéria. Desse modo, o monitoramento das migrações permanece sobre a responsabilidade dos

---

<sup>5</sup> Redação original do inciso I: “I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida.” (BRASIL, 2017).

agentes administrativos da Polícia Federal, que atualmente é o órgão encarregado pelo atendimento dos imigrantes, bem como o encaminhamento da sua documentação brasileira.

A Lei permanece com a burocratização dos procedimentos de regularização de documentos e a aplicação de penas pecuniárias (multas) que pesam sobre os migrantes, como é o caso de multa por estada irregular e por deixar de registrar-se no órgão competente, conforme dispõem os incisos II, III, e IV do artigo 109 (BRASIL, 2017).

No que tange aos imigrantes irregulares, de acordo com a Lei, estes não poderão contemplar os direitos trabalhistas arrolados no artigo 4º. A situação de irregularidade dos imigrantes, segundo Wyzykowski e Behrens (2017, p. 332), evidencia que na prática, “a imigração é levantada como questão meramente política”, e a interpretação da irregularidade “pauta-se num viés estritamente punitivo”.

Assim como o Estatuto do Estrangeiro que visa, primordialmente, à admissão de imigrantes que representam mão de obra qualificada, a política migratória prevista na Lei nº 13.445/2017 continua com o mesmo propósito, qual seja, a admissão de mão de obra qualificada-especializada, conforme o disposto no parágrafo 5º do artigo 14, que prevê ao imigrante com “titulação em curso de ensino superior ou equivalente” a concessão do visto temporário para trabalho independentemente de oferta formal de trabalho no país (BRASIL, 2017).

A seletividade na política migratória brasileira, presente em todos os momentos, conforme analisado no transcorrer deste trabalho, hodiernamente, encontra força na noção de “especialização” do imigrante, expondo a maioria dos imigrantes “não qualificados” a postos altamente explorados no mercado de trabalho informal. Como observam Wyzykowski e Behrens (2017, p. 333), a regularidade de um estrangeiro no Brasil está condicionada ao preenchimento de uma série de requisitos, que em geral “rechaçam os indivíduos de baixa escolaridade e sem qualificação profissional”. Isto porque, apenas admite como imigrantes regulares aqueles que “venham a somar no mercado interno e não representem uma ameaça à economia”.

Com a prevalência da lógica do capital e do trabalho, a imigração continua sendo analisada a partir de uma lógica utilitarista, que expõe o trabalhador imigrante empobrecido e destituído de direitos à mão de obra vulnerável à exploração capitalista.

Essas observações permitem evidenciar que as migrações no Brasil seguem sendo compreendidas e gestadas de modo a identificar a imigração como um problema, transformando o imigrante em um “não-nacional”, conforme assevera Sayad (1998, p. 57-58), que, “a este título, só pode estar excluído do campo político”. A partir dessa condição de inferioridade o imigrante deve adotar e se sentir na obrigação de adotar “polidez” para com a sociedade receptora, e mais do que isso, deve adotar a “neutralidade”, ou seja, a “obrigação de ser reservado”, isto porque, “não sendo o imigrante um elemento nacional, isso justifica a economia de exigências que se tem para com ele em matéria de igualdade de tratamento frente à lei e na prática”.

Além do seu reconhecimento como problema, a imigração também é concebida como negócio. O imigrante é concebido como mera “força de trabalho”, ou seja, mão de obra descartável para as necessidades do mercado, apesar de que, segundo Sayad (1998, p. 58), “o ideal” seria que o imigrante fosse uma “pura máquina, um sistema integrado de alavancas”, mas como, no entanto, isso não é possível, isto porque ele não é “puramente mecânico, é forçoso conceder-lhe um mínimo”.

Isso fica bastante evidente no recente Decreto que visa à regulamentação da Lei nº 13.445/2017, qual seja, o já referido Decreto nº 9.199, publicado em 20 de novembro de 2017. De acordo com Ventura (2017), esta regulamentação é um grande retrocesso, na medida em que “é contra a lei e fora da lei, regulamenta o que não estava previsto e inventa novas normas



destrutivas dos direitos.” Como exemplo, salienta-se a utilização, na regulamentação, da expressão “migrante clandestino” (art. 172), a qual “de conotação pejorativa evidente, [...] reforça o estigma de migrantes em situação irregular, e que não só é repudiada, mas há muito foi eliminada de todos os ordenamentos jurídicos.” A utilização desta expressão, “deixa evidente que o governo não possui cultura sobre temas migratórios, não acompanha o debate internacional e ignora o que a doutrina acumulou ao longo de décadas.”

Além disso, o Decreto abre ampla margem discricionária para o Poder Executivo recusar visto e autorização de pessoas consideradas “indesejadas”. Outrossim, diversos vistos passam a depender de deferimento prévio do Ministério do Trabalho, órgão que não possui, entre suas atribuições, o papel de fazer seleção de migrantes. O regulamento, dentre outros retrocessos, também traz normas relativas à matéria sanitária, que estabelecem tratamento discriminatório em relação aos migrantes, associando-os à proliferação de doenças (VENTURA, 2017).

Nesse sentido, a Lei nº 13.445/2017, com a regulamentação que lhe foi dada pelo Decreto nº 9.199/2017, antes de uma ruptura paradigmática, apresenta-se como uma mera continuidade travestida: o Estatuto do Estrangeiro e sua lógica de segurança nacional segue vivo no imaginário brasileiro, ao que parece.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se procurou demonstrar ao longo do presente artigo, a resposta ao problema de pesquisa levantado na introdução é positiva, ou seja, o paradigma que orientou e ainda orienta as políticas migratórias brasileiras – mesmo que não necessariamente na dimensão programadora, mas nitidamente na sua dimensão operacional – pode ser compreendido a partir de uma perspectiva seletiva e utilitarista, que coloca o migrante em uma situação de subserviência às demandas da conjuntura econômica do país (dos interesses do Estado e do mercado de trabalho em detrimento dos interesses do migrante). Como se observa a partir do modo como o tema foi enfrentado ao longo da história do país, essa lógica se perpetua, desde a denominada “Lei dos Indesejáveis” até o recente Decreto 9.199/2017, que (des)regulamenta a Lei nº 13.445/2017, considerada um grande avanço legislativo depois de mais de três décadas de vigência do Estatuto do Estrangeiro, alicerçado sobre uma perspectiva nacionalista e xenofóbica típica do período ditatorial.

Esse contexto evidencia que não basta apenas normatizar o trânsito migratório. Também tem se mostrado infrutíferas as tentativas de implementar políticas públicas de integração dos imigrantes que insistam em categorizá-los e mantê-los enquanto “diferentes”, estabelecendo meras “compensações jurídicas”. A retórica das políticas de desenvolvimento social e de proteção integral aos direitos humanos dos imigrantes tem demonstrado, historicamente, sua ineficiência em conter a violência estrutural e a desigualdade, inviabilizando o seu desenvolvimento humano.

É necessário, então, uma mudança radical na perspectiva por meio da qual o fenômeno migratório é analisado. Não se pode permitir que os avanços alcançados pela via da Lei nº 13.445 soçobrem face ao seu decreto regulamentador e sua visão reducionista do tema.

Impõem-se políticas que sejam adequadas aos princípios e às garantias fundamentais humanas, estabelecidos nos documentos nacionais e internacionais de Direitos Humanos, essenciais para uma efetiva integração e acolhimento desses sujeitos, e que não estejam vinculadas apenas à normatização de regras de trânsito migratório. Urge a necessidade de implementação de novos paradigmas de mobilidade humana baseados nos Direitos Humanos, que reconheçam as subjetividades dos migrantes como uma força criativa na luta por liberdade, e

que considerem a dimensão política dos fenômenos migratórios, a fim de reconhecer efetivamente os migrantes como sujeitos de direitos – sem enveredar para a sua vitimização ou, no outro extremo, criminalização.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei de 4 de maio de 1938, nº 406.** Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-norma-pe.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto de 6 de fevereiro de 1939, nº 3.691.** Aprova o regimento do Conselho de Imigração e Colonização Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-3691-6-fevereiro-1939-345819-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei de 7 de abril de 1941, nº 3.175.** Restringe a imigração e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3175-7-abril-1941-413194-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Lei de 19 de agosto de 1980, nº 6.185.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Lei de 13 de maio de 1997, nº 9.459.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Lei de 24 de maio de 2017, nº 13.445.** Institui a Lei de Migração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto de 20 de novembro de 2017, nº 9.199.** Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-norma-pe.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

LEVY, Maris Stella Ferreira. O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872-1972). **Revista de Saúde Pública**, n. 8 (supl.), 1974.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos.** Porto Alegre: Nuria fabris, 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Menos nacionalismo e mais Direitos Humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. In: **Cadernos OBMigra.** Revista Migrações Internacionais. v. 1, n. 1, p. 80-103, 2015.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Lei brasileira precisa ser atualizada para proteger direitos dos migrantes, destacam especialistas.** 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lei-brasileira-precisa-ser-atualizada-para-protetger-direitos-dos-migrantes-destacam-especialistas/>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

POLÍCIA FEDERAL. **Registro de estrangeiro**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/estrangeiros>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. Direitos Humanos, cidadania e o trabalhador imigrante ilegal no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440/1125>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Usos e abusos da mestiçagem e da *raça* no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. **Afro-Ásia**, Salvador, n. 18, p. 77-101, 1996.

SEYFERTH, Giralda. Colonização, imigração e a questão racial no Brasil. **Revista USP**, n. 52, 2002.

SILVA, Érica Sarmiento da. A “não democracia” dos excluídos: alguns pontos da política imigratória brasileira. **Logos 27**: mídia e democracia. Ano 14, p. 141-148, 2007.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil? Le Monde Diplomatique Brasil. 2012. Disponível em:** <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>. Acesso em: 02 jan. 2018.

VENTURA, Deisy. O mais difícil é fazer com que as pessoas vejam o imigrante como a si próprias. **Revista IHU on-line**. 2014. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536701-o-mais-dificil-e-fazer-com-que-as-pessoas-vejam-o-imigrante-como-a-si-proprias-entrevista-especial-com-deisy-ventura>>. Acesso em: 13 out. 2017.

VENTURA, Deisy. **Regulamento da Lei da Migração é uma catástrofe**. Entrevista disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

WYZYKOWSKI, Adriana; BEHRENS, Lorena. O trabalho de imigrantes indocumentados latino-americanos no Brasil: uma análise da situação dos trabalhadores em condição análoga à de escravo e seus efeitos jurídicos. **O direito atual e as novas fronteiras jurídicas**. 1 ed. Capítulo XIV. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017.



Após 1830, o tráfico de africanos tornou-se ilegal no País, mas o governo pouco fez para impedi-lo, e a importação de cativos cresceu acentuadamente até 1850. Em 1856, a população da capitania, conforme o chefe de Polícia da Província totalizava 49.092 habitantes, sendo 36.823 livres e 12.269 escravos.

Durante esse período, os portos do Espírito Santo foram conhecidos locais de contrabando de cativos, mas proporcionou também a formação de muitos quilombos, tanto que, a preocupação maior dos senhores de escravos era a fuga, como ficou bem evidenciado em um ofício de 30 de agosto de 1848, dirigido a um conselheiro do ministro do Império, no qual o presidente da Província do Espírito Santo referia-se ao grande número de quilombos existentes e alardeava a inquietação que eles causavam aos capixabas. Da mesma forma, falando diante da Assembleia Provincial, em 11 de março de 1849, o presidente alertava para os “[...] quilombos que formigam na Província e tanto concorrem para o definhamento da agricultura e desmoralização da escravatura”.

Em 1872. O Espírito Santo era a segunda província com a maior proporção de escravos na população — 1 para 2,6 livres —, ultrapassada apenas pelo Rio de Janeiro, com 1,6, enquanto a média nacional era de 5,5 habitantes livres por escravo.

Cachoeiro de Itapemirim, Piúma, Guarapari, Vitória, Santa Cruz e São Mateus eram regiões onde o comércio era intenso, com constantes desembarques de escravos. Na região de Vitória, eram muito conhecidos os mercados de compra e venda de escravos da fortaleza de São João, onde é hoje o Clube Saldanha da Gama; o mercado de Campinho, o atual Parque Moscoso, e o mercado de Porto Velho.

Nesses locais, em 1845, um escravo poderia ser comprado por 250 mil réis. Mesmo com a proibição do tráfico internacional, o Espírito Santo ainda era muito visitado pelos navios negreiros e o contrabando continuava. Assim, depois de 1850, muitos navios negreiros ainda desembarcaram escravos tanto nas proximidades de São Mateus e Linhares, no norte, quanto próximo às plantações de café do sul, na região de Cachoeiro de Itapemirim, ambas consideradas as principais áreas de contrabando e desembarque clandestino de escravos.

Muitos escravos também foram comercializados nas proximidades de Vitória. Em março de 1851, foi aprisionado um navio que fazia o desembarque de 120 escravos, vindos da África, nos portos de Itabapoana e Piúma. Já em 20 de janeiro de 1856, foi aprisionado o navio Mary Smith, com 350 escravos africanos que iam ser vendidos em São Mateus.

Para tentar conter o aumento do número de fugas, alguns fazendeiros, em 1886, percebendo que o regime escravista já não mais sobreviveria e que seu fim estava próximo, simulavam Tod

Até mesmo diversos capixabas que se diziam abolicionistas somente libertaram seus escravos após a Lei de 13 de maio de 1888, que, por sinal, foi publicada em Cachoeiro de Itapemirim junto com a notícia de que Cordeiro, um escravo fugitivo, tinha sido recapturado e como castigo fora amarrado ao rabo de um cavalo e arrastado por cerca de uma hora, pelas estradas da região.

Todos estes dados históricos<sup>1</sup> quando comparados com a atualidade demonstram o Estado do Espírito Santo profundamente marcando por esse corte racial, ou seja, as políticas implementadas pelo Estado contribuíram para quase duzentos anos de *apathait* social, o que torna o Estado um privilegiado campo de pesquisa, pois além de sua pequena extensão e baixa

---

<sup>1</sup> Todos os dados referentes à imigração têm origem no livro Imigrantes no ES referenciado abaixo.

densidade populacional, apresenta-se como um recorte privilegiado das influências de todo o Brasil.

Como nunca foi um protagonista na cena política os grandes acontecimentos políticos nacionais sempre reverberaram aqui de forma secundária, ou por outra, não houve grande interesse em ocultar ou maquiar as conseqüências das ações governamentais.

Estas ações governamentais que qualificaremos aqui como racismo ambiental, podem ser evidenciadas até mesmo geograficamente, pois o Espírito Santo é um Estado cindido quase que ao meio pela BR 101 que corta o Brasil à leste, de norte a sul. Pois bem, usando-a como referência pode-se perceber que ela quase que se orientasobre os quilombos.

**Imagem 2 – Localização de Territórios Quilombolas do Norte do Espírito Santo**



Fonte: <http://profissaogeografo.blogspot.com/2013/06/cartografia-social-dos-quilombolas-e-o.html>

Como referido os quilombos concentravam-se onde hoje são as cidades de São Mateus, Linhares, Conceição da Barra e Aracruz no Norte, nas cidades que compõem atualmente a região metropolitana da grande Vitória, além de Gurarapari e Cachoeiro de Itapemirim.

## OS IMIGRANTES

O Espírito Santo teve a sua primeira experiência de colonização do seu interior, com a introdução de famílias camponesas da Europa, quando foi criada a Colônia Agrícola de Santo Agostinho, nos arredores da atual cidade de Viana, para onde foram destinados 250 imigrantes das ilhas açorianas. Era projeto piloto do governo Rubim que contou com o patrocínio da administração imperial. Na mesma época, dava-se início à demarcação e abertura de uma estrada, no sentido leste-oeste, para interligar a capital capixaba a Ouro Preto, em Minas Gerais: a Estrada São Pedro de Alcântara, também conhecida como Estrada do Rubim.

Mas a falta de recursos era grande, bem maior do que as expectativas dos capixabas, que, em 1817, somavam 24.585 habitantes. E foram necessárias ainda algumas décadas para que outras iniciativas fossem tomadas para se conquistar as florestas do Espírito Santo.

Em outra empreitada de colonização, cerca de trinta anos depois (1847), com a criação da Colônia Imperial de Santa Isabel, demarcada às margens da Estrada do Rubim e do rio Jucu, a oeste do antigo núcleo dos açorianos, foram enviados 165 colonos alemães, procedentes do Hunsrück, na Renânia.

Era o momento em que o Brasil iniciava a busca por agricultores estrangeiros, diante das pressões internacionais, principalmente da Inglaterra, pelo fim da escravidão, procurava-se dar impulso ao povoamento do seu vasto território com a introdução de camponeses — em grande oferta na Europa — em pequenas propriedades agrícolas, a serem cultivadas por núcleos familiares.

Até 1861, as colônias do Espírito Santo recebiam imigrantes de diversas nacionalidades. Santa Leopoldina passou a ser o principal foco de atração. Os camponeses procedentes dos antigos Estados alemães chegavam em maior número, além dos austríacos, holandeses, luxemburgueses e os pomeranos, estes a partir de 1859. De 1867 a 1873, após um hiato de cinco anos, o fluxo de germânicos se intensificou, coincidindo com o período de guerras que resultaram na unidade dos Estados alemães, principalmente nos dois anos imediatamente após a unificação, ocorrida em 1871.

Nesse momento, verificou-se a predominância de famílias oriundas das antigas províncias da Pomerânia e os poloneses da Prússia Ocidental. A partir de então, a entrada de alemães tornou-se esporádica.

Até então haviam entrado cerca de 20 mil imigrantes no Espírito Santo. Na década seguinte, a imigração de massa atingiu seu auge, com a entrada de pouco mais de 20 mil imigrantes, o que correspondia a quase 15% da população em 1890.

Lamentavelmente, o censo de 1900, que deveria contar os estrangeiros logo após o final da imigração de massa, foi incompleto; só vamos encontrar um registro confiável da presença deles duas décadas mais tarde, em 1920, quando constituíam 4,1% da população do Estado, índice muito inferior ao de São Paulo, 18%, do Paraná, 9%, do Rio Grande do Sul, 7%, e próximo ao de Santa Catarina, 4,6%, porém maior que o de todas as outras unidades da Federação.

A imigração europeia de massa cessou, mas permaneceu um pequeno fluxo migratório ao longo da primeira metade do século XX, intensificado nas décadas 1920 e 1930. Ao todo, durante o período imigratório, foi registrada a entrada de 54.155 imigrantes europeus.

Ocorre que, a imigração europeia não significou privilégios, antes, foram registrados momentos críticos de confronto e perseguições aos imigrantes e as primeiras gerações de brasileiros durante o século XX, principalmente para os italianos e alemães. O primeiro diz respeito à participação destes no movimento integralista, ou nacionalismo integral, cujo lema era Deus, Pátria e Família, liderado por Plínio Salgado, na década de 30, e que teve seu fim com a tentativa de golpe destes contra Getúlio Vargas, em 1938.

Isso porque, o integralismo tinha uma forte ligação com as ideologias totalitárias da época, como o fascismo italiano e o nazismo alemão, os quais se opunham radicalmente às ideias comunistas. Paradoxalmente, como forma de reprimir esses movimentos no país, Vargas lança a Campanha da Nacionalização, para diminuir a influência das comunidades de imigrantes no Brasil, proibindo, entre outras coisas, o uso em público do idioma estrangeiro, além de decretar o fim das associações culturais e recreativas vinculadas à cultura de imigração.

Durante a Segunda Guerra Mundial com a participação direta da Alemanha e da Itália, também houve perseguições a esses estrangeiros no Espírito Santo e no Brasil, culminando em prisões, humilhações, atos violentos contra as pessoas e suas propriedades.

A propósito de havermos chamado no início do texto a imigração de uma política pública, na verdade as coisas não foram tão simples, não existiam programas que delimitassem as terras para os imigrantes a partir de terras devolutas ou não habitadas. Eles eram despejados nas altas matas capixabas sem maiores considerações.

Ainda assim, de acordo com o recenseamento brasileiro de 1950, a população do Espírito Santo contava 861.562 habitantes, um acréscimo de 404.234 pessoas comparando-se aos números do censo de 1920. Ou seja, em três décadas, o crescimento foi de 88,4% e a participação dos capixabas em relação à população do Brasil cresceu novamente, saltando de 1,49% para 1,70%.

O isolamento das colônias germânicas, indicam que os alemães aqui chegados, em número inferior a 5 mil (4.866 segundo registro do APEES), teriam dado origem a uma população teuto-brasileira de cerca de 30 mil pessoas em 1935 – o que correspondia a quase 4% da população total no censo de 1940 –, e a cerca de 70 mil em 1961 – aproximadamente 5% da população, segundo o censo de 1960.

## **DEMOCRACIA RACIAL “MISCIGENAÇÃO”**

Durante a Ditadura Militar, de 1964 a 1985, muitos daqueles atos nacionalistas getulistas se mantiveram em pauta, como a proibição das associações, por exemplo, dentre outras medidas autoritárias que eram impostas aos brasileiros, mas também aos estrangeiros.

Nesta quadra histórica, o regime militar ditatorial se esforçava por passar a imagem de um Brasil que deveria ser conhecido por sua suposta “democracia racial” que era fruto de um espírito não beligerante, de boa-fé, próprios do brasileiro miscigenado, não organizado.

Este artigo pretende contribuir para desconstruir essa imagem, e o fará utilizando como campo de pesquisa sociológica o Estado do Espírito Santo, haja vista a população historicamente reduzida, a pouca extensão e a documentação histórica disponibilizada.



Normalmente vistos pelos estrangeiros como fruto da mestiçagem de europeus com negros e índios e sincrético, a história do Espírito Santo apresentada aqui, contradiz essa impressão, na medida em que a apresenta a sociedade capixaba marcada profundamente pelo *apartheid* racial, ambiental e geográfico, que é fruto de políticas públicas confusas perpetradas por séculos de “enganos”.

O referido *apartheid* é fruto de mentiras políticas, preconceitos, com o objetivo de demonstrar “harmonia social” a pretexto do massacre dos habitantes indígenas originários e exploração dos negros.

Basta ressaltar inicialmente a ausência de consideração dos indígenas nos censos populacionais do século XIX, do estereótipo de indolência do indígena persistente até os dias de hoje e a condição social da maioria negra, ainda contemporaneamente.

Em sentido contrário, a evolução social dos imigrantes europeus que prosperaram por essas terras e hoje ocupam posições de comando político e social, partilhando o poder com as centenárias elites dominantes europeias.

Paralelamente ao citado regime ditatorial, outros acontecimentos internacionais, dão conta das intensas lutas e sacrifícios de líderes negros como Luther King e Malcom X; as ações dos grupos de luta contra o racismo, como Black Power, Panteras Negras, Muçulmanos Negros, e organizações musicais e de danças, como de Soul e Blues. Também chegavam muitas informações sobre as lutas pela independência e as transformações revolucionárias nos países africanos.

A partir de movimentos como estes, segundo Ivy de Souza Abreu, começa-se a perceber que a injustiça social contra perpetradas secularmente contra as populações negras costumam ser relacionadas com as injustiças ambientais, o que permite a Benjamin Chavis designar a expressão “racismo ambiental” para caracterizar o fenômeno. Assim, “a imposição desproporcional – intencional ou não – de rejeitos perigosos às comunidades de cor”. O racismo ambiental surge na década de 1980 nos Estados Unidos com as discussões acerca da injustiça ambiental relacionada à população negra.

O Movimento de Justiça Ambiental busca defender e lutar por melhores condições de vida dos grupos sociais excluídos pelo processo econômico e político. As reivindicações originais dos negros norte-americanos se relacionavam com condições de saneamento básico, contaminação das pessoas e das moradias e disposição de lixo perigoso e tóxico.

Este movimento e a ideia de justiça ambiental se espalham pelo mundo, se relacionando com categorias analíticas como racismo ambiental, desigualdade social, injustiça ambiental e vulnerabilidade. Interessante destacar que a nova feição de justiça foi se adaptando às realidades locais e hoje se discute o racismo ambiental para além das questões raciais.

Junto a isso, muitos textos de novos cientistas sociais estrangeiros, políticos de esquerda e pesquisadores passaram a trazer informações e análises que ajudavam a formar uma nova consciência e visão da realidade social, política e econômica. Também foi de forte influência sobre os estudantes e trabalhadores negros capixabas, praticamente iniciadores desses novos grupos organizadores de reflexão sobre o papel social dos negros no Brasil, as informações recuperadas em jornais, revistas e livros acerca da história das lutas de libertação dos países africanos, bem como da história das organizações negras brasileiras.

Nos anos 1940 e 1950, a agitação dos negros em lutas contra o racismo na América, Europa e própria África, nas lutas pela independência dos países africanos ainda dominados e explorados colonialmente pelos europeus, nas manifestações pan-africanistas e afro-americanistas e nas reivindicações de igualdade de direitos influenciou os membros da Organização das Nações Unidas

a fazer um estudo no Brasil para verificar o que poderia ser aproveitado e levado ao resto do mundo da dita experiência brasileira de “democracia racial”.

Assim, ao fim da década de 1940, chegaram ao Brasil cientistas sociais que iniciaram vários estudos. Para surpresa deles, os resultados revelaram algo que os negros já estavam cansados de saber: a “democracia racial” era uma farsa, a situação dos negros era péssima, o racismo brasileiro era muito forte, porém, dissimulado, disfarçado e, por isso mesmo, mais atuante e cruel.

Os estudos revelaram também que não havia confrontos raciais porque a repressão era tão violenta que os negros “reconheciam o seu lugar” e não criavam muitos problemas. Com isso, parecia que no Brasil era tudo paz, harmonia e convivência fraterna entre as raças.

## **AS CONSEQUÊNCIAS**

Em 1980, o recenseamento nacional voltou a registrar a cor, o que nos permite investigar se houve alguma alteração significativa na composição étnica da população.

Importante notar um fenômeno, o Estado que já havia sido o segundo maior, em números proporcionais, em quantidade de negros, vê durante o século XX o número de pretos cair continuamente. Pode ser notar também a concentração destes na região da grande Vitória, capital do Estado, refletindo o processo de urbanização, que foi intenso no período 60-80, e o desenvolvimento acentuado da região.

O incremento de grandes projetos industriais na região metropolitana capixaba atraiu brasileiros de vários Estados, e o processo de erradicação do café na década de 1960 provocou um grande êxodo rural, aumentando consideravelmente a população da Grande Vitória.

Em 1980, o censo da população capixaba apurou 2.023.821 de habitantes, um aumento de 135% em relação a 1950. Porém, os espíritos-santenses continuavam representando 1,70% dos brasileiros. No entanto, essa participação aumentou para 1,84% em 2010, cujo recenseamento apurou 3.514.952 de habitantes, um aumento de 73,68% em relação a 1980.

De qualquer forma, os estudos censitários feitos pelo governo na década de 1980 apontavam que os negros constituíam, pelo menos, 45% da população total. Entretanto, outras estimativas, elaboradas a partir de estudos realizados por instituições e entidades de defesa dos interesses da comunidade negra, mostravam que, considerando todos os pretos e mestiços, o percentual de negros no total populacional era de, no mínimo, 65%.

Considerando que o Censo de 1991 aponta uma população total capixaba em torno de 2,5 milhões de pessoas e que os pretos e mestiços são 65% desse total, pode-se dizer que o número de negros no Espírito Santo é de aproximadamente 1,6 milhão de pessoas.

## **CONSEQUÊNCIAS DO PROCESSO COLONIAL**

Em consequência da concentração negra promovida pela escravidão, o Espírito Santo tem algumas regiões onde os traços da herança cultural africana afloram e expõem-se com mais definição. O Estado tinha três grandes áreas de maior concentração populacional escrava, por conseguinte de forte presença cultural negra: o norte litorâneo, tendo São Mateus como principal

polo; o Sul, cujo polo era Cachoeiro de Itapemirim, e a região central, área de influência imediata de Vitória<sup>2</sup>.

A região de Vitória, área de povoamento antigo e sede da capital, estava entre aquelas abarrotadas de escravos, nas primeiras décadas do século XIX; eles constituíam 40% da população nos censos de 1824 e 1872 e a região concentrava mais da metade dos escravos da Província, cerca de 7.000, num total de 13.021.

Como se viu, historicamente, o Espírito Santo tem três regiões de concentração de população negra. Essas regiões - nos anos 90 do século XX continuam sendo as maiores áreas de concentração de população e mani festasções de cultura negra do Estado. A falta de trabalho empurrou grande número de negros para as áreas mais pobres nas periferias das cidades e, assim, muitos foram tentar sobreviver morando nos morros, mangues, palafitas, lixões etc e trabalhar em qualquer atividade que fosse possível.

Muitos dos negros da região de Vitória continuaram trabalhando nas obras públicas, como soldados na polícia militar e nas atividades portuárias pesadas e, quase sempre, desqualificadas e mal remuneradas. E assim também como pequenos artesãos, pescadores, nos serviços domésticos etc, muitos negros conseguiram firmar-se dentro de uma vida pobre, mas não de miséria absoluta.

Ao fim da escravidão, pelas terras do Espírito Santo existiam muitos grupos de negros estabelecidos nas matas, com pequenas posses e produção de subsistência. Eram os núcleos de antigos quilombos que tinham sobrevivido e que o governo passou a chamar de grupos de “lavradores ambulantes ou bandoleiros”, promovendo novas perseguições e verdadeiras guerras de combate.

A alegação era de que as terras do Estado deveriam ser “vendidas” ou “doadas” para os “colonos”, isto é, para os imigrantes italianos e alemães. De qualquer forma, muitos estudiosos afirmam que parcela da população pobre, formada por ex-escravos, pretos e mestiços livres, foi, em partes, absorvida como mão-de-obra rural em relações de trabalho parecidas com arrendamento, meação e colonato.

Entretanto, na medida em que o tempo passou, os negros que aí se enquadravam foram perdendo essas posições. Nas regiões litorâneas, principalmente, muitos negros puderam sobreviver de certa forma independentes da realidade econômica centralizada, sem serem submetidos à exploração dos senhores rurais e urbanos.

Como pescadores e coletores de mariscos, plantando algumas raízes, criando animais, caçando ou coletando plantas, muitos negros mantiveram vida própria, preservaram a memória e, hoje em dia, constituem as maiores e vastas representações da cultura do povo capixaba.

No início do texto, referimos a enorme quantidade de quilombos que surgiram no Espírito Santo no século XIX, pois bem, com o fim da escravidão, eles estavam organizados em pequenas glebas que produziam agricultura coletiva de subsistência.

Pois bem, o código civil de 1916 contemplava apenas a propriedade baseada na posse individual e não coletiva, isso tornava quase impossível a adequação da propriedade coletiva típica dos quilombos a lei. Mesmo em 2002, com a promulgação do novo código civil essa possibilidade ainda não é real e a legalização de espaços tradicionais continua dificultada, fato que demonstra igualmente um racismo legislativo impregnado.

---

<sup>2</sup> Na página 78 do livro *Negros do Espírito Santo*, dos quais o dados a respeito dos negros é retirado neste artigo e referenciado ao final, há um mapa no qual é demonstrada a concentração geográfica da população negra no Estado do Espírito Santo.

Um cientista alemão, Ernest Wagemann, que estudou a colônia de seus conterrâneos no Espírito Santo, em 1913, relatou que entre os colonos alemães a forma mais predominante de aquisição de terras funcionava da seguinte forma: existiam pelo interior muitas localidades onde já estavam os nativos, quase sempre negros, que detinham a posse de um pedaço de terra, com algumas estacas de demarcação de limites e uma casinha, onde eles caçavam e faziam derrubadas e queimadas de mato para as plantações de banana, café, mandioca e feijão.

Nessas condições, eles iam vivendo meio isolados como se ainda estivessem em quilombos, fugindo da escravidão. Então, chegavam os imigrantes ou seus descendentes que viam naquelas terras, já desbravadas e com algumas benfeitorias, uma oportunidade de negócio. Assim, usando dos mais diversos artifícios, acabavam expulsando os negros que iam em busca de novas áreas. Depois de se apossarem das terras, os imigrantes aumentavam a derrubada, ampliavam os limites e as plantações e usando os benefícios das leis, regularizavam as posses, transformando-as em suas propriedades.

É necessário ressaltar a incontestável diferença entre as trajetórias históricas pós-abolição dos negros e dos imigrantes brancos recém-chegados.

A grande maioria dos negros permaneceram pobres e são ainda poucos os que, na atualidade, têm um padrão econômico de vida satisfatório no que diz respeito a desfrutar de boas moradias, alimentação, educação etc e menos ainda são os negros que conseguiram conquistar algum poder político.

A questão é que, embora essa seja uma verdade histórica, as explicações de como essa situação se formou eram mentirosas. Os racistas diziam que os imigrantes melhoraram de vida porque eram trabalhadores, esforçados e econômicos, enquanto os negros eram preguiçosos, cachaceiros, não gostavam de economizar e, dessa forma, não conseguiram as melhorias que os imigrantes obtiveram.

Na realidade, acontecia que, com o fim da escravidão, todos trabalhadores passaram a ser livres e com direito a receber salários.

Porém como já foi dito, muitos dos antigos senhores mandavam embora seus trabalhadores negros, considerando que a partir de então eles eram livres, davam trabalho somente para os brancos. Nos casos em que negros eram admitidos, normalmente os patrões só os aceitavam pagando bem menos do que era pago aos brancos pelo mesmo trabalho. Na falta de trabalho e em virtude da necessidade de sobreviver para alimentar suas famílias, muitos negros concordaram em ganhar menos.

Mas, eram extremamente explorados, humilhados e, sem ter como melhorar de vida, eram perseguidos pela polícia e enganados pelos políticos. Ao mesmo tempo, os imigrantes iam prosperando, ganhando ou comprando terras, recebendo apoio dos empresários e políticos, além das facilidades do governo.

Dessa forma, os negros, que até o fim da escravidão eram utilizados como trabalhadores para a realização de todos os tipos de atividades, passaram a ficar sem emprego ou tiveram que trabalhar por ninharias, para não morrerem de fome. E os patrões racistas alegavam, mentirosamente, que pagavam menos aos negros porque eles não sabiam trabalhar, eram relaxados etc. São estes estereótipos com os quais o artigo através dessa revisão histórica pretende desconstruir.

As políticas públicas implantadas pelo Estado nestes 200 anos criaram um estado totalmente diferente, uma paisagem completamente diferente, uma geografia completamente diferente, mas um fato continua igualzinho, o racismo impregnado.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza. Biopolítica e racismo ambiental no Brasil: a exclusão ambiental dos cidadãos. **Opinión Jurídica**. Medellín, Colômbia, v. 12, n. 24, jul./dez. 2013a. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a06.pdf>. Acesso em 25 jan. 2015.

FRANCESCHETTO, Cilmar. **Imigrantes Espírito Santo**: base de dados da imigração estrangeira no Espírito Santo nos séculos XIX e XX. / Cilmar Franceschetto. — Organizado por Agostino Lazzaro. — Vitória: Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2014. 1.200 p.: il.; — (Coleção Canaã; v. 19).

MACIEL, Cleber. **Negros no Espírito Santo** / Cleber Maciel; organização por Osvaldo Martins de Oliveira. — 2ªed. — Vitória, (ES): Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2016. 282 p.: il. — (Coleção Canaã, v.22).

**Paulo Velten**

Pós-Doutor. Professor de Direito (UFES).

**Rayner Martins Xavier Dossi**

Graduando em Filosofia/bacharelado (UFES). Graduando em Direito (DOCTUM/VITÓRIA).

### INTRODUÇÃO

O avanço da criminalidade é uma análise assaz pertinente, principalmente sob a ótica de Frantz Fanon, que aborda em sua obra *Os condenados da terra* a relação entre dominantes e dominados na figura de colono e colonizado, que se vale do uso da violência (capítulo I) para manter, resistir ou destruir o processo de colonização.

Esta comunicação tem a finalidade de analisar a criminalidade como um fruto da dominação imperialista através da explanação de alguns conceitos do pensamento de Frantz Fanon, especialmente com base na obra *Os condenados da terra*.

Será objeto de análise desta exposição, a autodestruição coletiva descrita por Fanon como forma que o colonizado encontra para defender a própria personalidade diante da dominação exercida pelo colono através do uso da violência, abordando esse conceito frente ao fenômeno de duplo recrutamento que se trata da divisão criada pelo capitalismo entre os que podem ou não consumir e como essa separação contribui para o crescimento da criminalidade.

A fim de se alcançar o propósito do trabalho usa-se o método teórico-dogmático, se valendo de conceitos de ordem filosófica, sociológica através de conceitos trabalhados dentro do pensamento de Frantz Fanon, principalmente sobre a violência e a autodestruição coletiva, que é a consequência do uso da linguagem violenta utilizada pelo colonizador em face do colonizado.

As searas de disciplinas abrangidas têm caráter transdisciplinar, trabalha áreas do conhecimento distintas, como as áreas do Direito ao revelar aspectos relativos principalmente ao crime organizado; da Filosofia ao ter Frantz Fanon como autor central e como importante pensador do pensamento descolonial; da Sociologia ao trazer implicações sociais do fenômeno de duplo recrutamento frente ao modo de organização capitalista como gerador de criminalidade e violência.

No desenvolvimento pretende-se discutir a linguagem da violência habitualmente utilizada pelo colonizador, descrita por Fanon e como o *modus operandi* do colonizador causa no colono um sentimento que não necessariamente é libertador, mas um pensamento invejoso, o desejo do colono se tornar colonizador e conseqüentemente perpetuar o ciclo de violência.

Posteriormente busca revelar a solução dada por Fanon para se libertar do ciclo de violência para que em seguida relacione o pensamento colonial com a dominação exercida pelo mercado de consumo e como o mercado assume esse papel do colonizador na medida em que segrega e gera uma linguagem de violência similar a defendida por Frantz Fanon.

## DESENVOLVIMENTO

Frantz Fanon na obra *Os condenados da terra* afirma que a violência é o meio mais viável para enfrentar o domínio colonial e via na revolução o caminho para a libertação e essa revolução se dá principalmente com a participação do proletariado e dos camponeses.

A luta pela libertação deve pois se sustentar sobre forças sociais distintas daquelas analisadas por Marx. Não existe na colônia um operariado desenvolvido, todo o sistema econômico baseia-se na exploração de matérias-primas exportadas para o exterior. Por outro lado, a pequena parcela operária que trabalha nas zonas urbanas é vista como “privilegiada” em relação ao restante da população. A causa da revolução recruta seus adeptos fora da cidade, e se por acaso volta-se para os centros urbanos é junto ao lumpemproletariado que ela ganha forças (ORTIZ, 2014, p. 437)

Foi um crítico da esquerda na época, afirmando que a esquerda se detinha ao recrutamento de intelectuais, que eram uma elite atenta para a situação do proletariado, mas que peca ao excluir a comunidade como um todo, que para Fanon representa o eixo central do processo revolucionário. A revolução não tem caráter sindical ou partidário, mas comunitário, de todos os oprimidos.

A violência é o meio pelo qual o colonizado encontra a coragem e se liberta do complexo de inferioridade que é imposto pelo colonizador. A violência, nesse contexto, não é apenas ódio gratuito, representa uma catarse.

Frantz Fanon afirma que por causa da segregação sofrida pelos colonizados e da opressão de seu colonizador, a única linguagem que conhecem é a linguagem da violência como bem explícita:

Vê-se que o intermediário do poder utiliza uma linguagem de pura violência. O intermediário não torna mais leve a opressão, não dissimula a dominação. Exibe-as, manifesta-as com a boa consciência das forças da ordem. O intermediária leva a violência à casa e ao cérebro do colonizado (FANON. 1979, p. 28).

Sendo a violência o que pauta a vida dessas comunidades menos abastadas econômica e socialmente, não seria diferente a resposta dessas comunidades aos seus colonos. Os marginalizados pelo sistema colonial respondem aos seus opressores com violência e criminalidade, pois percebem que pelas vias legais e ordinárias não conseguiriam transformar a realidade em que vivem. É através da violência na forma da criminalidade que o oprimido pode encontrar, talvez pela primeira vez, a oportunidade de viver os luxos de seus opressores:

O olhar que o colonizado lança para a cidade do colono é um olhar de luxúria, um olhar de inveja. Sonhos de posse. Todas as modalidades de posse: sentar-se à mesa do colono, deitar-se no leito do colono, com a mulher deste, se possível. O colonizado é um invejoso. [...] É verdade, não há um colonizado que não sonhe pelo menos uma vez por dia em se instalar no lugar do colono (FANON. 1979, p. 29).

O colonizado deseja se tornar o colonizador pelo status que este ocupa, mas por mais que anseie por esta posição, o colonizado jamais poderia ocupar o lugar de seu senhor, pois o que cinde o mundo colonial é a raça, não é apenas um fator econômico. A raça que se pertencia era tão importante quanto o dinheiro que se tinha.

Para Fanon colono e colonizado são forças antagônicas e o caminho para se superar o colono é erradicando-o, é destruir qualquer possibilidade do colono exercer seu domínio sobre o colonizado, mas para que isso ocorra o colonizado precisa perceber que não é inferior e nem diferente do colono.

Então o colonizado descobre que sua vida, sua respiração, as pulsações de seu coração são as mesmas do colono. Descobre que uma pele de colono não vale mais do que uma

pele indígena. Essa descoberta introduz um abalo essencial no mundo. Dela decorre toda a nova e revolucionária segurança do colonizado. Se com efeito, minha vida tem o mesmo peso que a do colono, seu olhar não me fulmina, não me imobiliza mais, sua voz já não me petrifica. Não me perturbo mais em sua presença (FANON. 1979, p. 34).

O colonizado só pode alterar o paradigma da sua existência quando tomar consciência de si, consciência de que não é diferente do colono. A mudança de paradigma para FANON (1979, p. 35) se dá no seio do povo, não é um evento isolado e individual que se encerra em sua própria subjetividade, a revolução não se encerra no pensamento, tem que ser de ordem prática oriunda de uma sociedade molecular e não atomizada.

Muitos vêem em Fanon um pensador sanguinário que defende a violência e suas insanidades, mas para ele a violência anticolonial não é um ato insano que só macula a sociedade humana, ela é uma ferramenta para a resolução de conflitos. Os movimentos de libertação não podem negar a violência, pois ela não é algo exógeno à sociedade colonial, é algo cotidianamente presente. Mesmo naqueles países, ex-colônias, que ganharam a independência de seus ex-senhores de um modo aparentemente pacífico, a libertação política foi fruto da revolta violenta de outros povos colonizados (LIPPOLD, 2005, p. 17-18).

Quando o colonizado se recusa a enxergar sua condição de dominado, ao invés de direcionar sua tensão para o causador do problema, direciona para seus congêneres em um processo de autodestruição coletiva. Enquanto o colono ou a força policial a todo tempo massacra e avilta a todo e a qualquer momento, o oprimido negando sua condição direciona sua cólera aos que estão na mesma condição como forma de defender a sua personalidade e exorcizar a sua raiva em um processo suicida e autodestrutivo (FANON. 1979, p.40-41).

Nesse contexto o criminoso, o marginalizado, além de ser enquadrado como transgressor dos valores e modelo padrão de conduta idealizado por aqueles que detêm o poder, também é algoz de seus congêneres, incapaz de mudar a realidade de seus semelhantes, age de forma egoística para ocupar o lugar do opressor e esquece ou simplesmente não tem consciência de sua própria condição, ato esse que reforça “condutas-suicidas que permitem ao colono, cuja vida e domínio se acham assim mais consolidados, verificar na mesma ocasião que esses homens não são racionais” (FANON. 1979, p. 41), ou seja, reforça a ideia de marginalizar, segregar e criminalizar não só a conduta e o sujeito que autodestrói, mas todos os seus congêneres sofrem as consequências.

Fatalmente os colonizados representavam a camada menos abastada da sociedade e essa realidade permaneceu para a maioria absoluta de seus remanescentes, bem como seus descendentes. O capitalismo ascendeu e uma nova forma de imperialismo surgiu, uma de dominação mercadológica, onde o colonizado se vê diante de um novo colono, colono esse que além da cisão racial enfrenta agora uma cisão de origem econômica.

O imperialismo capitalista se tornou uma das principais formas de dominação do século XXI, isso significa que as relações se dão pelo primado do consumo. A vida humana se torna dependente do consumo, no sentido de dizer que felicidade e sucesso são medidos pela capacidade que o indivíduo tem para comprar. Em outras palavras, na nossa época, é comum associar poder de compra à felicidade e pobreza à infelicidade e insucesso, o que cria um abismo entre os que podem e os que não podem consumir e conseqüentemente aumenta a desigualdade social.

Essa divisão entre os que podem e os que não podem consumir criam um fenômeno denominado de duplo recrutamento, que ao mesmo tempo em que recruta aqueles que podem consumir, também recrutam aqueles que não podem e esses se tornam exemplo daquilo que não



deve ser com o intuito de se estabelecer um padrão, padrão esse que marginaliza e descrimina os que não se adéquam a sociedade de mercado (DEUS. 2015, p.6).

[...] o mercado com sua ditadura do consumo recruta infinitos consumidores que são induzidos a obedecer a um determinado padrão de vida ou, ao menos, seguir alguns passos básicos de tal imposição. Por outro lado, e possivelmente a face mais terrível do mercado, verifica-se o recrutamento por meio da alienação, da exclusão de determinados setores da sociedade em relação às redes de produção e informação, acarretando assim em conseqüente desemprego, marginalização e formação de delinquentes sem qualquer perspectiva (DEUS. 2015, p. 6).

Insta salientar que Fanon destaca o papel da igreja como instrumento de controle social. A igreja “Não chama o homem colonizado para a via de Deus mas para a via do Branco, a via do padrão, a via do opressor” (FANON, 1979, p. 31). Mas cumpre destacar que na sociedade do século XXI a igreja perdeu muito desse poder e agora a mídia e outros veículos de grande circulação cumprem esse papel de levar o colonizado para a via de seu colonizador.

A mídia publiciza e reforça a ideia de um modelo padrão de valor ao mesmo tempo em que cumpre o seu papel no duplo recrutamento de marginalizar aqueles que estão fora do padrão, trata esses “delinqüentes” como transgressores, inimigos dos valores e esse tipo de pensamento reforça ideia na população geral de que essas pessoas marginalizadas, quando cometem algum crime devem ser punidas mais severamente com penas mais gravosas.

Tamanha influência e domínio da indústria sobre a vida das pessoas possibilitou a marginalização da população menos abastada. O aumento da concentração de capital por uma pequena parcela da sociedade em conjunto com uma postura pautada no consumo enfraqueceu o poder do Estado, pois agora o poder político começa a perder espaço para o poder econômico. Na esfera de poder o Estado passa a dividir poder com a economia, e a economia influencia na postura que o Estado vai assumir (DEUS. 2015, p.5).

A burguesia que nasceu do sistema colonial não toma consciência de si quando trai a sua classe, agindo de forma egoística no momento de priorizar os lucros, não mantendo o excedente produzido no país e indo de encontro aos interesses da própria nação ao se curvar as necessidades dos imperialistas. Tal comportamento alimenta ainda mais a exploração da mão de obra (FAUSTINO, 2013, p.226) e conseqüentemente uma relação de dominação ocorre.

Ocorre o que Fanon temia que era justamente a repetição do ciclo de dominação, onde o papel do colonizador passa a ser reproduzido pela burguesia que passa a ocupar o lugar do colono e a opressão se reveste na figura do mercado de consumo e cria, uma vez superado o colonialismo, uma nova cisão.

Com a ascensão do poder da economia de mercado, aqueles incapazes de se adequar aos moldes socialmente estabelecidos se vêem desamparados, pois a própria estrutura segregacionista criada pelo consumismo impede ou dificulta a mobilidade social, dessa forma à alternativa que se encontra na maioria das vezes é delinquir.

Confinados em lugares com pouca infraestrutura e na maioria das vezes abandonados a própria sorte não vêem no campo das possibilidades uma oportunidade de mudança, oportunidade essa que a própria sociedade de mercado destrói ao erradicar as peculiaridades culturais de cada povo e criar uma cultura única, globalizada, padronizada de tal forma que os inadequados não podem ser parte dessa cultura predominante.

Não é incomum nos noticiários ou em outras mídias de grande circulação notícias que mostram a vida de ostentação de alguns criminosos, principalmente os ligados ao crime

organizado que são geralmente associados a pessoas que ostentam roupas e outros bens de marcas que estão associadas à moda e ao luxo.

**Imagem 1** – Mansão do tráfico no Complexo do Alemão no Rio de Janeiro



Fonte: [https://noticias.uol.com.br/album/101202mansoestrafico\\_album.htm#fotoNav=2](https://noticias.uol.com.br/album/101202mansoestrafico_album.htm#fotoNav=2)

Tal comportamento por parte desse tipo de criminoso conota esse desejo de colonizado ser colono. A impossibilidade de ascensão criada pela sociedade de consumo torna o solo fértil para o crescimento do crime organizado, pois o duplo recrutamento mostra aos jovens pobres e favelados um canal para ter a vida de senhor que sempre sonhou através do crime organizado como bem evidencia esse trecho:

Este sistema de “duplo recrutamento”, inevitavelmente, fortalece e fomenta a criminalidade organizada, uma vez que aqueles sujeitos que se vêem marginalizados e excluídos também verificam a “necessidade” de delinquir para sobreviver de acordo com o modelo-padrão que lhes é imposto, inclusive no que se refere à criminalidade internacional [...] (DEUS. 2015, p. 6).

O duplo recrutamento ao fortalecer o crime organizado evidencia um processo de autodestruição coletiva descrita por Fanon, pois na tentativa de fazer parte dessa cultura predominante pautada no consumo, o criminoso incapaz de perceber sua condição de marginalizado (de colonizado), direciona sua tensão para seus congêneres e age de forma egoística para ocupar lugar de quem oprime.

Imagem 2 – Índices de homicídios em favelas

## Mortes com endereço

### Homicídios por armas de fogo

	EM FAVELAS	NAS DEMAIS ÁREAS
Nos seis primeiros meses do ano	199 homicídios	206 homicídios
Número de habitantes	1.393.314	4.929.723
Taxa de homicídios por habitante	14,2 por 100 mil habitantes	4,3 por 100 mil habitantes

### As favelas com mais assassinatos



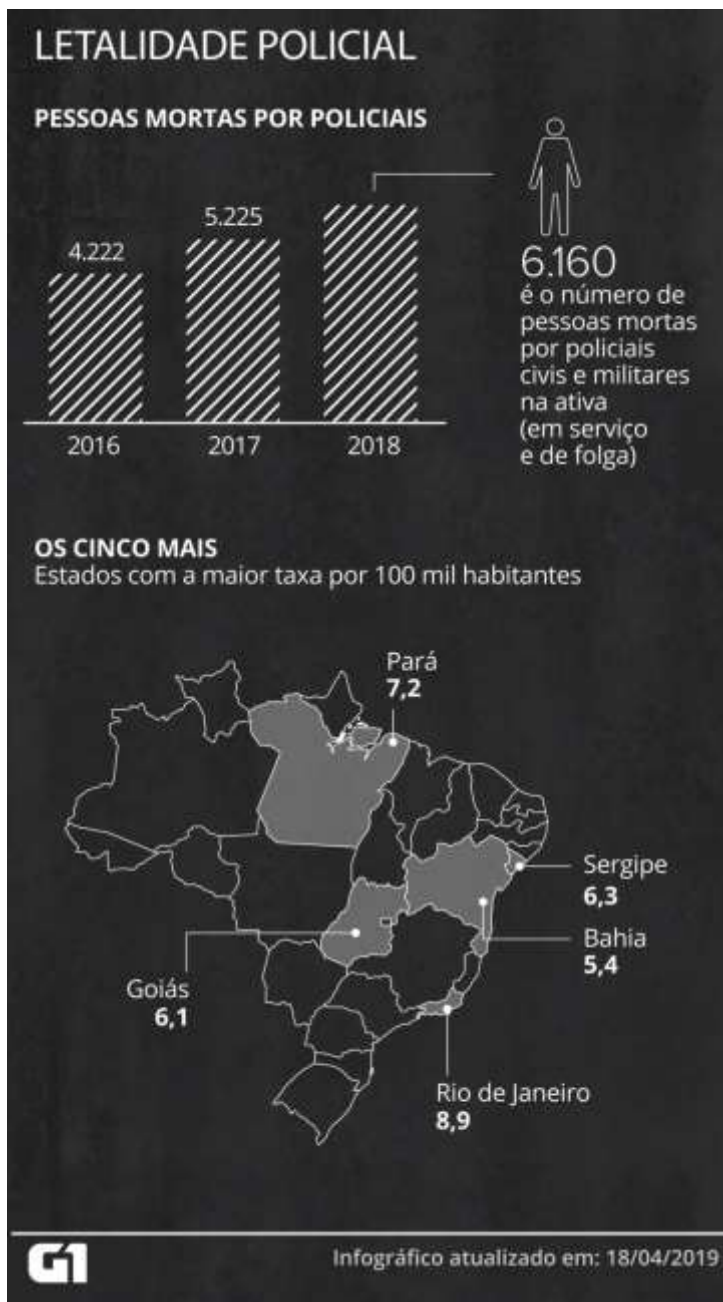
! Em dez dias de operações da Polícia Civil no Jacarezinho, seis pessoas foram mortas — uma a cada 40 horas. Em todos os seis primeiros meses do ano, somando os homicídios por armas de fogo e os autos de resistência, foram 14 mortes — uma a cada 12 dias

Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/favelas-tem-taxa-de-homicidios-por-tiros-tres-vezes-maior-do-que-as-demaiss-areas-do-rio-21728048.html>

A imagem acima exemplifica o número de homicídios, cumpre destacar a alta taxa de homicídios em favelas. Isso demonstra os altos índices de violência que resulta na morte, que é resultado não só dos problemas internos da própria comunidade, mas também um reflexo da violência estatal, e ao fazer um paralelo com o pensamento de Fanon fica evidente que as comunidades marginalizadas sofrem não só com a violência de seus dominantes, como também

estão em um processo de autodestruição coletiva e esse comportamento se perpetua como um legado do período colonial.

**Imagem 3 – Letalidade policial**



Fonte: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>

Para o colonizador, o colonizado por ser inferior só conhece a violência e essa linguagem permanece e seus reflexos perduram e se exprimem em estatísticas. A violência quando não é libertadora se tornam cíclica e punitiva, sendo o foco de violência nos locais onde os marginalizados se reúnem nas favelas, que são os locais com maior índice de violência não só de congêneres, mas da repressão policial.

O local onde se destina o emprego da violência sistemática do colonizador no colonizado, Fanon denominou como a zona do não-ser, mas é dessa mesma zona que nasce o movimento revolucionário. Afirma que as áreas destinadas a zona do não-ser são demarcadas por delegacias e quartéis de polícia que funcionam como braço armado do sistema opressor.

O modo de fazer política na zona do não-ser e em outras áreas não é a mesma, os direitos não são os mesmos apesar de estarem no mesmo território e essa cisão deixa marcas profundas e de certa forma contribuiu para a permanência do racismo geográfico.

Por serem considerados inferiores e por não possuírem condições socioeconômicas favoráveis e os altos índices de criminalidade acaba por legitimar as autoridades a agirem de forma truculenta, penalizando com mais rigor, agindo com violência e o argumento utilizado remete muito ao clássico colonizador que advoga que por o uso de medidas violentas é o único de se apaziguar os conflitos, trata aqueles que vivem nessa zona do não ser como ignorantes que não conhecem outro tipo de linguagem que não seja a da violência.

A linguagem violenta do colonizador é uma desculpa para exercer seu domínio, através do uso da força contribui para o aumento da violência e gera um processo cíclico de autolegitimação do poder. Enquanto o colonizado não perceber essa mecânica nunca será livre.

Esse processo de dominação gera no colonizado um sentimento suicida, no sentido de dizer que se torna incapaz de perceber que a origem do problema é de influencia externa e não dos próprios congêneres, sendo muitas das vezes partidários da violência contra seus semelhantes.

Neste livro Fanon avisa que a alienação colonial, como forma específica de exploração capitalista, marca indiscutivelmente a configuração da sociedade moderna fazendo com que brancos (colonizadores) e negros (colonizados), vivenciem cada qual a seu modo, a negação de sua humanidade. A criação e racialização do Outro, bem como o estranhamento daí resultante, retiram do colonizado a possibilidade de ser visto (e, conseqüentemente, de se ver) como expressão universal do gênero humano (FAUSTINO, 2013, p.220).

E essa alienação torna o colonizado indiferente ante sua situação. O mercado de consumo massifica e retira as idiosincrasias de um povo, criando um padrão do que deve ser seguido e conseqüentemente nega sua individualidade em prol de se tornar algo que não é, de se tornar algo que não seja passível de exclusão.

A cisão ocorre quando o indivíduo é separado do gênero humano e passa a ser o Outro, aquele que não é comum, um marginal, um negro, um homossexual, um mendigo...É rotulado e individuado como se não fosse parte do todo. A cultura colonizadora passa a assumir um caráter universal e comum e não uma espécie ou ramificação.

Para Frantz Fanon essa ideia de superioridade cultural é um artifício que o colonizador se vale para desarticular movimentos culturais e políticos que gerem identidade entre os colonizados, evitando qualquer tipo de identidade que possa gerar qualquer tipo de insurgência.

Quando o colonizado passa a associar sua imagem a algo indigno ou passível rejeição, Fanon chama de desmoronamento do ego e que disso surge uma ambigüidade entre a aparência exterior e a consciência, enquanto no âmbito psicológico o colonizado quer se sentir parte dos colonos, sua aparência não permite e essa ambigüidade para Fano é devastadora (FAUSTINO, 2013, p.221).

Da mesma forma que o colonizador passa por um processo de alienação o colono sofre do mesmo processo ao ser incutido nele o aspecto de superioridade, enquanto o colonizado se torna um estranho de si mesmo o colono transfere ao colonizado. Esse tipo de alienação representa a perda da humanidade, a perda daquilo que é mais basilar independente de raça ou etnia

Apesar de ter fortes influencias de Marx, Fanon afirma que tomar os meios de produção não é suficiente, pois existem questões que vão além de classe social ou condição econômica,

destaca a relevância da condição racial que não é tratada por Marx. Além dos meios produção deve-se erradicar qualquer relação social hierárquica que gere opressão.

Na revolução existe o risco de ocorrer apenas a inversão de papéis, pois no ímpeto da mudança mora o ressentimento. Nesse sentido Fanon evidencia que o processo revolucionário não pode ter por base as velhas estruturas, tem que ser algo verdadeiramente novo para que se evite que o oprimido passe a ser opressor e que um novo ciclo se inicie.

O sistema colonial não representa somente um momento histórico, essa alienação descrita não é um momento estático no tempo, mas também representa um estado mental, por isso o pensamento de Fanon não deixa de ser atual, pois esse sentimento entre colono e colonizador deixou seu legado e por mais que o momento histórico tenha passado, no aspecto psicológico isso é bem vívido.

Como citado anteriormente o mercado capitalista assume esse papel de colonizador, cria estruturas que segregam daqueles que tem poder de consumo e daqueles que são da zona do não-ser e que se tornam exemplo a não ser seguido, marginalizados assumem o papel do estranho, do Outro que sofre com a violência não só do colonizador, mas também de seus pares num processo suicida oriundo da alienação „ onde se é quebrado quando há a união dos colonizados em um processo revolucionário que rechaça completamente qualquer legado que o colonialismos possa deixar.

## CONCLUSÃO

O capitalismo propiciou ao humano crescimento em diversos aspectos e avanços econômico e tecnológico, mas o consumismo desenfreado combinado com a criação de uma cultura que mede felicidade e sucesso pelo poder econômico e pelo quanto pode consumir é assaz prejudicial.

Tal pensamento distorcido cindiu o mundo entre aqueles que podem consumir e aqueles que não podem consumir. A esse segundo no mundo do imperialismo capitalista cumpre um papel aviltante de servir de exemplo daquilo que não deve ser. Esses ocupam as camadas da sociedade que não detém poder econômico, portanto o dominante marginaliza e segrega o dominado, que cria um sentimento de inveja, o oprimido deseja se tornar opressor e quando em virtude da lei e da própria constituição da sociedade impossibilita esse mudança de paradigma, o dominado encontra na criminalidade o caminho para a realização de seu desejo.

O criminoso na busca de seu desejo age de forma egoísta e inconsciente da própria condição de dominado ataca os seus congêneres. Dessa forma reforça aos que detém o poder de agir como agem, segregando e marginalizando, penalizando duramente aqueles considerados inferiores e irracionais, pois se consideram curadores com poderes ilimitados do destino e da vida dos dominados.

Não é o intuito dessa discussão exordiar a conduta delituosa, mas evidenciar que a criminalidade tem raízes que ultrapassam a subjetividade do criminoso e que essas práticas podem ter origem mais basilar na forma em que a sociedade se estabelece. No caso em tela a criminalidade pode fundamentar-se em um desejo patente do criminoso em ascender socialmente, ter um poder que na sua comunidade não era possível.

Cumpramos ressaltar que esse assunto é assaz difícil e profundo, e o remédio talvez não seja evidente, mas talvez seja imprescindível para uma mudança de paradigma social a consciência do dominado sobre si próprio, o dominado precisa tomar consciência de seu aviltamento e perceber que não é inferior a quem domina, além de ver que a revolução não é algo individualista e não se

encerra apenas no âmbito do pensamento e na subjetividade, mas urge por uma postura coletiva, militante e pró-ativa.

## REFERÊNCIAS

DEUS, Jardel Sabino de. **Os Direitos Fundamentais, a Sociedade de Risco e a (In) eficiência da Expansão do Direito Penal como Forma de Diminuição da Criminalidade na Era Globalizada**. 2015. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/ OS\\_ DIREITOS\\_ FUNDAMENTAIS .pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.pdf)>. Acesso em 30 set. 2019.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FAUSTINO, Deivison Mendes. Colonialismo, racismo e luta de classes: a atualidade de Frantz Fanon. **V Simpósio Internacional Lutas Sociais na América Latina**, v.5, 2013.

LIPPOLD, Walter Günther Rodrigues. O pensamento anticolonial de Frantz Fanon e a Guerra de Independência da Argélia. **Monographia (FAPA)**, v.1, p. 1-20, 2005.

ORTIZ, Renato. Frantz Fanon: um itinerário político e intelectual. **Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar**, v. 4, n. 2, p. 425, 2014.

**Pedro Sampaio Minassa**

Bacharel em Direito (UFES)

**Stefanni Fonseca Jabert**

Bacharela em Direito (UFES)

### INTRODUÇÃO

De início, cumpre clarificar que se almeja mapear tanto a cronologia histórica, quanto as possíveis causas de relevo quando dos recentes impulsos migratórios que tiveram lugar no território brasileiro das últimas décadas à atualidade. Território este, que tem se tornado palco político e social de crescente dispersão discursiva de ódio, atingindo invariavelmente minorias étnicas e imigrantes que adentram a sociedade brasileira, trazendo consigo suas nuances culturais e modos de vida social. Trata-se, pois, da novel face daquilo que o insigne filósofo francês Michel Foucault denominou por *racismo de Estado* (FOUCAULT, 2010), conceito que dialoga integralmente com a presente investigação.

O objeto de estudo que perfaz o título focalizará, principalmente, no entendimento fenomenológico do fascismo social, cuja concepção o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos afasta do tradicional regime político fascista que teve lugar no Norte Global no último século. Boaventura sustenta a tese de que o fascismo social configura-se substancialmente num modelo social, o qual diz muito mais sobre o estado da arte civilizacional de um determinado povo, do que propriamente de um determinado momento político de um governo.

Baseando-se em tal construção que, em algum ponto, toca o institucionalismo e a capacidade responsiva do ordenamento jurídico, buscar-se-á demonstrar como o ambiente nacional hodierno tem sido fértil para a disseminação do referido fenômeno e quais as respostas que o Estado encerra diante disso. É flagrantemente nesse contexto, que os movimentos migratórios aportam no Brasil do Século XXI, sendo que destes, o contingente de refugiados por questões sócio-político-ambientais é considerável.

Dessarte, indagações deverão ser uma constante, ora ao arcabouço jurídico que o corpo legislativo e judicial brasileiro tem dado à realidade da escalada de imigrantes no território, ora ao arcabouço das Ciências Sociais, eis que permanentes os conflitos decorrentes da homogeneização cultural, do assimilacionismo, da conservação/destruição da memória coletiva e da etnicidade.

Observar-se-á, ao cabo, que a ideia de “gestão controlada da exclusão”, cunhada por Boaventura em sua *A Gramática do tempo: para uma nova cultura política* (DE SOUSA SANTOS, 2006), nunca se fez tão premente quanto no contexto do fascismo social à brasileira, morada hostil aos sujeitos das políticas migratórias. Da segregação total à aparente política de inserção social, há de se perguntar: será que a sociedade e o Estado brasileiros têm respondido adequadamente à eliminação da exclusão étnica, ou apenas realizam - quando o fazem - uma gestão controlada da mesma?

De Jason Stanley (STANLEY, 2018) é a lição de que, em última análise, viemos a instaurar a política do “nós e eles”, ou seja, a partir de certos interesses, a sociedade tornou-se capaz de tolerar o antes intolerável, normatizando uma ideologia agressiva e autoritária com aquele que é visto como estranho no meio, a fim de repeli-lo. Portanto, por meio dessa narrativa e com a



constatação da ocorrência do fascismo social no contexto pátrio, buscar-se-á traçar, quando possível, alternativas sugestivas à realidade que se impõe, enraizada em muitos dos discursos e atos políticos e jurídicos, e servindo-se do desentranhamento do comportamento cotidiano, conforme enunciado por Gilles Deleuze e Félix Guattari em *O Anti-Édipo: Capitalismo e Esquizofrenia*. (DELEUZE; GUATTARI, 2011)

## **POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NO BRASIL: MARCOS LEGAIS E QUANTITATIVOS**

### **Análise histórico-jurídica da legislação atinente ao tema**

Embora sabido que o fluxo migratório está em crescente ascensão, não necessariamente pode-se afirmar que os Estados-Nação acompanharam tal crescimento com mudanças políticas satisfativas para se adequar à nova realidade. Assim, em um primeiro momento, analisaremos os diplomas legislativos pátrios que disciplinam a temática, o que permitirá traçar um panorama de eventuais avanços e retrocessos na política migratória brasileira.

Segundo Antônio Tadeu Ribeiro, no trabalho intitulado "*Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças*" (RIBEIRO, 2017), as políticas migratórias brasileiras estavam defasadas em relação a sua atual conjuntura democrática, tendo em vista que seu marco regulatório era baseado na segurança nacional.

Nas últimas décadas do século XX e anos posteriores, o fluxo migratório tanto de brasileiros para o exterior quanto de estrangeiros para o solo nacional, tornou indispensável a revisão da legislação atinente ao tema, já que a migração internacional era regulada por normas implementadas no período do Regime Militar (1964-1985), no sentido de que "deveria manter de fora das nossas fronteiras aqueles que 'pretendiam vir causar desordem em nossas plagas'" (RIBEIRO, 2017, p. 171).

O Conselho Nacional de Imigração (CNIg) que foi criado com o advento da Lei nº 6.815/1980 (revogada pela Lei nº 13.445/17), conferiu manutenção à política do "mobilizar, selecionar e localizar" que predominou nas políticas migratórias do país, com a preocupação em atender demandas trabalhistas estrangeiras.

O CNIg tem suas competências dispostas no Decreto nº 9.199/17, sendo um órgão quadripartite, composto por representantes de órgãos federais, representantes dos segmentos de empregadores e de trabalhadores, além de representante da sociedade civil, formulando a política migratória laboral brasileira por meio de Resoluções Normativas e editando Resoluções Conjuntas. Suas principais atribuições são: a) formular a política nacional de imigração; b) coordenar e orientar as atividades de imigração laboral; c) efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão-de-obra imigrante qualificada; e d) promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração laboral.

Outro dispositivo importante é a Resolução Conjunta nº 1, de 9 de outubro de 2018, que dispõe sobre a concessão de autorização de residência, associada à questão laboral, ao solicitante de reconhecimento da condição de refugiado junto ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), sendo o CNIg o órgão responsável pela citada concessão. Ainda, neste ínterim, fora publicado o Decreto 8.660/16, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de legalização de documentos públicos estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961.

Ribeiro explica que, a partir da década de 80, a questão migratória voltou a ter relevância na agenda política e social brasileira, tendo em vista a necessidade de restabelecimento do controle governamental tanto dos brasileiros emigrantes, que ficavam vulneráveis em territórios

estrangeiros, quanto da entrada irregular e massiva de trabalhadores de outras localidades em solo brasileiro.

Mesmo com todos esses avanços em aspectos humanitários, em verdade, o que se produziu foram normas em diferentes estratos hierárquicos, porém sem que houvesse um panorama estratégico no plano político, isto é, resolutivo da urgência das questões migratórias, com a necessidade e a profundidade que requerem. Frise-se, todavia, que no plano internacional, a adoção de programas para a proteção das garantias e dos direitos dos imigrantes já era uma tônica.

Após longo período de debates e incongruências entre o arcabouço legal e as demandas sociais, na tentativa de buscar algum consenso, foi apresentado no Senado Federal o PLS n. 228/2013 com o objetivo de, entre outros, fazer avançar o estatuto jurídico da questão migratória na direção das garantias e dos direitos. Ressalta-se que, após o trâmite na Câmara dos Deputados sob o número de Projeto de Lei 2.516, o texto inicial sofreu algumas alterações, resultando em 2017, na sanção pelo então presidente da República daquela que viria a ser conhecida como a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

Embora tenha sofrido muitos vetos, o diploma representou, em fins práticos, um avanço da tratativa da questão migratória no Brasil, criando melhores perspectivas e proteções aos coletivos migrantes já situados em solo nacional, aos que estão por vir e, também, aos próprios brasileiros migrantes rumo ao exterior, encerrando finalmente o descolamento entre o Estatuto do Estrangeiro – criado sob a égide de um regime de exceção – e o regime democrático.

Entretanto, diante do cenário de *fascismo social* que assombra a atualidade brasileira, dentro de suas características, é constante a ameaça aos direitos conquistados por minorias sociais no país nos últimos anos, inclusive no tocante aos assuntos migratórios.

O ano de 2019 começou com o exercício do então eleito Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que se alinhou às políticas de extrema-direita em plena expansão pelo globo, trazendo à tona uma perspectiva sombria, permeada de incertezas, quanto aos direitos positivados e supostamente conquistados pelos grupos migratórios no Brasil no trilhar dos últimos eventos histórico-legislativos, tendo em vista o recorrente e hostil discurso por tais tipos de governança aos fluxos migratórios.

Muito embora a Lei de Migração deva ser interpretada à luz do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os ataques sofridos vindos do governo brasileiro na sequência do ano de 2019, foram no sentido de que o diploma aprovado um ano antes, teria concedido demasiadamente direitos aos migrantes, o que comprometeria a soberania nacional. Em termos práticos, temos o exemplo do CNIg que, antes ligado à pasta do Ministério do Trabalho (pasta extinta pelo governo no mesmo ano), passou a compor o Ministério da Justiça.

Assim, num contexto político que não se mostra compassado com a expansão dos direitos sociais, nasceu o Projeto de Lei nº1928/2019 que, após uma série de adendos apresentados pelo líder do governo no Senado, a pedido do Ministério da Justiça, apresentava uma série de emendas que, além de distorcer os princípios da recente Lei de Migração, pretendia promover o endurecimento de entrada de pessoas no país, ao contrário do projeto inicial que visava simplificar a emissão de visto para jovens imigrantes interessados em trabalhar e estudar no Brasil.

Tais tentativas de emenda ao projeto, que incluíam exigências e medidas que vão de encontro à legislação brasileira vigente, feriam, segundo representantes da sociedade civil ligados

à temática migratória<sup>1</sup>, a dignidade dos imigrantes. O projeto foi encerrado a pedido do próprio autor, o senador Acir Gurgacz (PDT-RO), tendo em vista as distorções do texto. Uma conquista recente da sociedade civil brasileira face ao avanço dos retrocessos dos direitos conquistados por meio da Lei de Migração.

Todavia, embora o referido projeto tenha sido encerrado, a tentativa de emendas promovidas a pedido do Ministério da Justiça sinaliza claramente o posicionamento do Governo Federal em relação à temática migratória, fazendo com que a sociedade brasileira viva em constante estado de alerta diante da iminência de retrocessos.

### **Análise do fluxo migratório no Brasil contemporâneo e suas implicações**

Na presente seção, analisaremos os dados acerca dos movimentos migratórios, que têm lugar no Brasil contemporâneo e as suas implicações. Da base de dados de dois organismos da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o tema, quais sejam o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional para Migrações (OIM), levantaremos alguns dos principais dados que informarão brevemente a situação da imigração no mundo. Doutra banda, a partir da plataforma de dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), trataremos de traçar as nuances desses fluxos, tendo como foco específico o Brasil.

Segundo a OIM, a migração humana é uma definição ampla que abarca algumas classificações internas. Por ser geral, a migração humana pode ser entendida, na esteira daquela organização, como a movimentação de indivíduos ou grupos, seja interna ou externamente ao Estado, independentemente das causas, motivações, composição e extensão desses fluxos. Nesse sentido, migrante é todo e qualquer sujeito que pelas mais diversas razões se vê em trânsito, temporário ou permanente, para outro Estado, ou mesmo dentro de seu próprio território pátrio.

Acontece que por ser demasiadamente ampla a definição, isto é, por englobar a um só tempo deslocados internos, deslocados forçados externos (refugiados), solicitantes de asilo, migrantes por razões econômicas e outros, teremos, por ora, como principal objeto de análise, a situação dos migrantes que se dirigiram ao Brasil nas últimas décadas, por motivos específicos em seus países de origem, sobretudo os refugiados.

No cenário internacional contemporâneo, o Brasil, malgrado ainda não figure como um expressivo país de destino das migrações, viu sua importância redimensionada com o crescente aumento nos números de imigrantes em sua série histórica, já nos primeiros decênios deste século. Somente no lapso temporal de 2011 a 2018, foram registrados cerca de 774,2 mil imigrantes devidamente registrados no Brasil, considerando todo o espectro de tipos migratórios aí concernentes (CAVALCANTI et al., 2019, p. 02).

Este número é ainda maior se considerarmos a zona cinzenta entre aqueles imigrantes já regularizados e registrados no país e os que ainda não o foram. Um outro exemplo disso, é que em junho de 2019, o ACNUR, por meio de seu *Relatório de Tendências Globais*, elencou os países que mais receberam solicitações de refúgio em 2018 e, dentre eles, o Brasil ocupava o sexto lugar. (ACNUR, 2019)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. <https://migramundo.com/projeto-que-distorcia-lei-de-migracao-tem-tramitacao-encerrada-no-senado>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

<sup>2</sup> Neste ponto, merece destaque ainda que de acordo com o CONARE, na 4ª edição do Relatório “*Refúgios em Números*”, o Brasil reconheceu em 2018, um total de 1086 refugiados fazendo com que o país atingisse a marca de

Fato é que, se na vanguarda os Estados receptores das mais vultuosas levas de imigrantes do Sul Global estavam concentrados no Norte Global, esta realidade tem sido paulatinamente redimensionada com o fenômeno da chamada “migração Sul-Sul”, em que países como Brasil, África do Sul, Índia e outros, têm superado os ápices de seus marcos quantitativos históricos com a chegada de imigrantes provenientes de seu próprio hemisfério, muitas vezes de Estados vizinhos.

No mundo globalizado, os movimentos migratórios se tornaram cada vez mais frequentes entre países e dentro de países. A globalização, porém, não conseguiu responder à altura os problemas que o deslocamento forçado interno e o refúgio impuseram no âmbito internacional nas últimas décadas. O *Informe sobre as migrações no mundo de 2018* da OIM aponta para a inauguração de uma nova era na seara dos deslocamentos humanos no globo. Senão, vejamos.

En los últimos años, también hemos sido testigos de un aumento significativo del número de desplazamientos, tanto internos como transfronterizos, debido principalmente a conflictos civiles y transnacionales, en particular a actos de extremismo violento perpetrados fuera de las zonas de guerra efectiva. Los datos actuales indican que en 2016 existían 40,3 millones de desplazados internos en todo el mundo y 22,5 millones de refugiados. Además, se estima que el número total de personas en situación de desplazamiento en todo el mundo ha alcanzado niveles sin precedentes. (MIGRACIÓN, 2018, p. 03)

Nessa toada, chama atenção o perfil de deslocados no mundo nos últimos anos. A OIM destaca que no ano de 2015, a maioria dos migrantes internacionais já se encontrava em idade de trabalhar, isto é, compunham a população economicamente ativa de seus países, tendo entre 20 e 64 anos (MIGRACIÓN, 2018, p. 17). O número de refugiados no mundo, outrossim, ajudou a avolumar os índices de deslocados totais. O ACNUR, em levantamento de dados de 2018, aponta para 70,8 milhões o número de pessoas forçadas a se deslocar pelo globo, sendo que dessas, 25,9 milhões eram refugiados e 3,5 milhões ainda em condições de solicitantes de refúgio (ACNUR, 2019).

O perfil dos refugiados e solicitantes de refúgio também se alterou nos últimos anos, com o agravamento de conflitos civis em regiões específicas do mundo, como Síria, Venezuela e Haiti, por sinal, os três países de maior destaque nas migrações direcionadas ao Brasil. Mais da metade dos refugiados do ACNUR são oriundos de apenas três países, dos quais a Síria responde sozinha por 6,7 milhões. A Venezuela foi o país com o maior índice de novas solicitações de refúgio em 2018, respondendo por considerável fração dos 341,8 mil novos solicitantes totais (ACNUR, 2019).

Assim, a situação dos países de origem donde saem os substanciais fluxos migratórios rumo ao Brasil é marcada, em linhas gerais, por: conflitos civis, perseguições em razão de opiniões políticas e crises humanitárias e ambientais. Podemos, dessa forma, estabelecer tais elementos como os principais fatores que têm levado à formação de um perfil sociodemográfico de imigrante em território brasileiro. Para tanto, alguns órgãos públicos fazem levantamentos periódicos dessas informações sobre variados aspectos relativos aos imigrantes no país.

Nesse sentido, foi criado em 2013 dentro do quadro do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), inicialmente vinculado ao Ministério do Trabalho, agora sob o jugo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), em parceria com pesquisadores e acadêmicos da Universidade de Brasília (UNB), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e ainda com a participação, por meio do fornecimento de dados, da Polícia Federal (espécie de acordo de cooperação técnica).

---

11.231 pessoas reconhecidas como refugiadas pelo Estado brasileiro. Desse total, os sírios representam 36% da população refugiada com registro ativo no Brasil, seguidos dos congolezes, com 15% e angolanos, com 9%.

Entende-se desde já que, apesar das mudanças estruturais na organização administrativa na gestão federal, tal órgão deve manter-se como parte de uma política de Estado, pois através do mapeamento e estudo qualificados de dados sobre imigração consegue-se delinear as políticas públicas pelos diferentes entes federados, não só pela União.

Aliás, num cenário político em que a imigração é tratada, quando muito, como questão de governo – vide a retirada desta temática dos critérios do questionário do Censo 2020 do IBGE –, a manutenção do acordo subjacente ao OBMigra é indispensável a uma garantia da permanência de uma política continuada do Estado brasileiro, em respeito não só à Constituição Federal e à Lei n. 13.445/2017 (especialmente seu art. 3º), mas também a todos os documentos internacionais aos quais o Brasil é parte, como a Declaração de Brasília de 2010 e as anteriores: Declaração de Genebra de 1951, Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 e o Plano de Ação do México de 2004.

A opinião pública e as percepções sobre a migração variam entre os países e mudam no decorrer dos anos (IOM, 2011, p. 3), entretanto, a proteção dos direitos dos migrantes está inscrita em convenções internacionais, jurisprudência de cortes de direitos humanos e acordos regionais e bilaterais sobre migrações, sendo indiscutível sua multidisciplinaridade, assim como sua inquestionável inserção no direito internacional dos direitos humanos, concepção acolhida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR (1992a). (LIMA et al., 2017, p. 24)

Na sequência do que vinha fazendo nos anos anteriores, o OBMigra publicou o Relatório Anual (2019) que revela relevantes dados estatísticos acerca do tema no Brasil. O relatório é fruto dos estudos desenvolvidos pelo Observatório ao longo do ano anterior à sua publicação e de acesso público por meio da plataforma DataMigra. Passemos, então, à análise de alguns dos dados do precitado relatório.

A maioria dos imigrantes que chegam ao país é composta de indivíduos do sexo masculino, jovens e com nível de escolaridade médio e superior. Desde logo, observa-se que o perfil do imigrante no Brasil não condiz com muitos dos estigmas propalados pela opinião pública, tais como a generalização discursiva, por vezes endossada por líderes políticos, de desqualificação da mão de obra imigrante.

Nesse diapasão, quase a metade dos trabalhadores imigrantes no fluxo de 2018 tinham o nível médio completo, com crescimento ao longo da série histórica (CAVALCANTI et al., 2019, p. 02-05). Ainda com relação aos dados da imigração em cotejo com a noção de trabalho e mão de obra, destaca-se que os haitianos, grupo que se estimava em 50.000 no país nos termos de 2014 (OIM, 2017, p. 52)<sup>3</sup>, figuraram, dentre os imigrantes, como a principal nacionalidade no mercado de trabalho formal em 2018 (CAVALCANTI et al., 2019, p. 2).

Deve-se, contudo, atentar para a inoportuna associação feita do imigrante como potencial ativo econômico para o país que o recebe, percepção um tanto quanto utilitarista dos movimentos migratórios. Questão esta, que se tornou ainda mais patente diante da “facilitação” da emissão de carteiras de trabalho pelo governo brasileiro nos últimos anos, tanto para refugiados, quanto para solicitantes de refúgio. Em 2018, o número de carteiras de trabalho emitidas para tais grupos apresentou o maior fluxo do lapso 2011-2018, totalizando 36.384. (CAVALCANTI et al., 2019, p. 2)

---

<sup>3</sup> Durante o ano de 2010 pequenos grupos de haitianos, que não somavam duas centenas de imigrantes, chegaram à fronteira brasileira com o Peru. Ao final de 2011 havia indicações da presença de mais de 4.000 haitianos no Brasil (COSTA, 2012; SILVA, 2013), número este que não cessou de aumentar, sendo que ao final de 2013 estimava-se que o montante já teria ultrapassado a casa dos 20.000 imigrantes, com indicações de que o número total poderia chegar a 50.000 ao final de 2014”.

Dessa feita, por mais imperativa que seja a implementação de políticas públicas voltadas para a capacitação e inserção dos imigrantes, sobretudo refugiados, no mercado de trabalho brasileiro, deve-se primeiro saber das condições e circunstâncias em que se deu o deslocamento forçado, as implicações psicológicas no indivíduo que solicita o refúgio e, principalmente, se há volição do indivíduo, sob pena de se estar a estabelecer uma lógica puramente economicista, que ao fim e ao cabo configura espécie de trabalho compulsório.

Confirmando a tendência do fenômeno “migração sul-sul”, o relatório explicita ainda que os imigrantes classificados como de “longo termo” (i.e., aqueles não meramente temporários<sup>4</sup> no país) são oriundos majoritariamente do Sul Global. A título de exemplo recente dessa conjuntura, tomemos os dados acerca dos imigrantes venezuelanos no Brasil.

[...] boa parte dos venezuelanos que pedem refúgio vem por uma migração terrestre oriunda da fronteira Santa Elena de Uairén-Pacaraima. A esse respeito, o saldo dos números de entrada e saída dos venezuelanos no Brasil chega próximo aos números de pedidos de refúgio. Em 2016, entraram pelo ponto de migração terrestre na fronteira 56.800 venezuelanos e retornaram 47.108, o que permite uma aproximação em torno de 9.700 venezuelanos que ficaram em território brasileiro. Em 2017, entraram por Pacaraima 24.379 (até 10.07.2017) e retornaram 13.868, o que contabiliza, em termos líquidos, 10.511 venezuelanos, número mais próximo aos 7.600 pedidos de refúgio contabilizados no primeiro semestre de 2017. (DA FROTA SIMÕES, 2017, p. 22)

A concepção de imigração como ônus ao país de destino, no caso do Brasil, é invariavelmente replicada nos discursos (às vezes, institucionais) do Governo Bolsonaro e reproduzida em algumas redes de comunicação de massa. É uma noção deturpada de imigração, por considerá-la ora como ativo econômico, ora como passivo social, que coloca em causa o “progresso” nacional e, conseqüentemente, a “soberania” do Estado “pseudo-receptor”.

Causa ainda maior estranheza, quando os canais discursivos de hostilidade à figura do imigrante adentram os feixes sociais, sendo avalizados pela completa e generalizada desinformação pública, *v.g.* em 28 de dezembro de 2018, pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha apontou para uma proporção de dois em cada três brasileiros que defendiam maiores restrições no controle à entrada de imigrantes no país. (DATAFOLHA, 2018)

A busca pela continuidade na implementação da Lei de Migração, bem como das políticas públicas desenvolvidas nos últimos anos pelo Estado brasileiro, inclusive com reconhecimento internacional – o Brasil, por meio do CONARE, se tornou o primeiro país das Américas a oferecer vistos humanitários aos refugiados sírios (LIMA et al., 2017, p. 55) –, deve ser uma luta permanente da sociedade civil, superando a apatia cívica a que o fascismo social tanto potencializa e da qual tanto se alimenta, tal como veremos a seguir.

## **O FASCISMO SOCIAL E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS**

O presente tópico, ponto central do trabalho, pretende discorrer sobre a ótica fascista, desde a sua construção e disseminação até seus possíveis resultados e, ao fim, propor uma possível superação da preocupante e atual conjuntura sócio-política que vivenciamos em pleno século XXI.

Muito embora se tenha aprendido, de uma forma geral, que o fascismo foi um momento histórico vivenciado na Itália e sobretudo na Alemanha nas primeiras décadas do século XX, a verdade é que para além de um acontecimento, o fascismo é um ideal que rotula qualquer tipo de

---

<sup>4</sup> O Relatório Anual de 2019 aponta que os índices de imigrantes temporários são majoritariamente provenientes do Norte Global em clara contraposição ao perfil daqueles de “longo termo”, oriundos, como visto, maciçamente do Sul.

“ultracionalismo (étnico, religioso, cultural), no qual a nação é representada na figura de um líder autoritário que fala em seu nome” (STANLEY, 2018), sem que necessariamente seja fruto de um regime "antidemocrático".

Seguindo a leitura de Stanley, filósofo norte-americano estudioso do neofascismo, a construção do fascismo se dá com o emprego e perpassar de segmentos ou fases como a criação de um passado mítico, a propaganda, o discurso anti-intelectualista, a hierarquia, entre outros, para que se sedimente tal estado.

Para o que diz respeito ao presente trabalho, enfatiza-se a desumanização de segmentos promovida pela política fascista, tendo em vista a exclusão de determinados grupos, limitando a capacidade de empatia dos outros cidadãos, levando à justificação de tratamento desumano, degradante e com a privação da liberdade, como no caso das jaulas humanas utilizadas por Trump, em meados de 2018, para separar as crianças imigrantes de seus pais que atravessaram a fronteira de forma irregular.

Vale ressaltar que a política fascista pode desumanizar grupos minoritários mesmo quando não há o surgimento de um Estado explicitamente fascista, ou seja, a partir da ênfase da distinção entre determinados grupos, associado com uma política de diminuição de um perante o outro, estamos tratando de uma ideologia fascista.

Partindo dessas premissas e do momento histórico que nos encontramos, o sociólogo Pablo Ornelas Rosa (2019), ao estudar no Brasil os reflexos da política atual e a trajetória pela qual se desenvolveu, nos traz a noção de que, a partir da segunda década do século XXI, podemos constatar uma mudança nos posicionamentos políticos ao redor do globo,

[...] uma vez que distintas perspectivas neoconservadoras fundadas tanto em uma espécie de revisionismo histórico quanto em fundamentalismo financeirizado passaram a ocupar um lugar cada vez mais central nas decisões políticas de muitos países. Assim, o Estado de bem estar social, presumidamente assegurado por políticas progressistas, acabou entrando em declínio concomitantemente com a garantia de parte dos direitos constitucionais, conforme pudemos verificar com o fim de certa dimensão de uma democracia participativa presente no modelo dos conselhos de participação da sociedade civil, que foram extintos no centésimo dia do governo do presidente da república Jair Bolsonaro (PSL), que se assumiu declaradamente conservador. (ROSA, 2019, p. 19-20)

Ainda quanto aos mecanismos de construção do fascismo, temos acentuado no atual governo a criação de um passado mítico associado com a propaganda, o que legitimou e foi causa essencial para que se elegeesse. Quanto ao passado mítico, tem-se a tentativa de retomar supostos valores que foram enfraquecidos junto com a nação diante de ameaças trazidas com o globalismo e valores universais. Já a propaganda é utilizada, a grosso modo, como veículo que além de propagar, dissimula e oculta os objetivos claramente políticos, dando-os um disfarce de ideais amplamente aceitos, com base no anti-intelectualismo.

Em tempos onde a internet tem sido o maior veículo de informações e que as mesmas se tornam cada vez mais consumidas e propagadas sem maiores filtros e de forma completamente superficial, as redes sociais contribuíram de forma acentuada não só para o resultado eleitoral no Brasil, mas também para grande parte dos países que atualmente seguem a mesma linha política de extrema direita.

Assim, ainda segundo Rosa, ao tratar da catarse cibercartográfica acerca do que chamou de *novíssimas direitas*, embora possamos observar as diferentes abordagens associadas nos pensamentos liberais conservadores que passaram a ocupar locais cada vez mais relevantes nas decisões de governo de muitos países, tal advento não pode ser visto de forma tão inocente, pois

apesar de termos a sensação de estarmos nos tornando cada vez mais conservadores no que se refere às nossas condutas cotidianas morais, não é possível realizarmos esse tipo de análise sem considerarmos a governamentalidade algorítmica e toda a construção de *Big Data* que passou não apenas a prever, mas a orientar o nosso comportamento, assim como são impraticáveis investigações acerca do campo político e econômico na contemporaneidade que desconsiderem as implicações das *fake News* nas mais distintas eleições ocorridas a partir da segunda década do século XXI, a exemplo dos Estados Unidos, com a vitória de Donald Trump, do Brasil com o triunfo de Jair Bolsonaro e até mesmo a saída do Reino Unido da União Europeia, fenômeno conhecido como Brexit. (ROSA, 2019, p. 84)

Neste contexto, podemos observar de forma clarividente que o Brasil está com a política do fascismo em pleno vigor, tendo em vista que a mesma é observada a partir do emprego das táticas que são utilizadas para que se chegue ao poder e, os regime que eles praticam, em grande parte, são determinados por condições históricas específicas, já que a política fascista não necessariamente conduz a um estado explicitamente fascista.

No que diz respeito ao Brasil, a construção de uma política fascista, explicada a partir do pensamento de Stanley, foi de suma importância não só para a ascensão dos grupos neoconservadores, mas também e, principalmente, para a chegada dos mesmos até o poder, culminando no atual estado de esfacelamento das supostas garantias que comporiam o contrato social.

Fascismo social foi o termo encontrado pelo sociólogo luso, Boaventura de Sousa Santos, para definir o modelo social presente em diversas partes do globo no atual século e que, por suas características inerentes, tendem a reproduzir os sustentáculos discursivos do fascismo enquanto regime político. Importante para uma abordagem sobre o fenômeno será enunciar brevemente o contexto teórico em que o autor o insere, nomeadamente nos critérios de exclusão/inclusão do contrato social, como veremos a seguir.

A corrente contratualista do Século das Luzes (Séc. XVIII), encabeçada principalmente por John Locke e Jean-Jacques Rousseau, dispunha através de diferentes concertos teóricos, que a sociedade caminharia no sentido de abandono do estado de natureza (da barbárie) rumo ao estado civil e que por meio da instituição de um governo das leis, o monopólio do uso da força restaria suficientemente ordenado e centralizado na figura do representante, trazendo liberdade e bem comum ao povo. Para tanto, a transição entre os dois estágios deveria ser instrumentalizada por meio de um contrato social, em que houvesse efetivamente a renúncia à autotutela e a criação de mecanismos de heterotutela junto a um governo civilmente representado.

Acontece que a teoria contratualista viu-se contrariada, ora pela doutrina a ela posterior, ora pela realidade fática do Estado Moderno que não confirmou muitas de suas premissas. Boaventura aponta que o contrato social tal como definido pela precitada corrente não revela o real conflito a ele subjacente. Para o autor, é sobre a esteira dialética entre regulação e emancipação social que se assenta o contrato social, devendo gerir permanentemente interesses e vontades conflitantes e de diferentes escalas, sempre entre o particular e o geral, o individual e o coletivo.

Dessa feita, o contrato social é, por natureza, objeto de tensão constante entre entes sociais no sentido de sua inclusão ou exclusão. Para que possa ser efetivado o contrato social numa sociedade eminentemente desigual, como o é a brasileira, os critérios de inclusão/exclusão ao seu acesso são bem vastos face aos sujeitos que poderão usufruir ou não das benesses do estado civil, como a liberdade e o bem-estar. Diante disso, o sociólogo apresenta dentre vários critérios de exclusão que encerra o contrato social, a cidadania territorialmente fundada.



[...] O segundo critério é o da cidadania territorialmente fundada, pelo que é fundamental distinguir dos cidadãos todos aqueles, que não sendo cidadãos, partilham com eles o mesmo espaço geopolítico. Só os cidadãos (homens) são parte do contrato social. Todos os outros – sejam eles mulheres, estrangeiros, imigrantes, minorias (e, às vezes, majorias) étnicas – são dele excluídos. Vivem no estado de natureza mesmo quando vivem na casa dos cidadãos. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 318)

A cidadania territorialmente fundada consiste, pois, no critério impeditivo das minorias que pretendem aceder ao contrato social e que, ainda que territorialmente ocupantes do mesmo espaço geográfico, são obstadas de fazê-lo. As políticas migratórias num cenário de fascismo social pautam-se, portanto, necessariamente neste critério, na medida em que toda minoria étnica imigrante dificilmente logrará êxito em fruir dos direitos que o contrato social atribui a determinado grupo dentro do arranjo social, por mais que com este mesmo grupo compartilhe o chão da cidade.

O presente critério, outrossim, tem que ver com a face do fascismo social a qual o autor chama de *fascismo do apartheid social*, isto é, “trata-se da segregação social dos excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas” (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 334). Ao cabo, é-se cidadão na cidade, quando se pode adentrar no contrato social e é-se indigente na mesma cidade, quando restrita a sua inclusão ou quando imposta a sua exclusão. Os excluídos, *in casu*, os imigrantes, são por isso, nas palavras de Boaventura, “declarados vivos em regime de morte civil”. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 318)

O Estado Moderno teve que lidar com essas questões relativas aos processos inclusivos e exclusivos do contrato social e não as resolveu a contento, muito em razão do fato de buscar a disseminação de um sistema exclusivo, que é o capitalismo, ladeado a um regime supostamente inclusivo, a democracia. A lógica disruptiva entre capitalismo e democracia perseguiu muitos estudiosos até o atual século, pois o modelo social que garantiu a supremacia do sistema sobre o regime é justamente o fascismo, ao propor a “rendição total da democracia perante as necessidades de acumulação do capitalismo”. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 322)

Vale ressaltar que o exemplo neoliberal surge para endossar e legitimar a enunciada supremacia, vez que ao sugerir a redução do Estado Social, faz valer a todo custo os critérios de exclusão do contrato social, apontando quem entra e quem sai do mesmo. Afinal, não é à toa que o fascismo social tenha na atualidade o ingrediente neoliberal a ele associado pelas pautas políticas ao redor do globo. O objetivo mesmo é intensificar e reproduzir deliberadamente os critérios de acesso ao Estado, ao seu contrato social.

Outro critério adotado para exclusão do contrato social, em Boaventura, é a nacionalização da identidade cultural, dialogando certamente com a política do “nós” e “eles” e o passado mítico, como visto em Jason Stanley. Ao escolher a figura heroica e mítica da nação e as qualidades do povo que derivam das características atribuídas àquela pelo discurso histórico “glorioso”, tudo o que fuja à identidade cultural padrão nacional deverá ser não só impedido de entrar no contrato social, como também combatido pelo Estado fascista, isto é, literalmente excluído dele.

Daí dizer-se que a nacionalização da identidade cultural é um dos passos mais ousados para cunhar quem merece ou não ser parte contratual, e aqui, os imigrantes por sua diversidade cultural intrínseca sucumbem uma vez mais ao fascismo social. Este critério de exclusão, porém, não é recente e teve sua face mais perversa nos movimentos ultranacionalistas que dominaram os regimes totalitários no século passado, mas não só, pois o colonialismo e o neocolonialismo também dele se utilizaram para fundamentar a supremacia racial civilizatória do homem branco europeu. Senão, vejamos.

Finalmente, a nacionalização da identidade cultural assentou frequentemente no etnocídio e no epistemicídio. Conhecimentos, memórias, universos simbólicos e tradições diferentes daqueles que foram eleitos para ser incluídos e convertidos em nacionais foram suprimidos, marginalizados ou descaracterizados, e com eles os grupos sociais que os sustentavam. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 323)

O discurso do passado mítico engendra a ideia de universalização e, por conseguinte, acaba na apatia cívica generalizada diante das políticas fascistas. A noção de contrato social no neoliberalismo faz crer que todos os sacrifícios são válidos para a garantia do desenvolvimento econômico da nação, objetivo muito próprio do sistema capitalista, ainda que para tanto, tenham de ser reduzidos direitos ou excluídos alguns grupos sociais (minorias) que lutaram outrora pelo reconhecimento no contrato. Assim que, “a contratualização liberal não reconhece o conflito e a luta como elementos estruturais do combate. Pelo contrário, substitui-os pelo assentimento passivo a condições supostamente universais consideradas incontornáveis”. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 327).

Nesse sentido, tudo que é movimento de emancipação social deve ser freado pelo fascismo, em primeiro plano, pelo discurso do sacrifício coletivo do regime pelo bem econômico do sistema e, se necessário, em segundo plano, pelo uso da força. O modelo de contrato no fascismo social endossado pelo neoliberalismo atrai-se muito pela ideia de universalização e padronização do grupo nacional, desconsiderando suas matizes culturais e legando aos demais grupos excluídos ou não incluídos, a impossibilidade aparente de ruptura do modelo, o que chamamos por apatia cívica.

A espécie de fascismo social que se relaciona com esta ideia de universalização que gera apatia cívica é chamada pelo sociólogo de *fascismo da insegurança* que consiste na vulnerabilidade dos grupos excluídos diante das políticas fascistas ostensivas, como propõe Boaventura:

Trata-se da manipulação discricionária da insegurança das pessoas e grupos sociais vulnerabilizados pela precariedade do trabalho, ou por acidentes ou acontecimentos desestabilizadores, **produzindo-lhes elevados níveis de ansiedade e de insegurança quanto ao presente e ao futuro de modo a fazer baixar o horizonte de expectativas e a criar a disponibilidade para suportar grandes encargos para obter reduções mínimas dos riscos e da insegurança.** No domínio deste fascismo, o *lebensraum* dos novos *fuhrers* é a intimidade das pessoas e a sua ansiedade e insegurança quanto ao presente e ao futuro de si próprias e de suas famílias nas áreas básicas da sobrevivência e da qualidade de vida. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 335). (grifos nossos)

Boaventura passa a situar, então, os critérios de exclusão/inclusão em dois momentos do contratualismo, um *a priori* do seu acesso (pré-contratualismo) e outro *a posteriori* do seu acesso (pós-contratualismo). Portanto, aqueles que não acederam ao contrato social (critério de inclusão) situam-se no estado de natureza por não terem sido nunca admitidos no seu âmago, encontrando-se assim num estágio pré-contratualista. Já aqueles que embora tenham acedido ao contrato social em algum momento histórico mais inclusivo e que agora encontram-se fora dele (critério de exclusão), situam-se num estágio pós-contratualista, por terem sido compulsoriamente ejetados.

O pós-contratualismo é o processo pelo qual grupos e interesses sociais até agora incluídos no contrato social são dele excluídos sem qualquer perspectiva de regresso. [...] O pré-contratualismo consiste no bloqueamento do acesso à cidadania por parte dos grupos sociais que anteriormente se consideravam candidatos à cidadania e tinham a expectativa fundada de a ela aceder. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 328)

Como visto na subseção 1.1, o Brasil, a bem da verdade que a passos lentos, conseguiu com a publicação e vigência da Lei n. 13.445/17 (revogadora do criticado Estatuto do Estrangeiro)

ressignificar o tratamento que o Estado direcionaria aos coletivos migrantes no país, enunciando diretrizes para a implementação de políticas públicas no sentido de tutela deste grupo. Com a Lei de Migração, em 2017, os imigrantes tiveram pela primeira vez na história legislativa brasileira, no nível infraconstitucional, o ambiente propício para ingresso no contrato social brasileiro, ainda que burocraticamente.

Por esta via, cremos que, apesar de avanços em termos políticos nos primeiros decênios deste milênio, os imigrantes no Brasil ainda se encontram no estágio pré-contratualista, pois embora detalhada e legalmente garantida a sua tutela pelo Estado brasileiro a partir de 2017, frustrados estão atualmente pelo fascismo social brasileiro em sua expectativa de aceder ao contrato social plenamente.

## CONCLUSÃO

As questões migratórias ao exigirem dos Estados posturas positivas no sentido político e jurídico, encontram no fascismo social um óbice negativo a tais consecuições. Não é preciso dizer muito para compreender que o modelo fascista como ora apresentado dispensa um tratamento hostil quase homogêneo a todas as minorias que se encontram no território em que se instala, sejam elas nacionais ou provenientes de outras nações, como os imigrantes *lato sensu*. Lamentavelmente, fato é que as políticas migratórias configuram-se apenas como uma de outras tantas políticas sociais que são constantemente expurgadas do plano político do Estado pela iniciativa de governos fascistas.

Neste trabalho, buscou-se, para além de estabelecer o enquadramento das políticas migratórias no contexto fenomenológico do fascismo social no Brasil, adentrar em aspectos de ordem jurídica e sociológica. Na seção inaugural, debruçou-se sobre as Políticas migratórias no Brasil: marcos legais e quantitativos, tendo como primeira subseção, uma análise histórico-jurídica da legislação atinente ao tema, recorrendo-se a instrumentos normativos no *iter* histórico-legislativo recente brasileiro, para fins de enunciar as principais transformações na regulamentação das questões migratórias no território.

Na segunda subseção, a análise virou-se para o fluxo migratório no Brasil contemporâneo e suas implicações, sobretudo a nível político. Aqui, elencaram-se dados quantitativos de organismos internacionais e de órgãos nacionais afetos à temática e demonstrou-se como o país se reposicionou no cenário global, como um local de destino relevante no Sul Global, desenvolvendo progressivamente políticas públicas mais eficazes no acolhimento desses grupos nos primeiros decênios deste século, o que não se verificou persistir pela descontinuidade emergente do fenômeno do fascismo social no atual momento político do país.

Na segunda seção, a centralidade do trabalho restou patente diante da construção teórica do fascismo social essencialmente nas teorias desenvolvidas por Jason Stanley em sua obra *Como funciona o fascismo? A política do “nós” e “eles”* e Boaventura de Sousa Santos em *A Gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Nesse arranjo teórico, forjou-se a situação política migratória atual do Brasil, resultando num cotejo entre os dois principais vetores da presente investigação.

Para fins de conclusão, passaremos brevemente a expor, tal como enunciado na introdução do presente, algumas alternativas sugestivas à realidade política e social que se expôs até o momento, certos, desde já, de que não passarão de meras indicações decorrentes das análises ora realizadas e, por isso, insuficientes para tratar de maneira plenamente satisfativa de

questão tão complexa, a qual merecerá, decerto, não menos complexa resposta institucional no Brasil.

Diante da verificada crise no contrato social brasileiro, espaço fértil para o fascismo social, e que afeta de sobremaneira os coletivos migrantes no país, por esbarrarem recorrentemente nos critérios de exclusão/inclusão de acesso, filiamo-nos à alternativa proposta por Boaventura de Sousa Santos de construção de um contrato social de tipo novo:

[...] construído sobre pressupostos muito distintos daqueles que sustentaram o contrato social moderno ocidental. É antes de mais um contrato muito mais inclusivo porque deve abranger não apenas o ser humano e os grupos minoritários, mas também a natureza. (DE SOUSA SANTOS, 2006, p. 339)

Não obstante a isso, como alternativas mais pragmáticas no contexto brasileiro, observamos a necessidade de implementação efetiva da Lei de Migração por meio de políticas públicas em todos os níveis da federação, não devendo estados e municípios ficarem de fora deste concerto, sobretudo porque é ali onde efetivamente se sentem os maiores impactos das políticas migratórias.

Doutra banda, deve haver fiscalização constante pelos órgãos federais, nomeadamente pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União quanto ao resguardo dos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna e endereçados aos imigrantes, bem como dos mecanismos tutelares previstos a nível infraconstitucional, lançando-se mão, quando possível, de ações no campo do contencioso judicial e administrativo.

Acresce-se a isso, a necessária autonomização dos órgãos como o OBMigra a fim de que possa perseguir os seus objetivos com o devido afastamento de possíveis ingerências políticas, deslocando-o do plano instável governamental para o quadro de uma política de Estado. Para que isso ocorra, premente também a viabilização do acesso à informação, da participação popular e do controle externo pela sociedade civil na tomada de decisões junto aos órgãos competentes para a questão, devendo sempre que possível haver número considerável de representantes nos conselhos e comissões deliberativas, em especial de imigrantes (maiores interessados).

Por fim, mas com equivalente importância, urge adotar um controle a nível institucional da veracidade das informações propaladas pela opinião pública sobre a temática da imigração, a fim de viabilizar o acesso à informação qualificada à sociedade civil sobre os dados produzidos por institutos e órgãos respeitadas no país, fazendo interromper dois dos maiores vetores de sustentação do fascismo social: o discurso de ódio e o anti-intelectualismo.

## REFERÊNCIAS

ACNUR, ONU. **Relatório “Tendências Globais”** (Global Trends – Forced Displacement in 2018), 2018. Disponível em: <<https://www.unhcr.org>>. Acesso em: 09 de out. 2019.

ACNUR, ONU. **Seis dados sobre refugiados no mundo, 2018**. Disponível em: <[www.acnur.org/portugues/2019/07/17/seis-dados-sobre-o-refugio-no-mundo/](http://www.acnur.org/portugues/2019/07/17/seis-dados-sobre-o-refugio-no-mundo/)>. Acesso em: 9 de out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm). Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 18 nov. 2019.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. **Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil.** A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra2019.

DA FROTA SIMÕES, Gustavo. **Perfil Sociodemográfico e Laboral da Imigração Venezuelana no Brasil.** 2017.

DATAFOLHA. **67% dos brasileiros defendem maior controle da entrada de imigrantes.** 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/67-dos-brasileiros-defendem-maior-controle-da-entrada-de-imigrantes.shtml>>. Acesso em: 09 de out. 2019.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. Edições Afrontamento, 2006.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O Anti-Édipo–Capitalismo e Esquizofrenia,** Trad. Joana Moraes Varela e Manuel Maria Carrilho. Lisboa: Assírio & Alvim, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Repensar a política.** Forense Universitária, 2010.

LIMA, João Brígido Bezerra, [et al.]. **"Refúgio no Brasil: caracterização dos perfis sociodemográficos dos refugiados (1998-2014)."** 2017.

MIGRACIÓN, ONU. **"Informe sobre las migraciones en el mundo 2018."** 2018.

MIGRAMUNDO. Disponível em: <<https://migramundo.com/projeto-que-distorce-lei-de-migracao-tem-tramitacao-encerrada-no-senado->>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

OIM, ONU. **"La Migración haitiana hacia Brasil: características, oportunidades y desafíos,** Cuadernos Migratorios nº 6", 2017.

RIBEIRO, Antônio Tadeu. **Nova lei brasileira de migração:** avanços, desafios e ameaças. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, Belo Horizonte, v. 34, n.1, p.171-179, jan.abr. 2017.

ROSA, Pablo O. **Fascismo Tropical:** Uma cibercartografia das novíssimas direitas brasileiras. Vitória: Editora Milfontes, 2019.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo:** A política do " nós" e" eles". L&PM Pocket, 2018.

# A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE “REFUGIADOS AMBIENTAIS” E O IMPULSIONAMENTO DA MIXOFOBIA NO BRASIL: DA NOVA LEI DE MIGRAÇÕES AO SEU DECRETO REGULAMENTADOR

**Quézia Celeste Vanzin**

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da (UNIJUÍ). Bolsista PIBIC (CNPq).

**Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

Doutor em Direito (UNISINOS). Coordenador e Professor Permanente do Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UNIJUÍ).

## INTRODUÇÃO

Em 2018, o Brasil enfrentou o que foi chamada de “crise migratória”, devido ao deslocamento de venezuelanos. Contudo, é importante salientar que, de acordo com Joseane M. Schuck Pinto (2018), a imigração para o Brasil por motivos similares já era frequente entre haitianos e cubanos, intensificando-se em 2010 em razão do terremoto em Porto Príncipe, capital do Haiti, que deixou aproximadamente 300 mil mortos e cerca de 1,5 milhões de pessoas desabrigadas (SEITENFUS, 2014).

O Brasil se deparou com um novo desafio: grandes fluxos migratórios diante uma política discriminatória, tendo em vista que o Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997) não correspondia aos princípios constitucionais estabelecidos pela Constituição de 1988. Instituiu-se, então, a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), regulamentada pelo Decreto nº 9.199/2017, que foi criada com o intuito de estabelecer uma política migratória voltada à efetivação dos Direitos Humanos do Imigrantes.

A intensificação dos fluxos migratórios gera medo na população ao se deparar com o desconhecido, causando tensões. Zygmunt Bauman (2017) denomina esse medo de se relacionar com o desconhecido – o “estranho” – de mixofobia. Nesse sentido, Agamben (2015) refere que, no Estado-nação, o refugiado é representado pela figura de um ser inquietante, uma vez que ele rompe com a identidade entre o homem e o cidadão, colocando em crise a ficção originária da soberania.

Desse modo, é visível que, para o Estado-nação, o imigrante é visto como um perigo, pois ele não é social ou juridicamente um cidadão de direitos. Hannah Arendt (1943) representa o imigrante como um inimigo alienígena, pois, além de colocar em crise a ficção da soberania, o Estado-nação não sabe como atender adequadamente às demandas desses indivíduos.

Apesar das novas leis migratórias serem consideravelmente melhores que o Estatuto desenvolvido durante a ditadura militar (Lei nº 6.815/1980), verifica-se que o Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a nova Lei de Migração, utiliza de termos pejorativos, caracterizando um retrocesso diante o que foi prometido - política humanitária que arrosta a xenofobia. Ainda nessa perspectiva, constata-se que o conceito de refugiados se encontra defasado, tendo em vista que os haitianos não se enquadram no *status*, apesar de serem forçados a deixar seu país por questões ambientais.

Nesse sentido, a pesquisa se propõe a investigar em que medida a insuficiência do conceito de refugiados ambientais e as novas políticas migratórias impulsionam a mixofobia. Nesse contexto, o estudo passa a questionar, também, como a Lei nº13.445/2017 teria

contribuído, ou não, para solucionar essas questões. O trabalho visa a analisar as novas políticas migratórias antes descritas, assim como a insuficiência do conceito de refugiados adotada. Esta pesquisa é perspectivada pelo método fenomenológico, compreendido como uma interpretação hermenêutica universal, isto é, uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## **INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE “REFUGIADOS AMBIENTAIS” E O IMPULSIONAMENTO DA MIXOFOBIA NO BRASIL**

O século XXI trouxe consigo uma onda de deslocamentos forçados, que teve maior enfoque na Europa, porém foi um problema também enfrentado pela América Latina. No ano de 2018 o Brasil ficou conhecido por receber de forma massiva refugiados e imigrantes venezuelanos, o país em questão enfrenta um problema político-econômico, incluindo disputa ideológica e midiática, desencadeando uma crise de abastecimento de produtos básicos para a população, acarretando o êxodo migratório.

O Haiti é um país pauperizado e dependente internacionalmente em razão da ingovernabilidade e de anos de fraudes eleitorais, sofrendo, conseqüentemente, com a inconsistência de sua Democracia. O Haiti foi a primeira colônia formada por escravos a derrotar seus colonizadores e instaurar uma República independente, resultando em anos de esquecimento e criando um Estado isolado, sem participação no cenário mundial. Esses fatores fizeram do Haiti um país pobre, sem desenvolvimento e dependente dos demais, que não possui sequer forças armadas (SEITENFUS, 2014).

A dependência haitiana aumentou após o país ser acometida por um terremoto de sete graus na escala Richter, no dia 12 de janeiro de 2010, na capital caribenha de Porto Príncipe, e demais cidades vizinhas, que deixou aproximadamente 300 mil mortos e cerca de 1,5 milhões de pessoas desabrigadas (SEITENFUS, 2014). Para além do terremoto, outros dois eventos abalaram profundamente o país em 2010:

II. O segundo [evento] tem início em meados de outubro e se prorrogará por muitos anos. Trazido por soldados nepaleses a serviço da Minustah, pela primeira vez aporta no país o vibrão do cólera. As desumanas condições sanitárias que imperam no Haiti fizeram com que a epidemia se alastrasse, matando 8 mil pessoas e infectando 800 mil. III. O terceiro acontece por ocasião das eleições presidenciais de fins de novembro de 2010 e dão lugar à intromissão [...] ONU e da OEA, impondo um candidato não somente à revelia da vontade popular, mas também contrariando elementares regras diplomáticas e basilares princípios eleitorais. (SEITENFUS, 2014, p. 23).

Para além dos problemas econômicos e sociais, o desastre ambiental e a ascensão dessas doenças afetaram de forma significativa a vida dos haitianos, resultando no grande fluxo de imigração. Em decorrência dos inúmeros problemas enfrentados pelo país, o Haiti passou, durante a sua história, por pelo menos oito operações, das quais algumas ainda persistem, como é o caso da Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (MINUSTAH), realizada em 2014 pelo Conselho Nacional da ONU, com intuito de estabelecer a paz e a segurança após o presidente Jean Bertrand Aristide ser exilado, sendo o Brasil o país destinado a comandar a missão, que possui cerca de 250 brasileiros dentre militares das Forças Armadas e Policiais, liderada pelo Departamento de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas (DPKO) (MINISTÉRIO DA DEFESA, SA).

Dessa forma, estas pessoas estão migrando em busca de novos lares em países da América como o Canadá, a República Dominicana, as Antilhas Francesas e o Brasil. O Brasil é um dos

destinos preferidos dos imigrantes e refugiados haitianos, uma vez que a Minustah aproximou ambos os países. Apesar do Brasil comandar uma missão militar no Haiti e estabelecer uma proximidade, quando os haitianos procuraram refúgio no Brasil eles tiveram suas solicitações de refúgio negados pelo CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), uma vez que os refugiados ambientais ou climáticos não se enquadram no *status* de refugiado conceituado juridicamente pela Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados. Da mesma forma, foi alegado a impossibilidade do reconhecimento do conceito de “refugiados climáticos” (SENADO FEDERAL, 2019). Apesar da impossibilidade de reconhecimento do *status* para os haitianos, eles foram amparados pela Resolução nº 27/98, que concede aos haitianos residência no Brasil por razões humanitárias (PINTO, 2018).

Para a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, refugiados são aqueles que necessitam fugir de seus países de origem uma vez que necessitam de proteção por haver sério risco de vida em razão de conflitos armados, perseguição, violência ou desordem pública (UNCHR, 2019). Percebe-se que, perante o conceito estabelecido pela Convenção, os refugiados ambientais não são amparados juridicamente, como é o exemplo dos haitianos e, agora, senegaleses.

Em razão disso, os refugiados climáticos não podem ser considerados refugiados tradicionais, muito menos serem conceituados como tal (PINTO, 2018). Em razão disso, os refugiados ambientais necessitam de uma denominação específica que abarque a complexidade dos fenômenos que os circunda, pois, de acordo com Ulrich Beck (2010), os refugiados ambientais serão o problema do novo século, principalmente pelo aquecimento global, escassez de água ou comida. Posto isso, estudos realizados pela Universidade das Nações Unidas (UNU) indicam que até 2050, cerca de 200 milhões de pessoas poderão, por razões climáticas, procurar asilo em outros países.

Para além das dificuldades com a documentação e regulamentação do refúgio, o imigrante/refugiado, ao chegar no país, se depara com mais um problema, o preconceito. O medo perante o desconhecido é conceituado por Zygmunt Bauman (2017) como “mixofobia”, sentimento que é responsável por causar tensão entre o Estado e a população, que não sabe como agir perante o desconhecido. Nesse sentindo, o Estado passa a restringir liberdades, fomentando políticas extremadas de segurança pública e criando a figura de um inimigo que precisa ser combatido.

Nessa perspectiva emerge o Estado de exceção, que se transforma em regra, criando uma indistinção entre guerra e política. Dessa forma, a guerra passa a ser um princípio básicos de organização da sociedade e da política (HARDT; NEGRI, 2005). Neste contexto, o Estado de exceção passa a adquirir *status* de normalidade, sendo usado como uma espécie de solução para determinadas questões, ao invés de políticas públicas, por exemplo. Ocorrem, então, generalizações sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo (AGAMBEN, 2004).

Nos governos modernos, toda vez que um grupo se mostra uma “ameaça” a exceção é usada. No Brasil, podemos citar o exemplo da intervenção militar realizada no Rio de Janeiro, bem como o modo como no estado de Roraima o Governo Federal convocou as forças militares para o controle das fronteiras, devido à chegada dos venezuelanos. O fluxo contínuo de imigrantes e refugiados tem revelado fortes traços nacionalistas, principalmente depois da chamada “crise migratória no Brasil”. Esse sentimento nacionalista se mostra um empecilho para efetivação dos direitos humanos dos imigrantes, uma vez que passa a excluir e taxar aqueles que não são brasileiros, colocando o refugiado e o imigrante como um intruso, que veio ao país roubar empregos e usurpar direitos.



Para ilustrar questões da contemporaneidade, Giorgio Agamben (2010) retoma a figura do direito romano arcaico, o *homo sacer*, que, de acordo com sua concepção, trata-se de quem está indistintamente entre a violência – à qual está exposto – e o direito – que para a sociedade romana é alguém que em punição é exilado da sociedade, abandonado do grupo. Para melhor entendimento, Agamben conceitua *zoé*, que seria a vida nua e desprovida de valor social, e *bíos*, caracterizada pela vida em grupo, a qual seria a vida politicamente qualificada.

Dessa forma, o direito desse indivíduo não é o direito do cidadão, passando a ser sacro, sendo para o direito romano aquele que é insacrificável, mas ao mesmo tempo matável, sem que o ordenamento jurídico o sancione. Assim, cria-se uma justificativa para eliminar vidas “indesejadas”, ou, caso não as elimine, para sua “modulação”. Com isso transforma-se o ser vivente em um ser “sobrevivente”. A relação antes apresentada, *zoé-bíos*, é percebida na sociedade brasileira, uma vez que o refugiado e o imigrante são postos como vida desqualificada, por não se inserir no Estado como cidadão de direito, mas que está incluído nesse território, posto como uma ameaça, colocando em crise a ficção originária de soberania.

Nesse contexto, a mixofobia se mostra presente na sociedade brasileira. Fronteiras passam a ser traçadas de maneira simbólica, delimitando quem está dentro e quem está fora, dando força aos sentimentos nacionalistas que, por sua vez, impulsionam a mixofobia e, de modo extremado, resulta em casos de xenofobia. Desse modo, o refugiado e o imigrante se encontram vulneráveis, sendo expostos à violência e ao preconceito.

À exemplo disso, o jornal Gazeta do Povo escreveu, em 2014, sobre os casos de xenofobia no Brasil, e relatou a história de Maurice, haitiano de 26 anos, que mora em uma casa de dois quartos com outros quatorze haitianos. Ele disse ter sido espancado por colegas de trabalho após pedir a eles que cessassem as agressões verbais contra ele. Os dois funcionários chamavam Maurice de “escravo”, “macaco” e atiravam bananas nele. Apesar das agressões, quando retornou ao trabalho foi demitido por justa causa, assim como os dois colegas de trabalho que o agrediram (ANÍBAL, 2019).

Mostra-se, assim, um descaso com o refugiado, uma vez que os agressores apenas foram demitidos sem que fossem punidos pelo ordenamento jurídico, apesar do país possuir a injúria racial como um crime punível, encontrado no artigo 140 do Código Penal, sujeito à pena de reclusão de um a três anos e multa.

Os refugiados se transformaram em sinônimo de “problema”, “perigo”, evidenciando o que Agamben (2007) ilustra com a figura do *homo sacer*. Outro episódio de xenofobia aconteceu no dia 18 de agosto de 2018, em que ocorreu um assalto contra um brasileiro, em Pacaraima/RR. A população da área suspeitava que tivesse sido cometido por venezuelanos, o que foi usado como “justificativa”. Movidos pelo sentimento mixofóbico, cidadãos do local atearam fogo nas moradias improvisadas e em demais pertences dos refugiados (MENDONÇA, 2018). Após o ocorrido, aproximadamente 1,2 mil venezuelanos deixaram o Brasil, e, durante a partida, brasileiros entoavam o hino nacional e batiam palmas. Tal atitude denota uma ascensão – até então adormecida – de um patriotismo discriminatório que segrega todos aqueles que não são cidadãos brasileiros.

A crise migratória fez com que o país questionasse a capacidade dos poderes públicos em resolver os problemas do fluxo migratório desenfreado, sendo necessária a criação de novas leis que se adequassem às necessidades do século XXI, tema que será abordado na sessão a seguir.

## DA NOVA LEI DE MIGRAÇÕES AO SEU DECRETO REGULAMENTADOR

No Brasil, juntamente com o século XXI veio a crise migratória. Apesar dos fluxos forçados iniciarem antes, nos últimos nove anos houve um intenso aumento, tendo início com os imigrantes haitianos e cubanos e recentemente os venezuelanos, tendo em vista a crise político-econômica que assolou o país. Devido ao intenso fluxo de deslocamentos forçados com destino ao Brasil, foi necessário repensar as políticas adotadas pelo Brasil, uma vez que se encontravam desatualizadas diante da Constituição Federal de 1988 e dos direitos humanos dos imigrantes.

A política utilizada pelo país, até então, era alicerçada no Estatuto do Estrangeiro (Lei Nº 6.815), elaborado durante o período de ditadura militar, com um alto teor nacionalista e xenofóbico. A lei caracterizava o imigrante, o refugiado, como um intruso no Estado, pondo em posição de inimigo diante do Estado-nação. Nessa ótica, o imigrante passa a ser um inimigo, um parasita, usurpador de direitos, que coloca o Estado-nação em crise, pois ele não é social ou juridicamente um cidadão de direitos, mas está inserido nesse meio.

O antigo Estatuto retoma a ideia trazida por Hannah Arendt (1943) de que o imigrante é retratado como um inimigo alienígena, pois, além de colocar em crise a ficção da soberania, o Estado não sabe como atender adequadamente às demandas desse indivíduo. Surge, então, a mixofobia, esse medo do imigrante que o coloca em uma posição de estranho, causando tensão entre a população e o Estado, que não sabe agir diante do desconhecido.

Como apresentado, o antigo Estatuto reafirmava a ideia de que o imigrante era um intruso, impulsionando sentimentos mixofóbicos e xenofóbicos. Coube ao Brasil abandonar essa política preconceituosa e criar uma legislação que combatesse a xenofobia e ao mesmo tempo propiciasse uma vida digna aos imigrantes e refugiados, em que seus direitos fossem respeitados. Nesse sentido, surge, então, a Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.199/2017.

A legislação atual entende a migração como um fenômeno da humanidade e procura simplificar os procedimentos administrativos para a entrada e concessão de *status* de refúgio. A nova Lei de Migrações, Lei nº 13.445/2017, atribui direitos e deveres aos imigrantes, sendo esse um sujeito de direitos com proteção constitucional, visando facilitar a regulamentação e possibilitar que o imigrante seja empregado, assim como a garantia de reunião familiar e acolhida humanitária.

O imigrante passa a ter as mesmas garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como está disposto no artigo 4º da Lei nº 13.445/2017: “Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. (BRASIL, 2017).

Contudo, apesar dos avanços trazidos pela nova lei de migrações, comparadas com a legislação anterior, o decreto que a regula utiliza de termos que impulsionam estigmas, como por exemplo o uso de “imigrante clandestino” no artigo 172 do Decreto nº 9.199/2017, a seguir transcrito:

Artigo 172. A entrada condicional no território nacional de pessoa que não preencha os requisitos de admissão poderá, na impossibilidade de retorno imediato do imigrante impedido ou clandestino, ser autorizada pela Polícia Federal, por meio da assinatura de termo de compromisso, pelo transportador ou por seu agente, que assegure o custeio das despesas com a permanência e com as providências necessárias para a repatriação do imigrante.

Parágrafo único. Na hipótese de entrada condicional prevista no caput, a Polícia Federal fixará o prazo de estada, as condições a serem observadas e o local em que o imigrante impedido ou clandestino permanecerá.

A expressão utilizada no Decreto nº 9.199/2017 retoma a ideia utilizada nas políticas anteriores, impulsionando o preconceito de que o imigrante é um inimigo, um criminoso, uma ameaça à “segurança nacional”. O termo presente no decreto estimula sentimentos xenofóbicos que vão de encontro aos princípios previstos na nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), como a não criminalização da imigração. Como pode se observar do teor de alguns incisos do seu art. 3º, que estabelece como princípios e diretrizes da política migratória brasileira: a) a “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (inciso I); b) o “repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação” (inciso II); c) a “não criminalização da migração” (inciso III); d) a “não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional” (inciso IV); e) a “promoção de entrada regular e de regularização documental” (inciso V); f) a “acolhida humanitária” (inciso VI); g) a “proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante” (inciso XVII); h) a “migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas” (inciso XX); i) o “repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas” (inciso XXII).

Outro artigo que chama atenção é o artigo 27 do Decreto nº 9.199/2017, que faz referência aos casos em que será negado o visto:

Art. 27. O visto não será concedido:

I - a quem não preencher os requisitos para o tipo de visto pleiteado, definidos em regulamentos específicos, quando cabível;

II - a quem comprovadamente ocultar condição impeditiva de concessão de visto ou de ingresso no País;

III - a menor de dezoito anos desacompanhado ou sem autorização de viagem por escrito dos responsáveis legais ou de autoridade competente; e

IV - a quem, no momento de solicitação do visto, comportar-se de forma agressiva, insultuosa ou desrespeitosa para com os agentes do serviço consular brasileiro.

Parágrafo único. A não concessão de visto não impede a apresentação de nova solicitação, desde que cumpridos os requisitos para o tipo de visto pleiteado.

No artigo 27, inciso IV, uma das hipóteses em que o visto pode ser negado é a má conduta do imigrante, ficando implícito o preconceito de que o imigrante não possui boa educação, como se esse não soubesse se comportar em sociedade, podendo criar situações de risco para a população. O inciso reforça o estigma de que o imigrante é um risco para a sociedade e para o país, retomando até mesmo a ideia de que o imigrante possa ser um terrorista.

É nesse contexto de preconceito e exclusão que o refugiado e o imigrante são expostos à violência e preconceito, sendo a representação do *homo sacer*, pois esse seria a vida nua de existência política, a vida desqualificada, que se encontra “nas bordas”. A figura do *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão (AGAMBEN, 2015). Por sua vez, essa vida é capturada e excluída em um só tempo, exclui-se e se inclui (AGAMBEN, 2010).

O paradigma da exclusão-inclusão é percebido nas novas políticas migratórias brasileiras, pois, ao mesmo tempo que desenvolve uma política para regulamentar a estadia dessas pessoas no território brasileiro, ele exclui, fazendo o uso de termos que fomentam o preconceito e estigmas presentes no discurso xenofóbico, contra a imigração no país.

Logo, o Decreto se mostra um retrocesso na medida que impulsiona a mixofobia, pois reafirma preconceitos estabelecidos no antigo Estatuto, sendo um atraso em relação à Lei nº 13.445/2017. Dessa forma, à medida que o medo do estranho, a mixofobia, se transforma em aversão ao imigrante, criam-se movimentos xenofóbicos que propulsionam a violência no Brasil.

Assim, a hipótese alegada ao início desta pesquisa se confirma, uma vez que o Decreto nº 9.199/2017 comporta termos como “clandestino”, tal e qual o encontrado no seu artigo 172, estimulando estigmas e reforçando o preconceito de que o refugiado é um intruso no território. Ademais, o termo remete a um ato ilícito, mesmo que a entrada de imigrante no país não seja mais considerada um crime contra a nação e sua soberania, que, por sua vez, podem se transformar em sentimentos como xenofobia. Regularmente, os imigrantes que partem de seus lares por estarem em situação de vulnerabilidade encontram no Brasil uma situação semelhante, pois são recebidos com hostilidade e preconceito, o que deveria ser combatido de acordo com as novas políticas adotadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho analisou de forma crítica as novas políticas adotadas pelo Brasil, como a Lei nº 13.445/2017, conhecida como Lei de Migrações, e o Decreto nº 9.199/2017, que a regula. Devido os novos problemas do século XXI foi necessário abandonar antigas políticas migratórias, como o Estatuto do Estrangeiro (Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), criado no período ditatorial, e pensar em normas reguladoras voltadas para os princípios constitucionais da Constituição de 1988, assim como o Direitos Humanos dos Imigrantes.

Em 2017, devido ao fluxo contínuo de refugiados e imigrantes para o país, foi adotada uma política mais “humanitária”, descriminalizando a entrada ilegal de imigrantes para o Brasil e garantindo um rol de direitos para aqueles que decidem adentrar o Brasil. O imigrante passa a ter as mesmas garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como está disposto no artigo 4º, sendo os princípios, previstos no artigo 3º da nova Lei de Migrações, a não criminalização da imigração, o repúdio a xenofobia, o compromisso com os imigrantes e refugiados menores de idade, a acolhida humanitária e a promoção do desenvolvimento do imigrante no país.

Apesar da Lei de Migrações (Lei nº 13.445/2017) se mostrar um progresso diante do antigo Estatuto, o Decreto nº 9.199/2017, que a regulamenta, utiliza de termos que retomam as antigas políticas migratórias do país, com alto teor nacionalista e xenofóbico. A denominação “imigração clandestina” é contrária ao apresentado nas novas políticas migratórias, uma vez que adentrar o país não é mais considerado um crime. Além de ser o oposto apresentado na Lei de Migrações, a utilização desses termos retoma pré-conceitos, pondo o imigrante, o refugiado, como um inimigo que precisa ser combatido, uma vez que é um intruso perante o Estado-nação.

A mixofobia, de acordo com Zygmunt Bauman (2017), é o medo provocado pelo desconhecido. Esse medo é responsável por causar uma tensão entre o Estado e a população, que não sabe como agir perante o desconhecido. Nesse sentido, o Estado passa a restringir liberdades com uma alegada pretensão de “defesa”, fomentando políticas extremadas de segurança pública e criando a figura de um inimigo que precisa ser combatido.

O trabalho retomou figuras utilizadas por Giorgio Agamben (2010), representando a vida biológica, *zoé*, a vida sem existência política, passível de ser sacrificada, sem que seja tipificado homicídio, e *bíos*, a vida qualificada. Para Agamben, *zoé* é aquela passível de ser “matável” pelo Estado, cujo reconhecimento se dá pela negação, emergindo o Estado de exceção, que, por sua vez, é a nova política adotada pelos governos capitalistas modernos. Cria-se uma justificativa para eliminar vidas “indesejadas”.

É observada essa distinção de quem está dentro do muro e quem está fora na sociedade brasileira, uma vez que o refugiado e o imigrante são postos como vida desqualificada por não se inserir no Estado como cidadão de direito, estando expostos a todos os tipos de violência.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**. São Paulo: Boitempo, 2015.
- ANÍBAL, Felipe. **Xenofobia se converte em agressões contra imigrantes haitianos**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/xenofobia-se-converte-em-agressoes-contra-imigrantes-haitianos-ef4atki1925lz2d0e34rtiudq/>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- ARENT, Hannah. **We Refugees**. 1943. Disponível em: [http://www-leland.stanford.edu/dept/DLCL/files/pdf/hannah\\_arendt\\_we\\_refugees.pdf](http://www-leland.stanford.edu/dept/DLCL/files/pdf/hannah_arendt_we_refugees.pdf). Acesso em: 12 nov. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 9.199**, de 20 de novembro de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm). Acessado em: 10 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm). Acessado em: 10 nov. 2019
- BRASIL. **Lei nº 13.445**, de 24 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acessado em: 10 nov. 2019
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. São Paulo: Record, 2005.
- MENDONÇA, Heloísa. **O “monstro da xenofobia” ronda a porta de entrada de venezuelanos no Brasil**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/politica/1534459908\\_846691.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/politica/1534459908_846691.html). Acesso em: 02 nov. 2019.
- MINISTÉRIO DA DEFESA. **Missões de paz**. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz>. Acessado em: 12 nov. 2019
- PINTO, Joseane M. Schuck. **Os deslocamentos forçados haitianos e suas implicações: desafio global na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RUIZ, Castor. O campo como paradigma biopolítico moderno. In: Revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU) On-Line. ed. 372, 2011. Disponível em: [http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4063&](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4063&). Acesso em: 10 nov. 2019.
- SEITENFUS, Ricardo. **Haiti: Dilemas e Fracassos Internacionais**. Ijuí: Unijuí, 2014.
- SENADO FEDERAL. **Depois do terremoto no Haiti imigrantes haitianos buscam refúgio no Brasil e recebem vistos**. s.a. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/defesa-nacional/sociedade-armadas-debate-militares-defesa-nacional-seguranca/depois-do-terremoto-no-haiti-imigrantes-haitianos-buscam-refugio-no-brasil-e-recebem-vistos.aspx>. Acesso em: 12 nov. 2019

UNCHR - UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **The refugee concept under international law**. 2018. Disponível em: <https://www.unhcr.org/5aa290937.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.



# GP 07

**CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SOCIEDADE  
BRASILEIRA: URGÊNCIAS TEMÁTICAS E  
DESAFIOS METODOLÓGICOS**

**Coordenação:**

Salo de Carvalho (UFRJ/UNILASALLE)

Renata de Almeida Costa (UNILASALLE)



## TUTELA PENAL PATRIARCAL: AS CONQUISTAS FEMINISTAS SOB O VIÉS PUNITIVISTA

**Camila Belinaso**

Mestranda em Direito e Sociedade (UNILASALLE/Canoas-RS)

**Sophie Dall’Olmo**

Pós-graduanda em Direito Penal e Política Criminal (UFRGS)

### INTRODUÇÃO

A partir do final do século XX, o movimento feminista, assim como outros movimentos de esquerda, passa a reivindicar uma reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, seja pela criação de novos tipos penais ou pelo recrudescimento das penas. A violência contra as mulheres e a impunidade masculina se tornam pontos centrais da agenda feminista, elegendo o controle penal como mecanismo prioritário de resposta a estes problemas.

Nesse contexto, a presente investigação tem como objetivo principal analisar, desde um viés criminológico crítico e feminista, se o recurso ao sistema de justiça criminal para dirimir conflitos sociais, especificamente coibir a violência contra a mulher, é eficaz. Para tanto, o presente estudo está dividido em dois pontos, de modo que o primeiro tratará sobre o sistema de justiça criminal, suas inter-relações com o controle social, para sustentar que o poder punitivo não permite real efetividade no que condiz à proteção as mulheres pretendidas pelo sistema de justiça criminal.

Sequencialmente, como segundo ponto, será abordada a demanda (neo) criminalizadora que atua no sistema de justiça criminal, decorrente de uma expansão punitivista, para fins de compreender as medidas alternativas à criminalização da violência contra a mulher. Assim, utilizando do método de pesquisa dialético combinado com a técnica bibliográfica o presente estudo aborda as conquistas do feminismo sob viés punitivista, o que se convencionou chamar de tutela penal patriarcal.

### AS MULHERES E O PODER PUNITIVO: O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NÃO PROTEGE AS MULHERES

Contraditoriamente às críticas ao androcentrismo do direito penal que, sendo um instrumento essencialmente masculino de controle, não traduz os anseios e as necessidades das mulheres, um importante segmento do movimento feminista vem defendendo, com cada vez mais força, o recurso ao direito penal, o que, em vez de contribuir para a sua extinção, contribui para a



sua expansão (LARRAURI, 1994). Andrade (1996, 2003, 2005) denomina “publicização-penalização do privado” essa tendência a partir da qual problemas até então considerados privados, como a violência doméstica, se transformaram em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais, mediante forte demanda (neo) criminalizadora levada a cabo por campanhas mobilizadas pelas mulheres.

A justificativa para essa demanda criminalizadora é a chamada função simbólica do Direito Penal, isto é, a sua utilização como meio declaratório de que tais questões afetas às mulheres são tão relevantes quanto os problemas dos homens, devendo ser considerados socialmente intoleráveis (ANDRADE, 1996, 2003). O que se busca com a criminalização dessas condutas é a discussão e conscientização públicas acerca do seu caráter nocivo e uma mudança da percepção pública a respeito (ANDRADE, 1996, 2003). Contudo,

A suposta função “simbólica” do direito penal merece algumas reflexões críticas. Que em uma sociedade de signos e símbolos também o Direito Penal cumpra uma certa função simbólica *sui generis*. O problema aparece quando se utiliza deliberadamente o Direito Penal para produzir um mero efeito simbólico, na opinião pública, um impacto psicossocial, tranquilizador do cidadão, e não para proteger com eficácia os bens jurídicos fundamentais para a convivência. Porque então se perverte a função genuína do Direito Penal, que é sempre uma função instrumental. (GARCIA; MOLINA; GOMES, 2012)

Como apontam Bergalli e Bodelón (1992), por ter o Direito Penal como função declarada a proteção de bens jurídicos, parece lógico que as mulheres queiram incluir entre os bens jurídicos dignos de proteção aqueles que até então haviam sido ignorados pelas normas penais. Contudo, nas palavras dos autores,

El problema surge al intentar concretar en un texto jurídico lo que aparece como una expresión de problemas complejos. Es por esto que ha sido continua la denuncia de las deficiencias que la norma penal ofrece, de la mutilación que hace de las expresiones sociales que le dan origen. Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización de situaciones específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente. (BERGALLI; BADELÓN, 1992, p. 55)

Portanto, ao apoiar-se no caráter simbólico do poder punitivo, ignora-se que a sanção punitiva não dá conta da complexidade da violência contra a mulher que, mais do que uma responsabilização individual, demanda uma mudança estrutural da sociedade e de seus valores.

O movimento feminista, ao reivindicar a criminalização de determinadas condutas ao mesmo tempo em que defende a descriminalização do aborto, por exemplo, além de fazer uso de “dois pesos e duas medidas”, ignora que “a norma penal de caráter puramente simbólico, além de não prevenir condutas lesivas às mulheres, ainda permite um novo tipo de etiquetamento: o etiquetamento da vítima como honesta ou desonesta, equilibrada ou histérica” (GONÇALVES, 2016, p. 46). Além disso, a ineficácia da norma penal de caráter simbólico, além de ferir o princípio de proteção de bens jurídicos, acarreta no descrédito da população em relação à Administração da Justiça e conseqüentemente pode gerar um apelo popular à lei e ordem e fazer com que a política tome forma de espetáculo (GONÇALVES, 2016).

Para Zaffaroni (2013), a característica essencial desse modelo de administração de conflitos é o confisco da vítima, isto é, a substituição da pessoa lesionada pelo Estado, de modo que o poder punitivo se constitui em uma forma de decisão vertical e como manifestação de poder, e não como forma de solução efetiva para os problemas sociais. De modo semelhante, Larrauri (2008) destaca que o processo penal se preocupa mais em servir à sua própria lógica interna de punição do que em atender às necessidades e aos anseios das vítimas. Ao incidir sobre a vítima

mulher, o sistema penal duplica, em vez de proteger a “vitimação feminina”, já que, além da violência manifesta, a mulher se torna também vítima da violência institucional plurifacetada que expressa e reproduz a violência estrutural das relações capitalistas e patriarcais (ANDRADE, 1996).

Em um sentido fraco, denominado por Andrade (1999) de “incapacidade preventiva e resolutoria do sistema penal”, este é ineficaz para proteger as mulheres da violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não atenta aos distintos interesses e necessidades das vítimas, não contribui para a compreensão do fenômeno da violência e a gestão do conflito e para a transformação das relações de gênero. Em um sentido forte, o sistema penal duplica a vitimação feminina porque as mulheres são submetidas a um julgamento e divididas. Devido à desigualdade e seletividade do sistema penal, as mulheres serão julgadas de acordo com a sua reputação sexual do ponto de vista da moral sexual dominante. Por fim, em um sentido fortíssimo, do ponto de vista da moral sexual, o sistema penal expressa e reproduz a divisão discriminatória entre mulheres honestas e desonestas. Dessa forma, atua como um fator de dispersão e uma estratégia excludente que recria desigualdades e preconceitos sociais.

A crença no direito penal adere a uma lógica liberal de culpa e responsabilização, deixando de lado a percepção das estruturas que produzem e reproduzem tais violências. Acerca da estrutura, operacionalidade e funções do sistema penal no capitalismo contemporâneo, Andrade (1996, p. 93) adverte que “há não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções inversas às declaradas”. Nesse mesmo sentido, para Karam (1996, p. 82), “nenhuma reação punitiva, por maior que seja sua intensidade – e ainda que fosse possível a superação dos condicionamentos de classe – pode pôr fim à impunidade ou à criminalidade de qualquer natureza, até porque não é este seu objetivo”.

Como bem aponta Andrade (1996), a constatação e o redimensionamento de um problema social, como a violência contra as mulheres, não significa que a sua conversão em problema penal seja a melhor resposta ou solução. Bem ao contrário, pois o sistema penal é um (sub) sistema de controle social seletivo e desigual que é, ele próprio, um sistema de violência institucional que exerce seu poder e impacto também sobre as vítimas. A autora considera esta uma trajetória de alto risco, porque,

Ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social (Lei, Polícia, Ministério Público, Justiça, prisão) que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o sistema penal duplica, ao invés de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (como estupro, atentados violentos ao pudor, assédio, etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações sociais capitalistas (que é a desigualdade de classes) e a violência das relações patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da moral sexual. (ANDRADE, 2003, p. 119)

Há, pois, uma relação intrínseca entre o sistema de justiça criminal e as estruturas que conformam as relações sociais que subordinam e violentam as mulheres. A atuação do poder punitivo, desse modo, reproduz e dá sustentação à violência contra as mulheres, visto que a lógica do controle penal está completamente imersa na mecânica geral de controle social e, por isso, os critérios de seletividade que orientam os processos de criminalização e de vitimização não se dão à margem das opressões que tem lugar no contexto social (ANDRADE, 2012). Para Larrauri (2007), a submissão de um problema social ao sistema penal implica na redefinição de seus termos, adequando-se à lógica deste. Assim, aquilo que antes era compreendido como um fenômeno

complexo de desigualdade, gerado no âmbito das relações sociais, passa a ser reduzido a um ato concreto de violência envolvendo indivíduos determinados.

O enfrentamento da violência de gênero, desse modo, não se dará através da intervenção do sistema penal. É preciso buscar instrumentos eficazes e menos nocivos, posto que o sistema penal, além de não realizar as suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos, evitação de condutas danosas e solução de conflitos, “ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência” (KARAM, 2006, p. 7). Para a superação das relações de desigualdade, dominação e exclusão, é indispensável o rompimento com tendências criminalizadoras, sejam as sustentadas nos discursos de lei e ordem, sejam as apresentadas sob uma ótica que se declara progressista (KARAM, 2006).

Para Karam (2015), o sistema penal nunca atua efetivamente na proteção de direitos, uma vez que atua negativamente a partir da sanção a condutas proibidas. Por isso, não são as ações negativas (que proíbem condutas), mas as ações de natureza positiva (que promovem direitos) que, se realizadas pelo Estado, serão capazes de tornar efetiva a proteção dos direitos humanos fundamentais. Consequentemente, a criminalização apenas ilusoriamente representa um avanço ao movimento feminista e à defesa dos interesses das mulheres e a construção de sua cidadania (ANDRADE 1996).

A utilização do Direito Penal como instrumento simbólico produz efeitos reais e perversos sobre pessoas reais, atingindo não somente as pessoas cujas condutas serão criminalizadas como também as mulheres que buscam no sistema de justiça criminal a proteção ou tutela de seus direitos.

### **A DEMANDA (NEO) CRIMINALIZADORA: ENTRE EXPANSÃO PUNITIVA E MEDIDAS ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

O crescente anseio pela punição no centro do debate acerca dos direitos humanos não é um fenômeno isolado do Brasil (SINGER, 1998). Ao contrário, trata-se de uma tendência mundial das três últimas décadas do século XX, que perpassa a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência (caritativo) para um Estado penal e policial (WACQUANT, 2003). No Brasil, paralelamente ao agravamento da situação econômica houve um crescimento das taxas de encarceramento (SINGER, 1998).

Esse período é marcado por significativas mudanças no Direito Penal e Processual Penal de diversos países ocidentais. Consolida-se, então, uma tendência a criação de novos tipos penais, agravamento daqueles tipos já existentes, recrudescimento das penas previstas e flexibilização dos princípios e garantias dos acusados (SILVA SÁNCHEZ, 2013). O movimento de expansão do direito penal surge com a comunicação em massa alcançando o seu maior grau de globalização, sendo o discurso do atual autoritarismo estadunidense, de recrudescimento das agências penais e de combate severo à criminalidade, o mais difundido pelo mundo (ZAFFARONI, 2007). Essa difusão é favorecida porque, nas palavras de Zaffaroni,

*(...) o discurso popularesco, grosseiro e primitivo tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde coesão e está ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e völkisch que seja; a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples. (ZAFFARONI, 2007, P. 72-73)*

Por ser uma mensagem de fácil propagação, rentável para os empresários da comunicação, funcional para controlar os excluídos e satisfatória para as classes médias deterioradas, o recurso

à criminalização e o discurso autoritário é apropriado e disputado no campo político (ZAFFARONI, 2007). Também amplos setores da esquerda passam a reivindicar a extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, apropriando-se de um generalizado clamor contra a impunidade (KARAM, 2015).

Inebriados pela reação punitiva, estes setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoadores do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação de poder – e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. Parecendo ter se esquecido das contradições e da divisão da sociedade em classes, não conseguem perceber que, sob o capitalismo, a seleção de que são objeto os autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes (para que, sendo presos, processados ou condenados, desempenhem o papel de criminosos), naturalmente, terá que obedecer à regra básica de uma tal formação social – a desigualdade na distribuição de bens. (KARAM, 2015, p. 81)

Nesse contexto, o movimento feminista, assim como outros movimentos de esquerda, passa a reivindicar uma reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, como a violência contra a mulher, seja pela criação de novos tipos penais ou pelo recrudescimento das penas (KARAM, 2015). Segundo Andrade (1996, 2003), enquanto na década de 1960 o movimento feminista aderiu à Criminologia crítica na tendência à minimização do sistema penal, sobretudo para a descriminalização das ofensas contra a moral sexual, como o adultério, a sedução e as casas de prostituição, uma convergência de fatores contribuiu para que, nas décadas seguintes, aumentasse a demanda pela criminalização de condutas até então não criminalizadas, particularmente a violência doméstica e o assédio sexual.

Particularmente no cenário brasileiro, a primeira década do século XXI foi marcada por um processo de dupla via: ao mesmo tempo em que se discutia a descriminalização de condutas tipificadas penalmente, discutia-se a criminalização de condutas até então não tipificadas, o agravamento de penas (como no caso do feminicídio) e a redefinição de crimes sexuais (ANDRADE, 2005), que, até a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, eram considerados crimes contra os costumes, e não contra a dignidade sexual. Apesar de agora serem considerados crimes contra a liberdade sexual, o novo enfoque não foi capaz de mudar o real tratamento dispensado às mulheres vítimas dentro do sistema de justiça criminal, cuja atuação continua se pautando em tratamentos diferenciados a partir da conduta sexual pretérita da mulher e a partir de uma moral conservadora (SIMÕES, 2017).

Essa postura tem recebido apoio de segmentos do movimento feminista brasileiro e da população em geral, que entendem tal como um progresso ou avanço na luta pela diminuição da violência contra as mulheres. Desse modo, a violência contra as mulheres e a impunidade masculina se tornam pontos centrais da agenda feminista, elegendo o controle penal como mecanismo prioritário de resposta a estes problemas. A partir dos anos noventa, na América Latina, foram aprovadas reformas legais para tipificar a violência contra as mulheres, em especial a doméstica e familiar: Bolívia (1995), Equador (1995), Peru (1997), Honduras (1997), Paraguai (2000), Chile (2005), Brasil (2006), Costa Rica (2007), México (2007), Colômbia (2008), Guatemala (2008), Argentina (2009), El Salvador (2010), Nicarágua (2012), Panamá (2013) (CAMPOS, 2015).

Mais recentemente, no Brasil, temos como exemplos paradigmáticos desta postura a Lei 13.104, de 09 de março de 2015, que introduziu a qualificadora do feminicídio ao crime de

homicídio<sup>1</sup>, e a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o Código Penal para, dentre outras medidas, tipificar os crimes de importunação sexual e divulgação de cenas de estupro por qualquer meio, ambos com pena de um a cinco anos de reclusão, se o ato não constituir crime mais grave. Ambas as legislações foram comemoradas por grande parte do movimento feminista brasileiro, que as entendeu como importantes vitórias para o avanço da luta pelos direitos das mulheres.

Apesar das mudanças legislativas, os números de mortes de mulheres aumentaram significativamente nos últimos 39 anos. Em 1980, havia uma taxa de 2,3 assassinatos para um grupo de 100 mil mulheres, enquanto em 2010, a taxa atingiu 4,6 mortes a cada 100 mil mulheres. Nesses 30 anos, foram assassinadas mais de 92 mil mulheres, o que representa um aumento de 230% (WAISELFISZ, 2012). O Mapa da Violência do ano de 2015 concluiu que a maioria das vítimas são negras e que, enquanto a vitimação de mulheres brancas apresentou uma queda de 9,8% entre 2003 e 2013, a mortalidade de mulheres negras aumentou cerca de 54% nesse mesmo período. Em números absolutos, a partir da vigência da Lei Maria da Penha até o ano de 2013, enquanto o número de vítimas cai de 2,1% entre as mulheres brancas, há um aumento de 35% entre as mulheres negras. Enquanto no ano de 2003 o índice de vitimação negra<sup>2</sup> era de 22,9%, ou seja, morriam assassinadas, proporcionalmente, 22,3% mais mulheres negras do que brancas, esse índice chegou, em 2013, a 66,7% (WAISELFISZ, 2015).

No ano de 2013, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) levou a campo um questionário sobre vitimação, a partir do qual foi possível estimar que a cada ano no Brasil ocorrem cerca de 527 mil tentativas ou casos consumados de Estupro, dos quais apenas 10% são reportados à polícia. Essa informação é consistente com os dados do Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, segundo o qual, no ano de 2012, foram notificados 50.617 casos de violência sexual. Os dados levantados pelo IPEA demonstram, ainda, que 88,5% das vítimas de estupro eram mulheres e que mais da metade tinha menos de 13 anos. Do total, 46% não possuía o ensino fundamental completo e 51% era de cor preta ou parda. No geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos da vítima (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Esses dados revelam, como aponta Larrauri, que a desigualdade de gênero não é a única variável a ser trabalhada pelo movimento feminista, uma vez que se intersecciona com outras desigualdades e opressões que atingem as mulheres em seu contexto social. Desse modo, diversos outros elementos favorecem ou afastam, de acordo com cada grupo de mulheres, o risco de ser vítima de violência de gênero, bem como a resposta que será dada pelo sistema de justiça criminal.

Os números acima revelam que, mesmo com a criminalização de condutas e o agravamento de penas, a violência contra a mulher permanece em crescimento. Por isso, e como outrora já apontava a criminologia crítica e feminista, medidas alternativas à punição devem ser buscadas pelo movimento feminista, a fim de encontrar uma resposta efetiva à violência contra a mulher e que rompa com a lógica dominante de responsabilização individual de questões que demandam uma mudança da própria estrutura da sociedade. Nesse sentido, apesar das críticas ao caráter punitivista da Lei Maria da Penha, como o aumento da pena para a qualificadora da

---

<sup>1</sup> Campos (2015) assinala que o feminicídio está tipificado em diversos países latinoamericanos, como Costa Rica (2007), Colômbia (2008), Guatemala (2008), Chile (2010), El Salvador (2010), Argentina (2012), México (2012), Nicarágua (2012), Bolívia (2013), Honduras (2013), Panamá (2013), Peru (2013), Equador (2014) e Venezuela (2014).

<sup>2</sup> Segundo Maiselfisz (2015), denomina-se índice de vitimação negra a distância relativa entre as taxas de vítimas brancas e negras, que nada mais é do que a diferença percentual entre a taxa de assassinato de mulheres brancas e negras.

violência doméstica no artigo 129, § 9º, do Código Penal<sup>3</sup> (MONTENEGRO, 2015), a Lei conceituou normativamente a violência de gênero e estabeleceu diversas medidas de natureza extrapenal, dentre as quais se destacam as seguintes:

(a) os programas de longo prazo como planejamento das políticas públicas, promoção de pesquisas e estatísticas, controle da publicidade sexista; (b) as medidas emergenciais como a criação de cadastro de programas assistenciais governamentais nos quais as mulheres em situação de violência doméstica tenham prioridade de assistência, sobretudo quando há risco à sua integridade física e psicológica, e a previsão de remoção ou de afastamento do trabalho de forma prioritária quando a servidora pública é vítima ou sua integridade física e psíquica encontra-se em risco; e (c) as medidas de proteção ou contenção da violência como criação de programas de atendimento ou proteção, fornecimento de assistência judiciária gratuita, possibilidade de atendimento por equipe multidisciplinar. (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 145)

Ainda, a Lei Maria da Penha trouxe a previsão de medidas protetivas de urgência, bem como a possibilidade de os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher contarem com equipes de atendimento multidisciplinar, integradas por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, bem como a possibilidade de criação de centros de educação e de reabilitação aos agressores. Em países como Portugal e Espanha, onde foram implementados esses centros há mais de uma década, os resultados demonstraram a sua eficácia na prevenção de futuros episódios de violência doméstica contra a mulher (GONÇALES, 2014).

A realidade demonstra, como apontam as teorias crítica e feminista, que medidas extrapenais se mostra mais eficazes no combate à violência do que o incremento do poder punitivo, seja porque as medidas penais servem apenas à ilusória satisfação de uma onda de impunidade, seja porque as medidas penais não pretendem ser reflexivas. Dessa maneira, interseccionar a desigualdade de gênero com outras violências, aplicando medidas extrapenais aos contextos sociais permitem a compreensão da violência por outra ótica, afastando a tutela penal patriarcal de ser a única possibilidade de respostas às violências.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, o discurso punitivista tem nova roupagem, já que os movimentos de esquerda buscam no Direito Penal uma forma de emancipação das minorias a partir da criminalização de condutas ofensivas. Nesse contexto, o movimento feminista passa a reivindicar uma reação punitiva, seja pela criação de novos tipos penais ou pelo recrudescimento das penas, a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal.

Apesar do incremento dos mecanismos de repressão, os casos de violência contra a mulher, como demonstram as pesquisas, não sofreram redução. A complexidade que envolve a problemática revela que a repressão penal se mostra ineficaz, pois há uma relação intrínseca entre o sistema de justiça criminal e as estruturas que conformam as relações sociais que subordinam e violentam as mulheres.

Por isso, apesar da crença no recurso ao direito penal como fator decisivo para a solução dos problemas e transformação das relações sociais, apenas ilusoriamente a criminalização de novas condutas representa um avanço ao movimento feminista, já que nenhuma reação punitiva

---

<sup>3</sup> Anteriormente, a Lei 10.886, de 16 de junho de 2004, havia incluído o § 9º ao artigo 129 do Código Penal, trazendo a qualificadora da violência doméstica para os crimes de lesão corporal quando praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, cuja pena era de 06 meses a 01 ano, bem como incluiu, no § 10 do mesmo dispositivo, a causa de aumento de pena de 1/3 para os crimes de lesão corporal de natureza grave e lesão corporal seguida de morte no contexto de violência doméstica.

é capaz de pôr fim à impunidade ou à criminalidade de qualquer natureza. Assim, medidas alternativas à punição devem ser buscadas pelo movimento feminista, a fim de encontrar uma resposta efetiva à violência contra a mulher e que rompa com a lógica dominante de responsabilização individual de questões que demandam uma mudança da própria estrutura da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 17, n. 33, p. 87-114, abr. 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 105-117.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (des)ilusão**. Local: Editora, 2012.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. **Anuário de Filosofia del Derecho IX**. Madrid: Ministério de la Justicia, 1992. p. 43-73.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.143-172.

CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. Nota Técnica, n. 11, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, mar. 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf). Acesso em: 16 nov. 2019.

GONLÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 38-52, jan-jun. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos: crime direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 79-92, 1º sem. 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: O paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim**, v. 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal: violencia doméstica**. Buenos Aires: Editora B de F, 2008.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÕES, Heloisa Vieira. Direito Penal como instrumento de luta contra a violência de gênero: Possibilidades de aproximação entre feminismos e abolicionismo penal. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13<sup>th</sup> Women's Worlds Congress**, Florianópolis, 2017. Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero [recurso eletrônico]. Florianópolis: UFSC, 2018. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SINGER, Helena. Direitos humanos e volúpia punitiva: o caso do Brasil. **Oficinas do CES**, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, nº 117, mai. 1998.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2015. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 16 nov. 2019.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012. Atualização: Homicídio de mulheres**. Brasília: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Disponível em: [https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012\\_atual\\_mulheres.pdf](https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf) . Acesso em: 16 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.



**Franciele Silva Cardoso**

Doutora em Direito Penal e Criminologia (USP). Professora adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas (UFG).

**Beatriz Borges e Silva**

Graduanda em Direito (UFG)

### **INTRODUÇÃO**

A loucura, ainda hoje, carrega estigmas e preconceitos cuja origem vem de longa data. Já nos primórdios da época medieval, a figura do louco era compreendida como uma manifestação diabólica, decorrente da ausência de Deus e em razão disso, deveria ser punida conforme os ditames da igreja. Durante o período renascentista, por sua vez, a loucura era escorraçada e isolada das cidades pela burguesia em ascensão, com a criação dos chamados hospitais dos loucos e casas de internação, local que se assemelhava ao que conhecemos hoje por Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP).

Segundo Foucault, “a doença só tem realidade e valor de doença no interior de uma cultura que a reconhece como tal” (FOUCAULT, 1975, p. 49). Dessa forma, até o advento de uma medicina positiva que passou a entender a loucura como fruto de transtornos e doenças mentais passíveis de tratamento, percorreu-se um longo e difícil caminho, que infelizmente estigmatizou a figura do louco até os dias atuais, revestindo-lhe de preconceitos que acarretam em sua exclusão social mesmo depois de todo esse tempo.

O chamado louco infrator, por sua vez, tido como aquela pessoa que possui algum tipo de transtorno ou doença mental e, em decorrência dela, comete um crime, é duplamente estigmatizado, pois, além de carregar os julgamentos sociais da própria loucura, traz em si também o preconceito imputado ao criminoso pela sociedade.

Essa visão, somada a cultura do encarceramento da loucura, trouxe um modelo de execução das medidas de segurança pautado na internação pelo qual muitas vezes os pacientes são esquecidos à própria sorte em locais sem qualquer infraestrutura e sem o tratamento adequado, que são os manicômios judiciários.

Ainda que a Lei 10.216/01, também conhecida como lei antimanicomial, em uma tentativa de reforma psiquiátrica brasileira, tenha vedado expressamente esse tipo de internação asilar, conforme se verá na presente pesquisa, considerando-se os dados obtidos pelo Censo de 2011 da professora Débora Diniz e pela Inspeção ao Manicômios Judiciários, de 2015, realizada pelo Conselho Federal de Psicologia; verifica-se que a internação em HCTPs ainda se faz regra no que diz respeito à aplicação das medidas de segurança no país.

Em meio a esse cenário de descaso e violação de direitos fundamentais dos pacientes internados nesses locais, surge em Goiás o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), como uma alternativa à velha tradição manicomial. Idealizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, em parceria com a Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, buscando atender as alterações trazidas pela Lei nº. 10.216/2001, o PAILI, compreendendo o caráter terapêutico das medidas de segurança, preza pela liberdade e desinternação dos indivíduos a ela submetidos. O programa se vale do tratamento ambulatorial em detrimento da internação, através de um

projeto terapêutico individualizado elaborado de acordo com as necessidades de cada paciente, havendo esforços e supervisão conjunta do Ministério Público e de toda uma rede de atenção em saúde mental, visando à reinserção do paciente em sua família e na sociedade.

Nesse sentido, considerando-se mais de dez anos de exitosa existência do PAILI em Goiás, buscar-se-á compreender nesta pesquisa, a realidade nacional dos pacientes submetidos à medida de segurança em todo o território brasileiro, de modo a compará-la com o cenário goiano. Valendo-se do método hipotético dedutivo, pretende-se verificar a hipótese de que a adoção do PAILI em nível nacional seria viável e benéfica, a fim de romper de vez com os antigos padrões de aplicação das medidas de segurança, prezando por um tratamento mais humanizado.

Em aspecto teórico, ter-se-á como referencial para compreender o conceito de loucura e a forma com que ela foi tratada no decorrer do tempo, a obra de Foucault, *História da Loucura*. Além disso, para trabalhara questão das consequências da estrutura manicomial, o presente estudo edificar-se-á, principalmente, nas pesquisas de Erving Goffman publicadas em sua obra *Manicômios, prisões e conventos*.

Para traçar um panorama da aplicação das medidas de segurança no Brasil atualmente, analisar-se-ão os dados obtidos pelo *Censo de 2011*, elaborado pela Professora da Universidade de Brasília, Débora Diniz, bem como a *Inspeção aos Manicômios* realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia.

Por fim, para verificar as mudanças geradas pela aplicação do PAILI em Goiás, coletar-se-ão dados na sede do Programa, obtidos por levantamento, tomando-se por base, ainda, a obra *Loucos por Liberdade*, de autoria grande idealizador do Programa, Haroldo Caetano.

## **AS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

As medidas de segurança consistem em sanções aplicáveis a quem pratica crime, mas que não possui responsabilidade penal ou tem reduzida a capacidade de compreensão do ilícito em função de um transtorno mental (CAETANO, 2019, p. 31).

Com origem nas ideias da Escola Positiva de Direito Penal, cujos principais representantes foram Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, pautando-se na noção patológica do criminoso e no conceito de periculosidade, as medidas de segurança surgem pela primeira vez no Código Penal Suíço de 1893, como um mecanismo de defesa social, buscando-se a prevenção de crimes. Foram também instituídas pelo Código Penal Italiano de 1930, durante o governo fascista de Benito Mussolini (CAETANO, 2019, p. 39-40).

Após, se espalharam por diversos outros códigos ao redor do mundo, mantendo, contudo, os ideais positivistas de que o crime deve ser prevenido mais que reprimido, introduzido um sistema punitivo fundado na personalidade do sujeito e na valoração de sua periculosidade social em detrimento dos princípios da legalidade, alcançando tanto os delinquentes imputáveis quanto os inimputáveis (cf. FERRAJOLI, 2006, P. 718 apud CAETANO, 2019,p.40).

### **As medidas de segurança no Brasil**

No Brasil, mesmo antes do Código Suíço de 1893, esboços do que seriam as medidas de segurança já existiam em nossa legislação. Desde o Código Criminal do Império, citava-se a existência das chamadas medidas de tratamento, que em princípio possuíam caráter humanitário e administrativo, uma vez que os loucos não podiam ser julgados à época.

Em 1890, com o advento do Código Penal da República, tais medidas de tratamento novamente foram mencionadas. Sobre o assunto,

(...) impunha o art. 29 o recolhimento de inimputáveis em hospitais para alienados, ou em casa de familiares, fixando ainda o art. 43 casos de interdição, suspensão e perda do emprego público. Nesse diapasão eram o art. 40, do mesmo Código, que ordenava a reclusão do vadio reincidente em colônias penais, e o seu parágrafo único, que dispunha sobre a deportação, se fosse estrangeiro (FERRARI, 2001, p. 33).

Pela primeira vez disciplinadas pelo Decreto 1.132, de 22 de dezembro de 1903, as medidas de tratamento se pautavam no recolhimento dos indivíduos com algum tipo de doença mental, que comprometessem a ordem ou a segurança pública, nos institutos para alienados (FERRARI, 2001, p. 33).

Contudo, foi apenas com o Código Penal de 1940 que as medidas de segurança foram efetivamente inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. No contexto do Estado Novo de Getúlio Vargas, o então novo Código Penal, com influências da legislação fascista italiana, em seu art. 76, estabeleceu dois requisitos para a aplicação das medidas de segurança, sendo eles a prática do crime e a periculosidade do agente.

Em princípio, as medidas de segurança eram impostas tanto ao imputáveis quanto aos inimputáveis, com a adoção do sistema duplo binário, pautando-se na presunção de periculosidade do indivíduo para sua aplicação e valendo-se apenas de um tempo mínimo de internação, ausente um limite máximo da execução da medida de segurança, que tendia a perpetuidade. Assim, poderia ocorrer para o condenado presumidamente perigoso, a imposição sucessiva da pena e da medida de segurança em decorrência do mesmo fato (DOTTI, 2002, p. 621 apud CAETANO, 2019, p. 45).

Com a reforma penal de 1984 e com o advento do sistema vicariante, as medidas de segurança passaram a ser exclusividade daqueles tidos como inimputáveis ou semi-imputáveis, não mais podendo ser aplicadas concomitantemente com as penas, deixando de ter um caráter sancionatório para serem tidas como forma de tratamento.

Nesse sentido, o art. 26 do CP determina que o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo do fato, incapaz de entender o seu caráter ilícito ou de determinar-se conforme esse entendimento, fica isento de pena. Assim, a sentença que aplica as medidas de segurança é chamada de absolutória imprópria, pois não se trata de sanção penal, mas tratamento a ser aplicado a esses indivíduos.

Atualmente, o Código Penal, em seu art. 96, prevê duas modalidades para cumprimento das medidas de segurança, sendo elas o tratamento ambulatorial e a internação. O tratamento ambulatorial, conforme preconiza o art. 97 do CP, pode ser indicado pelo juiz quando a pena do crime cometido é de detenção. Contudo, a regra da execução das medidas de segurança se dá por internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) ou em outro estabelecimento adequado.

Ocorre que, na realidade, esses hospitais não passam de meras prisões. Sua estrutura, na maioria das vezes é composta por celas, sendo dotados de ambientes insalubres e sem a mínima estrutura para receber pacientes. Além disso, muitas vezes, na ausência de um HCTP na região, os loucos infratores são levados para alas improvisadas localizadas em presídios locais.

Além disso, a ausência de um tempo máximo de duração das medidas de segurança fazia com que a grande maioria dos internos tivessem sua liberdade privada por tempo superior à pena máxima abstrata aplicada ao crime por eles cometidos, tornando-se uma verdadeira espécie de prisão perpétua. Apenas em 2005 que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o *Habeas*

*Corpus 84.219-4*, passou a limitar o tempo máximo de trinta anos para a execução das medidas de segurança.

Por todo o exposto, verifica-se que, aquilo que deveria ser tido como um tratamento benéfico a essas pessoas que tanto já sofrem com o preconceito na sociedade, acabou por se tornar uma forma de castigo aplicado pelo Estado na tentativa de segregá-las do convívio social, pautando-se na superada ideia de periculosidade, valendo-se de ambientes degradantes nos quais os pacientes vêem seus direitos fundamentais constantemente atacados.

## **A REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA**

Diante desse quadro de completo descaso para com as pessoas que sofrem de transtornos e doenças mentais, em 2001, foi criada a Lei nº 10.216, popularmente conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial. Fruto de anos de luta, essa lei surge com o intuito de reformular todas as políticas de atenção à saúde mental, deixando de lado o tradicional modelo de internação, para sustentar uma nova forma de tratamento, voltada para os cuidados ambulatoriais em uma rede de atenção psicossocial integrada.

Trazendo diversos direitos da pessoa portadora de transtorno mental, o art. 2º da Lei nº 10.216/01 dispõe que:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. (BRASIL, 2001)

Assim, tem-se que a reforma psiquiátrica brasileira veio como uma tentativa de garantir e proteger os direitos fundamentais da pessoa com transtornos mentais, tais como sua dignidade e liberdade, buscando sempre a sua reinserção social a ser trabalhada em conjunto com a rede de atenção psicossocial (RAPS) e sua família.

Além disso, em seu art. 4º, a Lei Antimanicomial determina a utilização da internação, como modalidade de tratamento, apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, vedando expressamente, em seu § 3º, a internação em locais de características asilares.

Direcionada a todas as pessoas portadoras de transtornos mentais, a mencionada lei também alcança figura do louco infrator. Com isso, o surgimento da reforma psiquiátrica trouxe mudanças a ser trabalhadas no âmbito das medidas de segurança, a começar pela proibição da internação em instituições de caráter asilar, afinal, a figura do manicômio judiciário consiste em um verdadeiro hospital com celas, mencionando-se ainda as alas psiquiátricas das prisões. Há que se falar também na questão da internação como regra de aplicação das medidas de segurança, o que, conforme os ditames da Lei nº 10.216/01 só poderia se dar em última hipótese.

Portanto, a Lei Antimanicomial deveria ser utilizada como forma de repensar a execução das medidas de segurança a fim de dar a elas um caráter mais humano e digno. Contudo, infelizmente, a realidade do nosso país ainda está longe de se adequar aos ditames da reforma psiquiátrica, faltam políticas públicas e de atenção por parte do Estado para buscar essa adequação e, infelizmente, o preço é pago por aqueles que tem sua liberdade privada nessas verdadeiras masmorras.

## **O PAILI EM GOIÁS**

O Estado de Goiás, com o intuito de se adequar aos ditames da Lei nº 10.216/01, ante a proibição da internação em locais asilares, não conta com a presença de HCTPs no Estado para a aplicação das medidas de segurança. Sua execução se dá pelo Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) surge como uma grande alternativa aos antigos manicômios judiciários, em consonância com o novo redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental.

Desde o ano de 1996 discutia-se a execução das medidas de segurança, uma vez que eram recorrentes os casos de segregação na penitenciária local à época - CEPAIGO – de pessoas submetidas a esse regime, chegando a ser instaurada uma ação civil pública pelo promotor de justiça Haroldo Caetano da Silva a fim de que fosse feito o levantamento desses casos.

Após esse levantamento constatou-se que cerca de trinta homens com transtornos psiquiátricos encontravam-se em total abandono, trancafiados por vários anos no CEPAIGO, esquecidos à própria sorte, relegados da própria condição humana; de sua dignidade, num cenário de absoluta degradação (MPGO, 2013, p. 09).

Com o intuito de dar uma solução a essa situação, em 1999, foi interposto pelo Ministério Público um Incidente de Excesso de Execução (previsto nos arts. 185 e 186 da Lei de Execução Penal). O referido incidente ensejou duas decisões marcantes para o tratamento da medida de segurança no Estado de Goiás, uma proferida pela Vara de Execução Penal de Goiânia (VEP), em 1999, e a outra pelo Tribunal de Justiça já no ano 2000. Tais decisões tinham o seguinte teor: ficava terminantemente proibido o ingresso de novos pacientes submetidos à medida de segurança na penitenciária e determinava a soltura dos pacientes psiquiátricos que se encontravam ilegalmente presos (MPGO, 2013, p. 09).

A falta de um hospital de custódia no estado de Goiás foi solucionada apenas no ano de 2006 com a implantação do PAILI – Programa De Atenção Integral ao Louco Infrator. O programa funciona mediante a participação da rede de clínicas psiquiátricas conveniadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) e serviços substitutivos (CAPS).

Surgido inicialmente com a intenção de fazer um levantamento das medidas de segurança em execução no estado de Goiás e, com a nova realidade normativa trazida pela Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001), qual seja: as medidas de segurança passaram a ser tratadas pelos serviços de saúde pública não ficando apenas na seara do direito penal, o PAILI ganhou força possibilitando sua ampliação até chegar na conformação que temos hoje.

Portanto, o PAILI consiste em uma política de saúde pública, decorrente da união de esforços do Ministério Público do Estado de Goiás, das Secretarias de Saúde do Estado de Goiás e do Município de Goiânia, Tribunal de Justiça e Secretaria de Justiça, cuja função consiste na execução das medidas de segurança em todo o Estado, acompanhando seus pacientes no âmbito dos dispositivos do Sistema Único de Saúde e do Sistema único de Assistência Social.

O programa tem como objetivos prioritários a análise clínica, psicossocial e jurídica de cada caso em particular, primando por um atendimento único, completamente individualizado, com a integração do núcleo familiar no tratamento, o que torna mais fácil a readaptação dos laços familiares e o posterior retorno do doente mental ao lar. Garantindo, portanto, maior eficácia ao tratamento. Os avanços no quadro clínico do paciente deverão ser comunicados à autoridade judiciária.

O PAILI garante um acesso facilitado à justiça, de forma mais ágil e sem burocracia, por agir como intermediário entre o juiz e o paciente, tornando célere a aplicação efetiva da terapia exigida para cada paciente em particular, dispensando procedimentos burocráticos típicos dos procedimentos puramente judiciais, o que facilita o objetivo maior: o mais amplo tratamento do paciente e sua inclusão à família e à sociedade, tudo por conta da irrestrita autonomia assegurada às equipes multidisciplinares.

Essa maior liberdade de atuação dos profissionais da saúde mental e das clínicas psiquiátricas possibilita a quebra de resistência ao acolhimento de pacientes do programa, pois como possuem autonomia para ditar o tratamento, não ficam dependentes de decisões judiciais para encaminhar o paciente para a família ou para a residência terapêutica. Evitando, também, as internações com prazo indeterminado, que por vezes chegam a caracterizar a perpétua privação da liberdade do paciente.

### **O protocolo de atendimento do PAILI**

Transitada em julgado a sentença absolutória sumária que aplicou a medida de segurança e expedida a guia judicial, nos termos do art. 171 da LEP, o paciente é acolhido pelo PAILI. Estando ele preso preventivamente, assim que for recebido o ofício que comunique o trânsito em julgado da sentença, o estabelecimento prisional liberará o paciente mediante requisição imediata da equipe técnica do programa. Nos casos em que o paciente esteja em liberdade, será feita sua notificação para que compareça à sede do PAILI a fim que seja confeccionado seu projeto terapêutico particular.

Durante o acolhimento, certifica-se a situação judicial do paciente e inicia-se a busca por seus familiares, a fim de garantir sua participação durante todas as fases de execução da medida de segurança. Além disso, destaca-se a importância da localização da família para que o tratamento seja realizado o mais próximo possível de seu domicílio. Analisa-se também seu quadro clínico para que se possa desenvolver o seu projeto terapêutico individualizado.

A equipe técnica do PAILI tem autonomia plena para, junto com a Rede de Atenção Psicossocial, definir o melhor tratamento indicado em cada caso, elaborando o respectivo projeto terapêutico e, diante de eventuais mudanças no quadro clínico do paciente, fazer as necessárias alterações ou correções de rumo.

O mencionado projeto é dinâmico, sofrendo modificações de acordo com as necessidades do paciente. Nesse sentido, caso um paciente seja inicialmente submetido a um tratamento ambulatorial, mas em seu decorrer se faça necessária sua internação em uma leitos psiquiátricos

da rede SUS, esta poderá ser realizada, desde que haja recomendações médicas para tal; sendo o oposto também possível.

Ressalta-se que, além do tratamento psicológico, o paciente também é submetido à demais tratamentos de saúde, como cardíaco e odontológico, de acordo com suas necessidades, afinal, o doente mental tem direito de cuidar de sua saúde assim como qualquer outra pessoa.

Definido o projeto terapêutico, o paciente será encaminhado para a RAPS, onde seu tratamento será realizado pelos Centros de Apoio Psicossociais no município de residência do paciente ou de seus familiares ou nas Unidades de Atenção Básica à Saúde de seu território, quando não houver CAPS na sua região.

Encaminhado o paciente, inicia-se o monitoramento do tratamento pelo programa.

Dentre suas atividades está o acompanhamento de pacientes em audiências e em perícias médicas, quando não há suporte familiar, auxiliar familiares nas intervenções nos momentos de crise, realizar visitas domiciliares e institucionais em todos os municípios) onde há pacientes em Medida de Segurança acompanhadas pelo PAILI, bem como buscar apoio intersectorial, visando atenção integral ao Louco Infrator.

O monitoramento deve ser comunicado ao juízo de execução penal responsável pelo processo por meio de relatórios periódicos, geralmente mensais, nos quais deve-se informar a situação do paciente, como ele tem reagido ao tratamento, se conta com apoio familiar, a existência de dificuldades de aplicar-se o tratamento pela rede, se houve necessidade de internação, dentre outros aspectos necessários para que o juiz compreenda e esteja à par da realidade do paciente.

O acompanhamento do paciente pela equipe técnica do PAILI acontecerá até que ele tenha condições e autonomia para conviver em sociedade sem o auxílio do programa. Nota-se que, em Goiás, não há que se falar em exame de cessação de periculosidade, tendo este sido substituído por um exame de avaliação psicossocial, que deverá responder à critérios básicos pré-definidos pelo Ministério Público (MPGO, 2013, p. 27); podendo outros serem elaborados pelo Juiz, Defensoria Pública ante cada caso concreto.

Os resultados desse exame será enviado ao juiz em um relatório de avaliação psicossocial, devendo o magistrado decidir, com base nos dados obtidos, pela continuação ou extinção da medida de segurança.

Extinta a medida e reinserido o paciente ao convívio social e familiar para que este, com autonomia consiga seguir sua vida sem a necessidade de supervisão de seu tratamento, diz-se então que o PAILI cumpriu com êxito sua função, ficando, contudo, com as portas abertas, sendo sempre um referencial de apoio para aqueles que por lá passaram.

## **O PAILI em números**

Em mais de dez anos da implementação do programa, passaram pelo PAILI cerca de 745 pacientes, dos quais 294 tiveram sua medida extinta. Atualmente, o programa atende 372 pacientes, sendo que a grande maioria deles (267) estão em tratamento ambulatorial e, apenas 11 encontram-se internados (PAILI, 2013).

Fruto de uma proposta ousada e diferente de todo o panorama nacional, ainda estagnado nos antigos HCTPs, mesmo diante do advento da lei antimanicomial. Inspirado, pelo pioneirismo do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI – PJ), de Minas Gerais, o PAILI dele se difere por se tratar de uma política estabelecida em âmbito de saúde pública, ao passo que àquele

está subordinado ao Tribunal de Justiça do Estado. Além disso, o PAI-PJ, diferentemente do que ocorre em Goiás, não contempla todos os indivíduos em medida de segurança do Estado de Minas Gerais, convivendo com três Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), nas cidades de Barbacena, Ribeirão das Neves e Juiz de Fora, nos quais as medidas de segurança ainda são executadas na modalidade internação com restrição de liberdade (DINIZ, 2013, p. 21).

Assim, verifica-se que desde o ano de 2006, com a criação do PAILI, todas as pessoas submetidas à medida de segurança em Goiás não sofre com o risco de serem submetidas à uma internação asilar em um manicômio judiciário, uma vez que acolhidas pela RAPS, passaram a ter acesso, sem distinção dos demais usuários do serviço, todos os dispositivos designados na política nacional de saúde mental (CAETANO, 2019, p.185-186).

No tocante à reincidência de seus pacientes, ainda que não seja parâmetro de validação de uma política de saúde, bem como, em se tratando de medida aplicada em razão de sentença penal absolutória, não haver como se falar em reincidência nos ditames do art. 63 do CP; tem-se que, dentre os acolhidos pelo PAILI, o índice daqueles que voltam a cometer crimes é de 5% (PAILI, 2019), sendo portanto, ínfimo.

O PAILI hoje conta com reconhecimento nacional no âmbito da aplicação das medidas de segurança, tendo recebido o seu idealizador, Haroldo Silva Caetano, o prêmio Innovare pelo trabalho realizado com o programa. Diversas pessoas do Brasil todo vem à Goiás com a intenção de conhecer melhor o trabalho aqui realizado e ainda, cabe ressaltar as diversas recomendações, diretas e indiretas, feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Ministérios da Saúde e Justiça.

No ano de 2016, o PAILI foi indicado perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio de provocação das Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Pernambuco, como uma possibilidade real de se fechar os manicômios judiciários em todo o país.

Neste ano de 2019, pela Resolução nº 08, de 14 de agosto de 2019, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, segundo a qual:

Art. 24 A medida de segurança aplicada aos (às) portadores (as) de transtornos mentais ou em uso problemático de drogas em conflito com a lei e considerados inimputáveis, configuram-se em medidas de tratamento e não medidas de punição. Desta forma, estas (es) usuárias (os) passam a ser regidos pela Lei nº 10.216/2001, sendo a internação em instituições asilares proibidas.

Parágrafo Único As condições dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (“Inspeção aos manicômios” CFP, 2015) e a orientação de prioridade de cuidado em serviços comunitários pressupostos na Lei nº 10.216/2001, torna fundamental a reorientação das determinações vigentes para sua adequação a legislação sobre o tema e assim **considerar iniciativas de cuidado em liberdade para a clientela portadora de transtorno mental e/ou usuários(as) problemáticos(as) de álcool e outras drogas tais como o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator/PAILI (ganhador do prêmio Innovare 2009) e criar novos protocolos para esta grave situação de violação de direitos no país.** (*grifo meu*) (CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 09)

Assim, o PAILI é uma grande vitória na luta antimanicomial em Goiás, mostrando ser possível a aplicação das medidas de segurança em consonância com os ditames da reforma psiquiátrica da Lei nº 10.216/01, sem a figura dos manicômios judiciários, servindo de inspiração para todo o país.



## O ATUAL PANORAMA NACIONAL DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A cultura da internação e segregação da loucura transpassou barreiras temporais e espaciais, fazendo-se presente no mundo todo há diversos séculos. Foucault cita o século XVII como momento de surgimento dessas instituições. Segundo ele:

É sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas, por alguns meses. É bem sabido que o poder absoluto fez uso das cartas régias e de medidas de prisão arbitrárias; é menos sabido qual a consciência jurídica que poderia animar essas práticas. Sabe-se que os loucos, durante um século e meio, foram postos sob o regime desse internamento, e que um dia serão descobertos nas salas do Hospital Geral, nas celas das "casas de força"; percebe-se também que estavam misturados com a população das Workhouses ou Zuchthusern (FOUCAULT, 1978, p. 55).

Há época, não se tratava de uma ação com conotação médica, mas de simples segregação movida pelo desejo da burguesia ascendente em varrer das suas cidades tudo aquilo que ameaçasse a ordem social. Assim, nesses hospitais gerais e casas de internação, juntamente com os loucos, ficavam todos aqueles que eram socialmente mau vistos, como prostitutas, vagabundos e ladrões.

A internação servia, portanto, como um mecanismo de controle social. Os Hospitais Gerais buscam corrigir uma falha moral que não merece o tribunal dos homens, tem seu próprio estatuto ético e aparelho jurídico e material de repressão. Apenas a partir do século XIX que se passará a exigir que esses locais sejam destinados apenas aos loucos, não ficando mais misturados com outras pessoas (FOUCAULT, 1978, p. 84).

A figura do louco perigoso, por outro lado, fez-se insuficiente perante a sociedade a mera internação em um hospício comum, exigindo-se a criação de uma instituição total de caráter asilar para sua repressão: o manicômio judiciário (CAETANO, 2019, p. 99).

Os manicômios judiciários são instituições que “conseguem articular, de um lado, duas das realidades mais deprimentes das sociedades modernas – o asilo de alienados e a prisão – e, de outro, dois fantasmas mais trágicos que ‘perseguem’ a todos: o criminoso e o louco” (CARRARA, 2010, p. 17 apud CAETANO, 2019, p. 101).

No Brasil, com o advento da Lei nº 10.216/01, criada para reorientar o cuidado com a saúde mental no país, a internação nessas instituições de caráter asilar fora vedada, devido, justamente, às péssimas condições que elas oferecem, violando direitos fundamentais de seus internos. Contudo, os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátricos (ECTPs) resistiram à reforma psiquiátrica o modelo de internação em instituições totais, que sa regra geral em todo o país no que diz respeito à aplicação das medidas de segurança.

Conforme a pesquisa *Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*, encomendada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e organizada pela professora da Universidade de Brasília, Débora Diniz; no ano de 2011, havia no país 26 ECTPs, sendo 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs) localizadas em presídios ou penitenciárias (DINIZ, 2013, p. 19). Conforme dados colhidos:

Havia uma concentração de estabelecimentos nas regiões Sudeste e Nordeste, com 38% (10) dos ECTPs no Sudeste e 31% (8) no Nordeste. Na Região Sul, havia 12% (3) dos ECTPs. Na Região Norte, havia 12% (3) dos estabelecimentos, e a Região Centro-Oeste possuía 8% (2) dos estabelecimentos. Os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo continham 3 ECTPs cada um. Os estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Sergipe e Santa Catarina, além do Distrito Federal, tinham um único ECTP (DINIZ, 2013, p. 20).

O censo auferiu que a população dessas instituições, em território nacional, era de 3.989 pessoas internadas em hospitais ou alas psiquiátricas de presídios, dos quais 2.839 estavam em medida de segurança, 117 estavam em medida de segurança por conversão de pena e 1.033 estavam em situação de internação temporária. Dentre esses pacientes, 18 estavam internados há mais de trinta anos, demonstrando, portanto, que a limitação temporal estabelecida pelo STF não é obedecida na prática. Além desses, foram encontrados 606 indivíduos internados há mais tempo do que a pena máxima em abstrato da infração cometida, equivalente a 21% da população em medida de segurança (DINIZ, 2013, p. 35).

Dentre a população analisada pelo censo, cerca de 741 pessoas já não deveriam se encontrar internadas, quer seja em razão de sentença que deternira sua desinternação ou devido à laudo que informe a cessação da periculosidade, sendo que 41% destes se encontram em atraso. Estima-se que 1.194 pessoas sequer sabem se deveriam estar internadas em virtude da demora para realizar os laudos psiquiátricos (DINIZ, 2013, p. 41). Assim, tem-se que:

pelo menos um em cada quatro indivíduos não deveria estar internado; e para um terço deles não sabemos se a internação é justificada. Ou seja, para 1.866 pessoas (47%), a internação não se fundamenta por critérios legais e psiquiátricos. São indivíduos cujo direito a estar no mundo vem sendo cotidianamente violado (DINIZ, 2013, p. 16-17).

A situação de pessoas internadas há longos períodos de tempo, sem previsão de saída ou mesmo sem necessidade, só comprova o quão falho é o sistema de execução das medidas de segurança nos HCTPs. O que se tem é uma justiça morosa e sem estrutura para vistoriar a aplicação das medidas de segurança, privando, sem necessidade, diversas pessoas de sua liberdade em razão de mera burocracia.

No que diz respeito ao tipo de tratamento dispendido aos pacientes, verificou-se que, no panorama nacional, ao contrário da realidade presente em Goiás, apenas 1% (cerca de 39 pessoas) da população em medida de segurança está em tratamento ambulatorial, mostrando, assim, que mesmo com expressa determinação da Lei nº 10. 216/01 para se valer da internação apenas quando os demais recursos forem insuficientes e ela for extremamente necessária, a realidade das medidas de segurança ainda está pautada nos tradicionais hábitos de internação em massa.

Assim, a fim de aferir as condições de funcionamentos dos chamados manicômios judiciários, local que concentra a grande maioria da população em medida de segurança no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) em parceria com a OAB e Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA) organizou uma inspeção a esses estabelecimentos em 2015.

Ao todo, foram inspecionadas 18 unidades de ECTPs, não contemplando, contudo, as maiores unidades do país como as localizadas em São Paulo, Minas Gerais e Paraná. No entanto, ainda assim, os resultados encontrados foram alarmantes:

Apesar da reforma do Código Penal de 1984 ter mudado o nome dos manicômios judiciários para Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, estas instituições continuam a funcionar em ambiente carcerário, e em nada lembram um estabelecimento voltado para o cuidado em saúde; não obedecem a qualquer tipo de regulamentação sanitária, nem atendem a qualquer regramento criado para normatizar os estabelecimentos psiquiátricos, ou de saúde mental (CFP, 2015, p. 127-128).

Dentre os quesitos observados na inspeção, verificou-se que, em relação à assistência jurídica e psicológica, as condições são extremamente precárias, sendo que apenas Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Sul tem a presença de um advogado nos estabelecimentos para atender seus pacientes. O número de psicólogos também é baixo, sendo apenas 45 profissionais dentre as 18 unidades inspecionadas (CFP, 2015, p. 16-17).

Esperava-se que, em todas as unidades de HCTPs, houvesse um advogado à disposição, para oferecer aos internos orientações acerca da execução da sua medida de segurança em cumprimento, bem como intervir em favor dos pacientes perante à justiça. No entanto, conforme os dados supracitados, essa não é a realidade dessas instituições, deixando seus internos completamente às cegas sem qualquer informação sobre a medida a eles aplicada.

A ausência de um número considerável de psicólogos se faz ainda mais preocupante, uma vez que, em um hospital dedicado ao acolhimento de pessoas portadoras de transtornos psicológicos, faz-se extremamente necessário a presença de profissionais da área da saúde mental a fim de prestar-lhes o devido tratamento. Salienta-se, ainda que, além da falta de profissionais, os poucos existentes ainda são obrigados a lidar com péssimas condições de trabalho:

As profissionais psicólogas relatam dificuldades quanto à estrutura física, como salas pouco arejadas, insalubres e úmidas. Inclusive relataram que a limpeza do ambiente e as roupas dos pacientes são feitas pelos mesmos. As mesmas trouxeram e nos mostraram, enquanto percorríamos o espaço onde as mesmas executam seu trabalho salas pouco arejadas e com estrutura visível bastante deteriorada. Acesso nenhum à rede de computadores, tendo que muitas vezes fazer todo o trabalho de pesquisa sobre a rede daqueles usuários de suas casas, bem como realizam contatos com estes fora do ambiente de trabalho, uma vez que além de não possuírem acesso a computadores, também não tem acesso à rede de internet. Para realizarem uma ligação precisam solicitar créditos e o limite destes é muito baixo, sendo totalmente insuficiente para as articulações necessárias, principalmente as extramuros. Quanto ao material psicológico, informam que os testes psicológicos estão em condições precárias e até mesmo deteriorados (...) Os psicólogos informam que trazem de fora a alimentação, pois a situação da cozinha e da elaboração das refeições no IPF é deficitária. Relatam existir apenas um funcionário na cozinha, auxiliado pelos internos. As condições de higiene e manutenção dos alimentos são preocupantes, sendo que os psicólogos almoçam na própria sala de trabalho (CFP, 2015, p. 18-19)

No que diz respeito à estrutura física dos manicômios judiciários inspecionados, a precariedade se faz ainda mais presente. A grande maioria das instalações não possuem vasos sanitários, as necessidades são geralmente feitas em fossas. Além disso, os pacientes não possuem acesso à descarga, havendo um funcionário encarregado de dar descarga apenas três vezes ao dia. Os chuveiros escassos e apenas com água fria. O mau cheiro impregna o local, uma vez que não possuem equipe de limpeza periódica e as roupas dos pacientes não são lavadas com frequência (CFP, 2015, p. 17).

Conforme observado pelo CFP, as acomodações e celas tendem a ser coletivas, sendo as acomodações individuais usadas para fins de castigo e isolamento de portadores de HIV, demonstrando o preconceito e os maus tratos direcionados aos pacientes, assim como as péssimas condições de acomodação dos HCTPs.

Destaca-se, também, o frequente descumprimento das normas de direito processual penal e execução penal. Cerca de 41% dos manicômios inspecionados possuem pacientes presos mesmo com laudo de cessação de periculosidade positivo. Em apenas 17% dos casos é cumprida a periodicidade anual da realização dos exames de cessação de periculosidade, disposta no art. 97, §1º e 2º do CP e arts. 175 e 176 da LEP (CFP, 2015, p. 139).

Por fim, cabe ainda ressaltar as características degradantes dos tratamentos de saúde oferecidos aos pacientes. Muitos atendimentos são realizados através das grades ou com uso de algemas em completa violação da dignidade da pessoa humana, direito fundamental previsto na Constituição Federal. Dentre as 18 instituições visitadas, dez apresentam procedimentos inadequados de dispensação de medicamentos; treze relataram casos de internos que tiveram de ser transferidos por alguma emergência de saúde no último mês; doze afirmaram que os internos

não possuem Projeto Terapêutico Individual, como ocorre no PAILI; e oito relataram ocorrência de óbitos dentro das suas dependências no último mês (CFP, 2015, p. 146).

Assim, a situação da aplicação das medidas de segurança em âmbito nacional, se mostra completamente inadequada aos ditames da Lei da Reforma Psiquiátrica. O que se verifica é a prevalência, ainda hoje, da internação como modalidade de tratamento, valendo-se de instituições que consistem em verdadeiros presídios, tendo como característica de hospital apenas o nome. Nesses lugares, além de não receberem os cuidados necessários, os pacientes tem seus direitos básicos violados diariamente, fato que acaba por contribuir, inclusive, com a piora de seu quadro de saúde física e mental.

Tem-se, portanto, que apesar da tentativa de reforma, a luta antimanicomial em prol da garantia dos direitos dos pacientes em medida de segurança, ainda não chegou ao fim, devendo-se buscar alternativas a esse temido cenário atual de sua execução.

## CONCLUSÕES

A cultura manicomial, há tanto tempo instaurada na sociedade, ainda hoje se faz presente. Os manicômios judiciais consistem em instituições totais pautadas no aprisionamento em detrimento do tratamento, sendo palco de atos de violência e contenção sob o argumento de disciplinar aqueles tidos como perigosos.

Nessas instituições, além das inúmeras agressões físicas e psicológicas, bem como das violações de direitos básicos, o ataque mais atroz à pessoa do internado é o que Erving Goffman descreve como “mortificação do eu” em razão do completo controle dos manicômios sobre essa população. Dentro dos manicômios, há uma rotina extremamente rígida e disciplinada, voltada sempre para o coletivo, fazendo assim com que os pacientes percam qualquer traço de individualidade que possuíam antes de adentrarem às portas daquela instituição, tornando-se não mais indivíduos, mas parte integrante dela (GOFFMAN, 1974, p. 49-69).

Ante o exposto, considerando-se os tantos dados trazidos à presente pesquisa, verifica-se que a situação dos manicômios judiciais brasileiros, além de ilegal, desde o advento da Lei nº 10.216/01, representa também completa afronta aos direitos humanos, objetificando a figura do louco em um mecanismo de completa segregação social pautado no preconceito.

Por outro lado, em mais de 10 anos da implementação do programa, o PAILI demonstra que é perfeitamente possível a aplicação bem sucedida das medidas de segurança sem a internação em ambientes de caráter asilar, permitindo uma conciliação do disposto pela Lei nº 10.216/01 com as regras de execução do Código Penal e da LEP, permitindo um tratamento humano aos pacientes, em observância a seus direitos, culminando na verdadeira reinserção social desses indivíduos. Razões mais que suficientes para que o modelo possa ser adotado em âmbito nacional.

Diz-se, então, que o Estado de Goiás, com o PAILI, funciona como guia para que os outros Estados também alcancem a liberdade na luta antimanicomial, demonstrando quais os caminhos devem ser seguidos em prol da libertação manicomial. O primeiro passo a ser tomado é fechar a porta de entrada de novas pessoas nesses ambientes asilares. Após, deve-se, de modo planejado, através de programas multidisciplinares, buscar encontrar a porta de saída desses manicômios judiciais. Para tanto, é preciso investir em estrutura para aplicação dos tratamentos em caráter ambulatorial em uma rede de atenção psicossocial integradas com o intuito de tornar a execução das medidas de segurança uma questão de saúde pública e não mais de segurança.

Assim, espera-se que um dia o cenário brasileiro de aplicação das medidas de segurança possa se ver sem manicômios, prezando a liberdade e defesa dos direitos fundamentais de seus pacientes. Afinal, nas palavras do psiquiatra Franco Basaglia: “A liberdade é Terapêutica”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84.219-4. Medida de Segurança. Projeção no tempo. Limite. 16 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>>. Acesso em: 9 nov. 2019.

CAETANO, Haroldo. **Loucos por liberdade: direito penal e loucura**. Goiânia: Escolar Editora, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Inspeções aos manicômios: relatório Brasil 2015**. Brasília: CFP, 2015.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 08, de 14 de agosto de 2019**. Disponível em: <[http://www.lexeditora.com.br/legis\\_27858696\\_RESOLUCAO\\_N\\_8\\_DE\\_14\\_DE\\_AGOSTO\\_DE\\_2019.aspx](http://www.lexeditora.com.br/legis_27858696_RESOLUCAO_N_8_DE_14_DE_AGOSTO_DE_2019.aspx)> . Acesso em: 15 nov. 2019.

DINIZ, Débora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**. Tempo Brasileiro, 1975.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva. 1974.

# DEMOCRACIA, NEOLIBERALISMO E ENCARCERAMENTO SELETIVO NO BRASIL REDEMOCRATIZADO

**Franklim da Silva Peixinho**

Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas (UMSA). Professor do curso de Direito (FAMAM; FASS).

## INTRODUÇÃO

As configurações políticas na América Latina envolvem implicadas relações políticas em cenários democráticos ou de sistemas políticos não participativos, como os que ocorreram no período da guerra fria e influência estadunidense nos governos locais latino-americanos. Pode-se se sustentar por hipótese que o desinteresse norte-americano em manter um apoio mais robusto as ditaduras na Américas, deriva das políticas da União Soviética de reforma econômica e transparência, intituladas de Perestorika e Glasnost, respectivamente, no final da década de 1980, o que vai coincidir com o processo de abertura democrática no Brasil e queda de regimes totalitários nos países do cone sulamericano, como Argentina e Uruguai, por exemplo, contudo, como dito, é uma especulação digna de análise dos arranjos geopolíticos daquele período, com possíveis reflexos nas configurações políticas latinoamericanas.

Este trabalho dialoga com a categoria conceitual “confluência perversa”, trazida pela professora Evelina Dagnino (2012) para identificar o contexto temporal de emergência da Constituição Federal brasileira de 1988 e as pautas neoliberais da década de 1990, adotadas pelo primeiro governo brasileiro democraticamente eleito, após o período ditatorial, realidade esta que impactaram semanticamente os conceitos de cidadania, representação e participação democrática. Em outro ponto, nesse mesmo período (1990-2018), a política brasileira em relação ao sistema prisional, pauta-se por um crescente aprisionamento e reformas legislativas penais mais recrudescidas – semelhando ao estado mínimo estadunidense sob o governo de Ronald Reagan, analisado por Wacquant (2007) - que de certa forma se distancia da morfologia de Welfare State da Carta brasileira de 1988, quando a práxis dos primeiros governos da era democrática adotam uma política neoliberal e maximamente punitiva.

A emergência do Partido dos Trabalhadores ao poder no cenário político brasileiro na década de 2000 se caracterizou por políticas sociais de combate a desigualdade material e, por sua vez, intensificou o já existente compromisso com a expansão do estado penal, encetados nos governos anteriores. O hiperencarceramento brasileiro e a inflação legislativa no âmbito penal são os problemas que se propõe para estudo neste artigo, a partir da hipótese de que as representações semânticas sobre cidadania, representação e participação democrática são afetadas pela “confluência perversa” entre neoliberalismo e democracia brasileira, e se expressam no estado ora neoliberal, ora de bem-estar-social, a depender da burocracia política que está no poder: ambas as formas de organização da sociedade política brasileira se caracterizam pelo aumento da punição penal.

Dedutivamente, por método se busca entre a premissa adotada para investigação do problema, isto é, as relações entre políticas neoliberais e democracia no Brasil, construir uma análise do comportamento punitivo do estado brasileiro, e as manifestações criminológicas aventadas neste período pela esquerda punitiva, a corrente do Direito Penal do inimigo, garantismo penal, que se apresentam no cenário aparentemente dialógico da arena política brasileira. O objetivo geral consiste em analisar o encarceramento seletivo crescente da população brasileira e o aumento da legislação penal em cotejo com o contexto político-democrático no

Brasil a partir da década de 1990. Especificamente, busca-se traçar as características das políticas públicas de combate a desigualdade social do que se pode denomina de Welfare State no Brasil, durante o recente período de redemocratização, como também verificar as relações entre o comportamento do poder legislativo brasileiro e as perspectivas criminológicas que maximizaram e minimizaram o tratamento penal.

As conclusões, ainda que preliminares, informam uma perene presença da orientação neoliberal na punição penal no Brasil, caracterizada pela expansão do encarceramento, ainda que em governos intitulados progressistas, na medida em que se observam ao lado de políticas públicas atinentes aos direitos fundamentais das minorias políticas, um compromisso com o fortalecimento da violência do Direito Penal e suas agências punitivas contra os grupos vulneráveis econômica, cultura, sexual e socialmente, verificável nas políticas de guerra contra as drogas no Brasil, por exemplo, leis processuais-penais mais duras como a que cria o Regime Disciplinar Diferenciado, e outras *reformation legis in pejus*. Contudo, impõe-se que tais ilações do objeto deste trabalho são recortes analíticos propostos a partir de uma leitura com aportes da Ciência Política, pois outros elementos se incluem para investigação criminológica de um problema.

## **O BRASIL DA ABERTURA DEMOCRÁTICA**

O final da década de 1980 na América Latina e, especialmente, no Brasil se caracteriza por transições políticas delineados por processos de aberturas e derrocadas de ditaduras locais, mantidas e fomentadas pelo poder do imperialismo norte-americano, no bojo dos embates geopolíticos da época da guerra fria. Coincidentemente, a União Soviética, naquele momento, dá sinais de enfraquecimento no plano econômico e político, quando políticas como Glasnost e Perestroika vão convergir para uma mudança nos arranjos, sobretudo, nos leste europeu, culminando com o fim do socialismo real, concretizado com a queda do muro de Berlim.

O processo de repressão e ascensão de um estado autoritário com o golpe de 1964 no Brasil propiciou a emergência de uma sociedade política com fundamento da estabilidade estatal face o perigo do inimigo externo, representado pelo comunismo. A dignidade da pessoa humana não ocupava lugar nesta concepção de poder estatal, pois Direitos Fundamentais eram flagrantemente violados de acordo com os fins de preservação da ordem estatal, em que direitos de primeira dimensão como a liberdade, vida, vedação a prisão arbitrária eram concessões e não propriamente prerrogativas dos indivíduos diante do Estado de Direito. É desse momento, em especial 1966, que o estado brasileiro celebra o Pacto Internacional dos Direitos Individuais, Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, dentro do Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos, mas somente aprovados em 1992, quando já se vivencia o regime democrático brasileiro.

As forças populares, de esquerda e progressista, de alguma forma organizaram resistência, apesar do clima de alta repressão do regime militar, pautadas por prisões arbitrárias, assassinatos por de civis e políticos opositores por agentes de estados, torturas, entre outras ações que caracterizaram o terrorismo de estado brasileiro (CAMARGOS; SANCHETA, 1997). Comunidades Eclesias de Base, Centro Popular de Cultura, movimentos sindicais, guerrilhas e partidos políticos formavam o conjunto heterogêneo da sociedade civil brasileira, de diversas formas de resistência, que se contrapunha a ditadura militar e exigia novos paradigmas políticos, consentâneo com o respeito aos Direitos Humanos Fundamentais.

Não há como reduzir a esta ou aquela experiência política ou geopolítica, um dos elementos que fomentaram a abertura democrática no Brasil, por escapar ao escopo deste trabalho, como também por encerrar raízes bastante complexas que se entrecruzam e em certo

pode ser contributo às transformações políticas que desembocaram na Assembleia Constituinte de 1988. O fato é que este processo não está dissociado das alterações geopolíticas derivadas da Guerra Fria, e tampouco há de se minimizar o papel da sociedade civil na construção de outro paradigma jurídico-constitucional.

Este novel momento da realidade política brasileira vai se caracterizar por convergência de dois projetos políticos, um de cunho neoliberal, pautado pelo Consenso de Whashington, e outro de natureza democratizante trazido no bojo do novo texto constitucional, o que a professora Evelina Dagnino vai denominar de “convergência perversa”. Ambos os projetos requerem a participação da sociedade civil, de forma representativa, o que vai remodelar os conceitos de cidadania, participação e representação democrática, na medida em que a natureza de cada um dos projetos pende em um para as pautas neoliberais, e outro para maximização da participação democrática e participação substancial da sociedade civil na coisa pública ou na gestão desta.

O processo de construção democrática enfrenta hoje no Brasil um dilema cujas raízes estão na existência de uma confluência perversa entre dois processos distintos, políticos distintos. De um lado, um processo de alargamento da democracia, que se expressa na criação de espaços públicos e na crescente participação da sociedade civil nos processos de discussão e de tomada de decisão relacionados com as questões e políticas públicas (DAGNINO, 2004, p. 95).

O projeto neoliberal encetado no Brasil com a eleição de Fernando Collor de Mello na década de 1990, além da ênfase nas privatizações, diminuição do estado em gastos sociais, reconfigurou semanticamente o conceito de representação da sociedade civil, porque como ente representativo deveria encarnar o predicativo que lhe outorgasse qualidade de parceiro confiável tecnicamente, como também cooperativo ou parceiro do estado para a execução das ações estatais, o que se identificar pelo processo de “ongnização” (DAGNINO, 2004), ao passo que o demais representantes da sociedade civil sofreram um processo de rotulação, criminalização e exclusão dentro da construção, execução e avaliação de políticas públicas, a exemplo dos sindicatos e movimentos dos trabalhadores sem terra (LEONIDIO, 2016)<sup>1</sup>. No mesmo teor o conceito de participação se associa a ideia de engajamento solidário, e cidadania passa se concebida com a inserção do indivíduo no mercado de consumo, seja como empreendedor ou como potencial consumidor de bens, esvaziando o conteúdo político deste substantivo.

Ao contrário do que se pode inferir de tais conceitos no processo constituinte de 1988, em que a sociedade civil engajada se fez representar razoavelmente no texto constitucional, e a participação e cidadania estavam jungidas ao ideal latente dentro processo e expresso na nova Carta Nacional de uma democracia substancial a ser construída, vivida e experimentada, o encontro com o projeto neoliberal forjou um embate político tendo por atores o espírito constitucional brasileiro e a práxis política neoliberal proposta pelo Fundo Monetário Internacional para os países emergentes.

A alcunha de Constituição Cidadã legada à nova Carta de 1988, de característica analítica, contempla mandando de criminalização contra ações que atenta contra direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, e que terá possível influencia na expansão do Direito Penal brasileiro e a política de encarceramento, experimentados nas décadas de 1990 e 2000.

---

<sup>1</sup> Há outros trabalhos que fazem alusão estes processo de rotulação, como cita a professora Dagnino (2004) acerca do tratamento dado pelo governo de Fernando Henrique a greve dos petroleiros com uso das forças armadas.



## ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E ESTADO PENAL BRASILEIRO

A década de 1980 foi um período de grandes transformações, impulsionada pela era da globalização, crises econômicas e mudanças políticas. Com a nova Carta de 1988, a ampliação dos gastos sociais estava lastreada pelo conteúdo normativo constitucional, trazida na previsão de direito subjetivos ou prestações positivas. Outrossim, a radicalização da democracia em diversas ilações hermenêuticas extraídas do texto, sedimenta o princípio da participação popular, não só pelo sufrágio universal, mas também pela participação da sociedade civil nos conselhos, entre outros dispositivos como pilar da democracia. O Brasil ingressa em uma fase da sua história do Estado de Bem Estar Social, conhecido por “universalismo estendido” (KERSTENETZKY, 2012). Promulgam-se as Leis Orgânicas da Saúde em 1990 e da Assistência Social em 1993, e em 1994 cria-se, no bojo no Plano Real, o Fundo Social de Emergência, denominado, posteriormente, por “Desvinculação das Receitas da União”, DRU. A previdência social passa por um processo amplo de universalização, como também há neste espaço uma grande descentralização da gestão das políticas públicas e das receitas entre os entes federativos.

Contudo, entre 1988 e 1990 o ajuste fiscal, orientadas por políticas econômicas propostas pelo Fundo Monetário Internacional, limitou a dos gastos sociais, tendo por conseqüência o crescimento econômico próximo de zero em 1991 e 1992. Nos 1996 a 2002 o Brasil viveu um período de austeridade, em que se observa o crescimento da taxa de desemprego. O ajuste fiscal empreendido afetou as políticas sociais dentro da concepção universalista preconizada pela CF/88. Em 1999 e 2003 o crescimento médio situa-se na faixa de 2%, para em 2004 a 2009, quando o país termina o acordo com o FMI, as taxas de crescimento econômico alcança 5% .

“[...] De fato, frente à pressão para o ajuste fiscal, os gasto sociais cresceram modestamente – subindo no primeiro governo e se retraindo no segundo -, com uma variação positiva de pouco mais de um ponto percentual na proporção sobre o PIB. Outra medida de perda de prestígio dos gastos sociais foi a redução de sua participação relativa no gasto público total. Essa medida, que pode ser tomada como indicador da transformação do Estado Moderno em um estado do bem-estar, e que supera a marca de 50% nos países da OCDE, declinou em de 30% em 1994 para o patamar de 26% em 2002” (KERSTENETZKY, p. 221, 2012).

O Benefício de Prestação Continuada – BPC - é implantado em substituição a Renda Mínima Vitalícia em 1996. A assistência social também se expande com a criação de vários programas de transferência de renda como o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil em 1996 e o Programa Bolsa Escola em 2001. Os gastos públicos com educação, na década de 1990, ficaram estagnados, sendo o nível fundamental o maior receptor de recursos, em detrimento do ensino superior e infantil, uma recalibragem interna de gastos sociais.

Em outro ponto, a reforma agrária teve um grande impulso no período do presidente Fernando Henrique Cardoso, com o assentamento de 600 mil famílias de agricultores, a partir da pressão dos movimentos sociais, rotulados negativamente neste período, com fito de retirar-lhes a qualidade de entes representativos da sociedade civil.

Entre os anos 2003 a 2009, sob a gestão do Partido dos Trabalhadores, liderados pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, houve um crescimento redistributivo, fruto da interação entre políticas sociais e econômicas. Há uma notável expansão dos gastos sociais e valorização do salário mínimo, o que resulto na redução dos índices de pobreza. Estas mudanças foram oriundas de um misto de “políticas sociais economicamente orientadas” e “políticas econômicas socialmente orientadas”. Pode-se dizer que governo Lula, em seu inicio foi uma pequena extensão do governo de Cardoso, mas com sensíveis diferenças no tocante ao combate a pobreza.

Ao final de 2003 o Brasil entrou em processo de recuperação econômica, onde as exportações brasileiras cresceram 15%. Em 2004 eleva-se o salário mínimo em 3,7% e também o aumento das transferências de renda e políticas de expansão do crédito. Para controle da inflação em 2005 há um ajuste financeiro e fiscal, que impactam o crescimento econômico. Nos anos 2006 a 2009 as políticas sociais são vistas como instrumento para o crescimento econômico brasileiro, resultante da autonomia na condução de política social, alcançada com a quitação da dívida com o FMI em 2005.

Das políticas sociais economicamente orientadas, tem destaque o Benefício de Prestação Continuada, reduzindo a idade para 65 anos com o Estatuto do Idoso, o Bolsa Família, o abono salarial, o seguro-desemprego e valorização do salário mínimo. Tais políticas sociais têm impactos diretamente no mercado de trabalho e na renda familiar. Em 2006, varias políticas de incentivos fiscais voltou-se para os trabalhadores informais, o que gerou um maior incremento de contribuintes individuais, para a previdência social.

Por conseqüência o consumo interno aumentou, e, por sua vez, a arrecadação fiscal com a expansão do mercado formal de trabalho. Forma-se uma nova classe média, com o deslocamento de brasileiros para fora da linha da pobreza; fruto de um crescimento redistributivo e auto-sustentável do produto e da renda. O crescimento da participação do PIB nos gastos sociais é notado em 2,3% em 2009 (KERSTENETZKY, 2012).

Neste novo governo intitulado progressista e de esquerda, tendo por presidente Luis Inácio Lula da Silva, as demandas dos movimentos sociais não amplamente contemplados nos governos da década de 1990, sobretudo, na era FHC, foram obtendo vazão institucional com a criação de secretarias, ministérios, legislações e demais políticas públicas que estavam nas pautas das minorias políticas. Em 2003, a regulamentação do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, conforme prevê o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma norma constitucional de eficácia limitada, se deu a partir da publicação do Decreto 4.887/2003, ou seja, após quinze anos promulgação da CF/88.

Assim, também se procederam com a aprovação das leis 10639/2003 e 11645/2008, acerca do ensino obrigatório de História e Cultura Afro-Brasileira e História dos Povos Indígenas, a criação da em 2003 da Secretaria de Economia Solidária no âmbito do Ministério do Trabalho, e a aprovação no âmbito penal da Lei nº 11340/2006 - Lei Maria da Penha, para o atendimento as mulheres vítimas de violência doméstica e o endurecimento processual-penal dos crimes praticados por homens motivados pelos valores do machismo-patriarcal.

O que se pode observar é uma maior visibilidade das demandas sociais nas políticas públicas no período do governo do Partido dos Trabalhadores, atendendo as pautas das minorias políticas, escamoteadas no período do governo anterior. Contudo, há de fazer uma observação no que toca a repressão penal e o aumento do encarceramento que se potencializou neste mesmo período, tendo por alvo minorias políticas: população pobre, negra, de baixa escolaridade dos bairros populares.

Na década de 1990, se podem apontar dez legislações que trouxeram um incremento a legislação penal especial aumentando os tentáculos punitivos do Direito Penal brasileiro<sup>2</sup>, ao

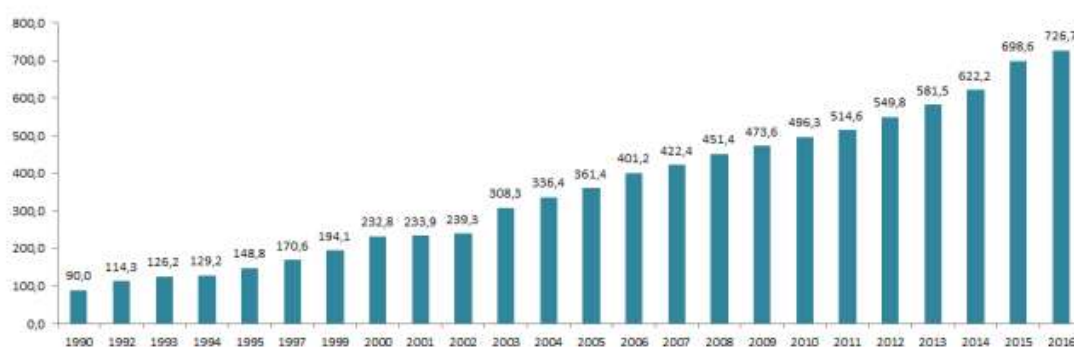
---

<sup>2</sup> Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990 – Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo medidas de proteção a estes, inclusive em razão de sua conduta delituosa; Lei 8.072 de 25 de Julho de 1990 – Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art.5º inciso XLIII da Constituição Federal - Lei 8.137, de 27 de Dezembro de 1990 – Define os crimes contra a ordem tributária e estabelece as condutas típicas dos agentes; Lei 9.034, de 03 de Maio de 1995 – Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; - Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996 – Regulamenta o inciso XII, parte final, do art.5º da

passo que neste período se tinha uma população carcerária em crescente evolução que embora gravitasse em torno de 90 mil pessoas, no início da década dos anos 2000 este número ultrapassa 200 mil pessoas encarceradas. Notadamente, no período seguinte do governo do Partido dos Trabalhadores, como já afirmado, o Estado Penal brasileiro se expande na mesma medida do Estado de Bem Estar Social, tanto em termos legislativos, como em relação às normais penais e processuais mais severas e divorciadas do garantismo penal, quanto em termos de políticas de públicas, pode-se dizer que o público alvo do sistema penal brasileiro é contemplado pelo agigantamento de um estado penal e social, com a diferença de que há a escassa participação democrática de tal público no primeiro.

“Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90” (INFOPEN, 2016, p. 9).

**Gráfico 1** – Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016



Fonte: Relatório INFOPEN/2016

Em outro trabalho, discuti a participação de encarcerados nas políticas públicas de ressocialização, ou melhor, a sua ausência ou representação deficitária, o que compromete o ideal de democracia substancial trazida no corpo da carta constitucional. Isso se pode observar quando da tramitação de legislação penal e ausência de participação deliberativa de entidades, indivíduos, associações que estejam organicamente relacionadas a população afetada pelo processo de expansão do Direito Penal Brasileiro, ou seja a maioria negra, que corresponde nos dados do INFOPEN de 2016, a 64% da população prisional.

Porém, observa-se, para além da eficácia das Políticas Públicas desenvolvidas e aplicadas no sistema penitenciário brasileiro, que a participação direta dos reclusos na construção de tais medidas estatais inexistente ou é bastante diminuta. Esta constatação ocorreu, a priori, quando da pesquisa de campo realizada na Colônia Penal de Simões Filho – Bahia, no ano de 2014 (PEIXINHO, 2018, p. 89).

Por outro lado, também a pauta criminalizadora vai ao encontro tanto de correntes de esquerda com pautas progressistas, que defendem a expansão da violência do Direito Penal para a defesa do bem-jurídico-penal das minorias política e de bens jurídicos transindividuais, o que se

---

Constituição Federal, no que tange as escutas e interceptações telefônicas feitas nos casos previstos em lei para fins de investigação criminal ; Lei 9.437, de 20 de Fevereiro de 1997 – Institui o Sistema Nacional de Armas – SINARM, estabelece condições para o registro e porte de arma de fogo, e define os crimes relativos a matéria; Lei 9.455, de 07 de Abril de 1997 – Define os crimes de tortura, e estabelece as condutas típicas e penalidades a seus agentes; Lei 9.503, de 23 de Setembro de 1997 – Institui o Código Brasileiro de Trânsito e prevê os crimes praticados por condutores de veículos automotores; Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998 – Dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; Lei 9.613, de 03 de Março de 1998 – Dispo sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

pode identificar como esquerda punitiva. Ainda nesse ponto, o professor Salo de Carvalho (2013, p. 186) revela a vocação expansionista punitivo-penal trazida na própria Constituição brasileira de 1988, ao mesmo tempo em que “[...] previu, seguindo a tradição liberal do constitucionalismo ocidental, amplo rol de limites ao poder repressivo do Estado, estabelecendo rígidos princípios (negativos) em matéria penal e processual-penal”.

A par de uma maior política social de atenção às pautas das classes alvos das desigualdades geradas pela sociedade de consumo, e credoras de políticas de reparação históricas, a exemplo das cotas raciais para população negra e indígena, os conflitos sociais gerados no contexto produtivo, que apela para o individualismo, meritocracia e competitividade, numa sociedade em que o risco é nota principal em sua dimensão sociológica, não encontram solução adequada na punição penal, e ainda nesse quesito é necessário pensar se as questões culturais que sustentam as estruturas do machismo, racismo e patriarcado podem ter na tutela penal instrumento eficaz para seu combate, até por que, são elementos antropológicos, culturais, arraigados secularmente nas representações subjetivas e objetivas, e um mandamento legal de índole penal não teria este poder de erradicação, ao contrário, o fenômeno jurídico como fenômeno cultural é por eles contaminados. Nesse sentido é que se pode dizer que o direito espelha as pautas racistas, homofóbicas e patriarcais nas elaboração de suas normas e execução.

Fazendo sua a política de guerra interna contra as drogas, sem notar a semelhança com a política externa de seus antigos arqui inimigos nos anos 80, optando pela falsa e fácil solução penal, não enxergam aqueles setores da esquerda a contradição (que, em tempos outros, se diria *antagônica*) entre a pretendida utilização de um mecanismo provocador de um problema como solução para este mesmo problema. Ao optarem pela reação punitiva, não percebem que, no campo de negócios ilícitos, é exatamente esta mesma reação punitiva a criadora da criminalidade (organizada ou não) e da violência por ela gerada; não percebem que é o processo de criminalização que, produzindo a ilegalidade do mercado de bens e serviços de grande demanda (como as drogas ilícitas ou o jogo), igualmente produz a inserção neste mercado de organizações criminosas, simultaneamente trazendo a violência e a corrupção como subprodutos necessários das atividades econômicas assim desenvolvidas. Tampouco conseguem perceber que, por mais rigorosa que seja a repressão, estas atividades econômicas ilegais subsistirão enquanto estiverem presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras de uma demanda criadora e incentivadora do mercado, o que, no mínimo, deveria sugerir uma alteração de rumos, buscando-se instrumentos menos perniciosos e mais eficazes de controle de uma tal demanda (KARAM, 1996, pp.79-92).

Ademais, a própria legislação de drogas no Brasil tem contribuído para o aumento do encarceramento seletivo de jovens negros, atores políticos que não estão presentes no processo de discussão e aprovação da mesma, tampouco são mencionados na exposição de motivos, da mesma forma havia-se de deliberar com a população carcerária sobre as alterações feitas na Lei Execuções Penais pela Lei nº 10.792/2003 ao criar o Regime Disciplinar Diferenciado e pela Lei nº 12.654/2012, que incluiu o art. 9-A, que trata da obrigatoriedade de condenados por crimes hediondos se submeterem a identificação genética por meio da extração de DNA.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As implicações que envolvem o fenômeno desvio remetem a análises de distintas posições; a escolhida neste trabalho, ainda que limitado a este espaço, ensaia um apreciação a partir das relações políticas dentro do sistema democrático brasileiro e do processo constituinte de 1988.

Chama a atenção o fator que em um momento político de maior participação da sociedade civil na discussão, elaboração, execução e avaliação de políticas de públicas – governo do Partido dos Trabalhadores -, como também por meio de ocupação de espaço na burocracia estatal, em

que se constataram dados de maior inclusão social, também, houve uma maior expansão punitiva tendo por alvo os grupos sociais vulneráveis. As variações semânticas sobre cidadania, representação e participação democrática dentro da confluência perversa, identificada por Evelina Dagnino, se mantém em todo percurso governamental do Brasil democrático pós 1988, seja a cidadania como sinônimo de participação na sociedade de consumo e capacidade de empreender, presente, sobretudo, nas políticas de expansão de crédito do governo Lula para a denominada classe C, o déficit de representação e participação democrática nas discussões das matérias legais punitivo-penais voltadas para as classes subalternas ao poder político e econômico.

Estado Penal e Estado de Bem Estar Social são faces de uma mesma moeda do constitucionalismo brasileiro projetado pelo poder constituinte originário de 1988, mas os fatores relacionados à representação participação e cidadania têm toda uma distinção no sucesso de ambos os modelos constitucionais. Para o êxito da expansão da punição penal, se faz necessário o esvaziamento semântico de tais substantivos, em termos simbólicos e práticos, proporcionando a emergência de discursos autoritários, não democráticos, antigarantistas, que ignorem os atores políticos, realidades sociais, e assim reproduzam um Direito Penal excludente e altamente punitivo, que digladia com uma carta analítica e ampla em direitos sociais, e ao revés daquela, esta se potencializa – a Constituição Social - com a radicalização da democracia, ao constituir uma intensa concretização na práxis política da representação, participação democrática e cidadania. Por ora, a confluência perversa ocorre também, tomando de empréstimo este conceito, pelo encontro de dois projetos de estados na Carta brasileira de 1988, que favorecido pelas inflexões neoliberais, mantém robusto um Estado Penal que se revela racista e seletivo, em detrimento das promessas de igualdade material também agasalhada no texto constitucional.

Estas primeiras análises deste trabalho pretendem conciliar o arranjo democrático com a política de punição penal no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf) . Acesso em: 23 mar. 2019.

CAMARGO, Marcia, M.; SANCHETA, Vladimir. **A história do presídio Tiradentes**: um mergulho na iniquidade. In: FREIRE, Alipio; PONCE, J.A., de Granville; ALMADA, Izaias. Tiradentes, um presídio da ditadura. São Paulo: Scipione, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAGNINO, Evelina “¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?” En Daniel Mato (coord.), Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización. Caracas: **FACES**, Universidad Central de Venezuela, 2004, p. 95-110.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos**, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, jan.-jun. 1996, p. 79-92,.

KERSTENETZKY, Célia L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier: 2012.

LEONIDIO, Adalmir. Ações penais e criminalização dos movimentos sociais de luta pela terra no Pontal do Paranapanema, SP, 1990-2014. ISSN (Eletrônico): 2316-1329. **Contemporânea** v. 6, n. 1,

Jan.–Jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4322/2316-1329.001>. Acesso em: 23 mar. 2019, p. 159-177.

PEIXINHO, Franklim da Silva. Participação e representação dos encarcerados na elaboração de políticas públicas de ressocialização. **Revista do PPGCS** – UFRB – Novos Olhares Sociais, Vol. 1 – n. 2 – 2018. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/ojs/index.php/novosolharessociais/article/view/440>. Acesso em: 23 mar. 2019, p. 89-110.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro:Revan, 2007. v. 6.

# REIVINDICAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS PARA ENCARCERADOS LGBT: MAPEANDO AS DEMANDAS E RESPOSTAS DO SISTEMA PENAL

**Gustavo Pires de Carvalho**

Graduando em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO

Os debates sobre a viabilidade de uma “criminologia queer” (CARVALHO, 2012) buscam ambientar as proposições político-criminais do movimento LGBT, compreendendo as propostas de intervenção no direito como meio de enfrentamento à violência estrutural contra dissidentes de gênero e sexualidade. Trata-se de uma ferramenta de análise que conferiria suporte para um novo campo de olhar empírico sobre as agências punitivas, algo análogo às proposições da criminologia crítica e da feminista.

Partindo de uma pesquisa financiada pela Fundação de Amparo a Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco, este trabalho procura entender - sob a influência dessas aproximações entre criminologias - quais as demandas que normalmente seriam materializadas em pedidos judiciais. Também busca-se localizar padrões nos modos como os juízes competentes respondem a essas demandas, analisando as principais diligências adotadas e questionando a efetividade dessas medidas para garantir os direitos reivindicados.

Para tal, adotou-se uma metodologia essencialmente qualitativa que utiliza a técnica de pesquisa documental, tendo como corpus empírico as ações penais e processos de execução penal referentes a LGBT presos no Complexo do Curado.

O levantamento dos dados passou pela obtenção da lista dos detentos identificados como LGBT pela Secretaria de Ressocialização de Pernambuco; busca nominal dos processos judiciais na consulta online do Tribunal de Justiça; e pela localização dos autos físicos nas varas competentes. Ao final, foram analisados vinte e nove processos correspondentes a vinte e sete dos detentos listados dentre os trinta e oito nomes existentes.

## MAPEANDO AS RESPOSTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL ÀS DEMANDAS DE LGBT NO CÁRCERE

Um dos objetivos do presente trabalho estava na identificação de quais são as principais demandas da população LGBT encarcerada no Complexo do Curado que surgem nos processos judiciais examinados. Para isso, também foi necessário examinar o inteiro teor dos processos judiciais, sobretudo porque, via de regra, as reivindicações levadas a juízo não estavam compreendidas nos autos processuais disponíveis para consulta online, mas sob a forma de petições avulsas acessíveis apenas nos autos físicos. Assim, foram consultados 29 (vinte e nove) processos que correspondem a 27 (vinte e sete) detentos, sendo que as consultas foram mais produtivas nos casos em que já havia condenação transitada em julgado e, com isso, um processo de execução penal.

Aqui, buscava visualizar demandas específicas dos LGBTs que pudessem ser judicializadas, de modo que pedidos como relaxamento da prisão preventiva ou progressão de regime não eram o objeto central da investigação. Em especial, queria entender se os incipientes ganhos normativos trazidos pela Resolução Conjunta Nº 1 do CNPC/CNCD-LGBT ou outras pautas comuns

na luta por direitos dos movimentos sociais LGBTs surgiam nos processos judiciais. Para isso, uma ferramenta importante foi identificar quando categorias identitárias eram articuladas para fundamentar determinado pedido.

Uma vez identificadas as demandas judicializadas, também procurei entender padrões nas formas como o Sistema de Justiça Criminal respondia aos direitos humanos reivindicados pelos detentos e pelas detentas. Queria, em suma, entender como os julgadores respondiam às demandas reclamadas pelos dissidentes de gênero do Complexo do Curado.

Considero importante salientar que os limites desta pesquisa não permitiriam compreender, de fato, a dimensão das violações de direitos humanos diante do evidente déficit de acesso à justiça nas penitenciárias. Para isso, seriam necessários métodos de pesquisa completamente diferentes.

Após o incurso nos processos judiciais, verifiquei que duas demandas surgiram em diversos momentos, as de saúde e as relacionadas à violência. No caso das primeiras, surgiram dois casos em que os detentos estavam sob tratamento psiquiátrico, dois sobre tuberculose e seis relacionadas a doenças sexualmente transmissíveis (um caso de sífilis, um de hepatite e quatro de HIV/AIDS).

Nos limites deste trabalho, decidi dedicar especial atenção aos casos relacionados às DSTs. Além de dominarem as demandas verificadas sobre saúde, essa escolha foi orientada pela centralidade do poder médico no controle dos corpos desviantes, a partir de visões patologizantes das identidades de LGBTs e da histórica associação entre homossexualidade e doenças sexualmente transmissíveis (MOGUL et al., 2011), bem como pela centralidade da reivindicação de políticas públicas de enfrentamento ao HIV/AIDS no desenvolvimento dos incipientes movimentos de homossexuais, travestis e transexuais (FACCHINI; SIMÕES, 2009 e CARVALHO; CARRARA, 2013).

Quanto às demandas ligadas à violência, visualizei um caso descrito abstratamente como constrangimento e outros cinco que descreviam situações de violência praticadas por outros detentos, sejam ameaças, agressões ou trabalhos forçados.

Conforme o esperado, percebi que a Resolução Conjunta Nº 1 do CNPC/CNCD-LGBT não teve um impacto perceptível na prática dos operadores do direito, tendo em vista que não foi suscitada em nenhum pedido ou decisão judicial tratando dos direitos humanos da população em debate. Em verdade, esses episódios eram sempre objeto de petições breves e pouco fundamentadas, com decisões igualmente pobres em termos argumentativos.

Entretanto, houve um padrão que eu pude observar. Quando confrontado com essas demandas, o Sistema de Justiça Criminal parece oferecer uma resposta única, quando existe alguma: a transferência de unidade. A partir das demandas pontuadas acima, houve dez oportunidades em que os operadores do direito conduziram alguma forma de mobilização do Judiciário, sendo distribuídas entre seis detentos. Dentre essas, seis eram pedidos de transferência, dois pleiteavam a liberdade provisória, um buscava preferencialmente a liberdade provisória e subsidiariamente a transferência e um buscava informações sobre a execução penal.

Isso parece decorrer de uma postura relativamente generalizada entre os agentes que conduzem os mecanismos de punição, tendo em vista que, diante das violações de direitos humanos, defensoria pública, advogados e funcionários da Secretaria Executiva de Ressocialização mobilizam o Judiciário acionando a transferência como medida apta a enfrentar o problema.

Contudo, a postura dos julgadores inclui a especificidade da inegociabilidade da prisão. Embora eles evoquem preocupações genéricas com a “integridade física e psíquica” dos detentos, as experiências de violência experimentadas ou os cuidados especiais inerentes a determinados



tratamentos jamais são admitidos como elementos capazes de questionar a necessidade ou a oportunidade de decretar a prisão.

Nesse contexto, o senso comum punitivista que compõe a máquina do sistema penal é acionado para decretar a prisão nos três casos nos quais se buscava a liberdade provisória. A estrutura é sempre a mesma: a decisão é iniciada pelos argumentos usuais do Sistema de Justiça Criminal que procuram construir a imagem do delinquente foucaultiano, ocorre a imposição da prisão preventiva e, ao final, em duas ou três linhas, é exposta alguma fundamentação sobre as demandas acerca da violência ou da saúde. Em um caso, alega-se a ausência de provas; em um segundo, há uma ordem genérica de que seja garantido local idôneo para o tratamento do HIV/AIDS; e, no último, ocorre o deferimento do pedido subsidiário de transferência.

Um deles é especialmente surpreendente porque o juiz determina o relaxamento da prisão em flagrante em virtude das ilegalidades em que foi realizada, mas, mesmo assim, decreta a prisão preventiva. Aqui, apresenta-se verdadeira aberração em termos processuais, afinal, como impor a privação de liberdade se ela é declaradamente ilegal desde o princípio?

Essa combinação entre insistência na privação de liberdade e aposta na transferência como resolução do problema não parece ser exclusividade do Judiciário pernambucano, tendo em vista o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 154.49 – caso no qual ocorreu a primeira judicialização verificada da Resolução Conjunta Nº 1 do CNPC/CNCD-LGBT.

No caso, foi impetrado habeas corpus dispondo das estratégias processuais disponíveis para evitar ou mitigar a privação de liberdade da assistida (direito de aguardar em liberdade o julgamento de apelação e a fixação de regime inicial mais benéfico). De forma subsidiária, havia pedido para a paciente, que é travesti, ser transferida para local coerente com sua opção sexual, já que estava presa em cela masculina superlotada.

Ao julgar o caso, o Ministro Roberto Barroso suscita uma série de entendimentos jurisprudenciais que favorecem a prisão e, ao final, determina a transferência da paciente para um presídio feminino em virtude de sua orientação sexual. Para isso, desenvolve fundamentação de um parágrafo baseada na Resolução Conjunta Nº 1 do CNPC/CNCD-LGBT e na Resolução SAP nº 1 do Estado de São Paulo. A estrutura, portanto, é a mesma que foi descrita acima, em que os fundamentos punitivistas dominam o esforço argumentativo – e, infere-se, as preocupações reais dos julgadores – para, ao final, determinar a transferência de unidade como diligência hábil para o caso.

Embora não se ignore o potencial do Judiciário “reconhecer” a paciente travesti enquanto mulher, a aposta nas transferências é a mesma. No contexto dos esforços do movimento LGBT por políticas públicas, essa pode ser uma armadilha porque perpetua a ideia de que o Sistema de Justiça Criminal é um ambiente hábil para a resolução dos conflitos sociais em que dissidentes de gênero estão envolvidos, com todos os estereótipos e essencializações de cunho discriminatório usualmente acionadas pelos julgadores. Isso surge de maneira bastante simbólica nas decisões examinadas à medida que a criminalização domina os esforços argumentativos, impondo às demandas específicas dos LGBTs encarcerados um espaço reduzido que representa as preocupações também bastante reduzidas em efetivamente enfrentar os desafios impostos.

Além disso, propor a transferência como resposta para a violência sofrida por esses desviantes traz, implicitamente, a ideia de que o problema pode ser individualizado a alguns detentos ou a um presídio específico. Afinal, crer no potencial da mudança de unidade para oferecer melhores condições para as pessoas envolvidas pressupõe que outros presídios oferecem experiências expressivamente distintas. Assim, perde-se a noção pela qual as violações de direitos humanos sofridas por LGBTs encarcerados são produtos de um contexto de violência estrutural

que representa uma faceta importante da homofobia (ou homo-lesbo-transfobia) de Estado, especialmente quando o gênero desviante é atravessado por experiências de classe e raça também subalternizadas.

Considero relevante pontuar, também, que considerar a transferência para um presídio feminino como uma solução para a violência sofrida pelas travestis e transexuais no cárcere pode ser uma resposta alicerçada em determinada percepção das mulheres típica da máquina penal. Acontece que, conforme descreve Vera Regina Pereira de Andrade (2005), o Sistema de Justiça Criminal desenvolve dois estereótipos de gênero: o homem viril, ao mesmo tempo exaltado e temido - que ela chama de "o cara"; - e a mulher fraca, impotente, que a autora denomina de "a coisa". Segundo a criminóloga, a dimensão patriarcal do SJC atua à medida que destina, ao "cara", o posto de sujeito ativo da dogmática penal (o controle formal); e, à "coisa", a posição de sujeito passivo do tipo punível. De forma implícita, o que esses papéis sugerem é a docilidade da mulher, incapaz de representar esse mal absoluto que a ideologia da defesa social impôs ao criminalizado.

Nesse sentido, responder às agressões sofridas pelas travestis no cárcere masculino meramente transferindo-as para o feminino pode derivar menos de um efetivo reconhecimento da identidade de gênero reivindicada por essas acusadas e mais de uma leitura das mulheres enquanto pessoas dóceis e pouco propensas à violência.

Talvez isso seja especialmente visível em virtude da linguagem adotada na própria decisão, na qual as categorias articuladas são opção sexual e orientação sexual ao invés de identidade de gênero, assim como pela insistência do julgador em usar os pronomes masculinos para fazer referência à paciente. Desse modo, o discurso adotado parece ratificar uma compreensão genérica das identidades T como variedades do homossexual, um substantivo masculino, o que impõe certa desconfiança sobre o reconhecimento judicial das demandas do movimento LGBT.

Com isso, a transferência para presídios femininos parece repetir bastante do que pode ser argumentado sobre a mudança de unidade de modo geral. Trata-se de uma medida de improvisação tomada a partir da ausência de políticas públicas para lidar com os conflitos inerentes às vivências do cárcere brasileiro (e, em especial, pernambucano). Sendo que, em casos como o do HC, os estereótipos de gênero parecem exercer um papel significativo para pressupor que as travestis seriam bem recebidas nas dinâmicas das prisões femininas sem maiores esforços de políticas públicas.

Chamo atenção, ainda, que a aposta nesse tipo de solução pontual também significa a perda de uma oportunidade de radicalizar as lutas políticas do movimento LGBT, o que poderia surgir de um questionamento frontal das razões pelas quais essas pessoas são criminalizadas e sobre que tipo de legitimidade o Sistema de Justiça Criminal pode oferecer.

Os ganhos, portanto, precisam ser vistos com ceticismo, tendo em vista que são circunstanciais, limitados e podem ratificar as concepções racistas, classistas e patriarcais do SJC, enfatizando as dimensões de poder que efetivamente violentam essas vidas subalternas.

Em verdade, a descrita insuficiência da mudança de unidade surge nos próprios processos judiciais. Acontece que, dos sete pedidos realizados (entre pedidos principais e subsidiários), quatro foram atendidos em três processos diferentes, mas os resultados não se mostraram eficazes.

No caso de *Giovana*<sup>1</sup>, a Defensoria Pública alerta, na audiência de custódia, sobre os perigos à integridade da autuada, que, naquele momento, estava no COTEL. Em resposta, o julgador adota uma série de argumentos que procuram construir a imagem do delinquente

---

<sup>1</sup> Por razões éticas, os nomes utilizados não são reais.

foucaultiano e, ao final, concede o pedido de transferência para o presídio indicado (PJALLB) em breve fundamentação baseada na proteção da integridade física.

Contudo, as agressões físicas e psicológicas voltam a ser denunciadas em juízo na audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual fica evidenciado que, na verdade, *Giovana* foi levada ao PAMFA, descumprindo o determinado pelo juiz da audiência de custódia. Por isso, esse magistrado também determina a transferência para o PJALLB.

Ao longo do processo de *João Manuel*, a SERES encaminha pedido de transferência para o PJALLB baseado nas ameaças sofridas pelo detento, o que foi deferido. Apesar da diligência tomada, é atestado que o detento continua sendo ameaçado cerca de um ano e meio depois.

Por fim, o processo de execução penal de *Márcio* traz o testemunho de um companheiro de cela narrando que por ele “ser homossexual se submetia a realizar algumas ações para não sofrer retaliações”, a exemplo da posse de maconha, conduta pela qual foi condenado por tráfico de drogas. Além disso, mais tarde, a SERES pede a transferência do detento para o PJALLB alegando risco de morte ocorridas “por ser homossexual e ter trabalhado prestando informações para os agentes penitenciários no intuito de coibir ilícitos dentro desta Unidade Prisional”.

Apesar da medida requerida, após transferido para o PJALLB, o detento apresenta novo pedido de transferência, dessa vez para o Presídio Barreto Campelo, em Igarassu/PE. Esse pleito, contudo, foi rejeitado pelo juiz responsável pelo Complexo do Curado por ausência de anuência do julgador ligado à outra unidade. 4 Por razões éticas, os nomes utilizados não são reais.

Aqui, considero relevante salientar que não consegui identificar a origem desse procedimento pelo qual a transferência de unidade depende do consentimento dos dois juízes. Além dos atos decisórios não referenciam nenhuma forma de ato normativo, não consegui encontrar tal determinação no Código Penitenciário do Estado de Pernambuco. O fato é que a burocracia das Varas de Execução Penal organiza dessa forma as mudanças de unidade, o que torna mais lento e difícil esse tipo de pedido.

Entendo ser pertinente, também, identificar o que ocorreu nos outros casos em que o pedido de transferência não foi deferido. No caso de *Wilson Antônio*, há primeiro uma petição da SERES cientificando o juiz responsável pelo Presídio de Pesqueira de que o detento “enfrenta situação de constrangimento por sua opção sexual” e buscando informações sobre o processo de execução penal. Ao examinar a petição, o julgador visualiza uma variedade de ilegalidades: em primeiro lugar, ele estava em unidade de regime fechado apesar de ser condenado à privação de liberdade em regime semi-aberto e, em segundo lugar, já tinha cumprido tempo suficiente para obter progressão para o aberto há quase um ano. Em suma, a contenção da liberdade de *Wilson Antônio* havia sido mais severa e longa do que o próprio Sistema de Justiça Criminal havia entendido ser cabível. Mesmo assim, o juiz limita-se a anunciar a mesma preocupação genérica de garantia da integridade física e psíquica do detento.

Como era de se esperar, tais ilícitos de responsabilidade do próprio sistema penal não têm qualquer repercussão para os envolvidos ou para *Wilson Antônio*. Em verdade, as violações persistiram: preso novamente quando estava em livramento condicional, ele foi encaminhado ao Complexo do Curado, onde era ameaçado de morte por outros detentos. Por isso, requereu transferência para o Presídio de Igarassu, pleito que ainda não havia sido respondido sete meses depois, no momento de consulta dos autos processuais.

Por fim, *Sakura* afirmou, desde a Audiência de Custódia, ser HIV+. Em resposta, o juiz determinou a prisão preventiva e emitiu um mandamento genérico, recomendando “ao sistema

prisional a colocação do autuado (...) em local adequado e a manutenção do tratamento, uma vez que o autuado informou ser portador do vírus HIV.”

Ao longo do processo, a SERES elabora o seguinte pedido: “Considerando que o detento demonstrou o interesse em se tratar do vício [em crack], solicito dessa GTJP, que viabilize junto ao Juiz processante, a sua transferência para o Presídio de Igarassu, em razão da unidade possuir melhores condições para o tratamento e convivência com a população LGBT”. Anteriormente, a petição também mencionava tratar-se de detenta soropositiva. Posteriormente, *Sakura* argumenta também que tem um irmão preso naquela unidade, facilitando a visitação por parte de sua família.

Para subsidiar o pedido, há um parecer psicossocial descrevendo que, na primeira passagem dela pelo PFDB, foi organizado tratamento multidisciplinar com apoio de infectologista e psicólogo, período em que ela apresentou empenho no tratamento, mas não conseguia reduzir o consumo de crack. Segundo o relatório, após sua liberação, a rede de apoio do presídio diligenciou a continuação de seu tratamento em local próximo ao local onde Sakura iria morar. Após a nova prisão, foi renovado o apoio multidisciplinar, supostamente também conferindo semelhantes possibilidades de tratamento e bem-estar para ela.

Ao receber o pedido, a decisão do juiz é, de certa forma, contraditória. Ao invés de meramente deferir o pedido da SERES, o magistrado emite pronunciamento declarando que a transferência de unidade corresponde a uma responsabilidade da administração penitenciária, não do Judiciário. Entretanto, esse entendimento parece questionável porque o pleito era patrocinado precisamente pelo órgão responsável pelo sistema penitenciário dentro do arranjo burocrático do governo do Estado de Pernambuco, de modo que, na verdade, não existiria qualquer diferença pragmática entre a conduta adotada e simplesmente deferir o pedido. Em verdade, o único impacto é o alongamento do procedimento para que Sakura efetivamente seja transferida.

Como se pode observar dos casos descritos acima, o Presídio de Igarassu (PIG) tornou-se uma espécie de referência pernambucana em termos de proteção das pessoas LGBT no cárcere. Acontece que, naquela unidade, foi construído um espaço de vivência reservado aos gays e travestis que habitam a unidade chamado de Pavilhão “Sem Preconceitos”, o que teria favorecido consideravelmente a qualidade de vida dessas pessoas.

É com essa premissa que Neon Bruno Doering Morais (2018) vai investigar as reais condições da unidade a partir de entrevistas com os moradores dessa ala, obtendo resultados ambíguos. Nas narrativas da maioria dos entrevistados, parece surgir uma distinção entre as experiências anteriores no cárcere, quase todas no Complexo do Curado, com as atuais, no PIG. Nessa comparação, surgem as diversas violações de direitos humanos já sofridas por essas pessoas, que variam entre estupros, contaminação por HIV decorrente da ausência da Profilaxia Pós-exposição (PEP), agressões físicas ou verbais e repressão da expressão de gênero. As entrevistas sugerem que a estratégia de estabelecer um espaço reservado para gays e travestis com condições de habitação razoáveis conseguiu repelir a maioria dessas experiências no Pavilhão “Sem Preconceitos”, de modo que alguns dos detentos têm visões bastante positivas sobre o lugar.

Todavia, repetem-se as narrativas sobre a homofobia dos agentes penitenciários. Segundo as entrevistadas, são recorrentes as agressões verbais contra os LGBTs do PIG, sendo que são especialmente repetidas as insinuações de que elas prestam serviços sexuais para os presos das demais celas. Verdadeiras ou não, essas alegações têm evidentemente objetivo perjurativo e constroem as falas sobre quem são as travestis no mundo e quais papéis elas podem ocupar. Mais que isso, essas ofensas perpetuadas pelas pessoas que representam o Estado nos presídios

prescrevem as possibilidades dessas vidas desviantes, criando as profecias que constituem as histórias repetidas dessas travestis. Aqui, o próprio Estado assume postura central para a constituição da dinâmica de gênero que permeiam a experiência do cárcere.

Duas situações são especialmente exemplificativas dessa *homofobia* dos agentes, como descrita ao longo das entrevistas. Em uma primeira, eles informam aos homens sobre a homossexualidade de um preso, o que implicou no espancamento dele pelos companheiros de cela com golpes proferidos também pelos agentes. Numa segunda, a funcionária afirmou que precisaria limpar-se após o toque de uma travesti.

Outra dinâmica de gênero relevante percebida por Bruno Doering está em uma das principais reivindicações das travestis que foi correspondida com a construção do Pavilhão. É que, antes da divisão, elas realizavam uma série de trabalhos domésticos para os homens sem a certeza de serem pagas, o que parece ter sido resolvido com a nova distribuição da população carcerária. Se, por um lado, é incontestável o ganho na vida dessas travestis que dependem do trabalho para financiar as necessidades e vaidades; por outro, os serviços prestados reinstauram as normas de gênero pelas quais mulheres são associadas às atividades domésticas.

Problemas do tipo também surgem na etnografia realizada por Guilherme Gomes Ferreira (2014) entre as travestis de um presídio em Porto Alegre, na qual ele identificou o que surge a partir da conquista de um espaço de habitação exclusivo para gays, travestis e seus namorados. Acontece que as novidades trazidas pelo reconhecimento improvisado das reivindicações dos movimentos sociais determinaram, diante da ausência de regulação estatal, o surgimento de regras sociais que mediam as possibilidades de transferência para essa ala de convivência específica.

Mais especificamente, essas regras atenderam à necessidade de assegurar que os homens heterossexuais que desejam ir para a ala efetivamente tenham relacionamentos dignos de reconhecimento com as travestis. Para isso, é acionada a categoria de casamento, por si só objeto de ampla crítica e discussão no debate feminista<sup>2</sup>, com o seguinte procedimento: “Quando uma travesti e um homem se interessavam um pelo outro, eles tinham que oficializar o relacionamento indo para o corredor de um dos pátios do PCPA e, na frente dos outros presos, se beijavam.” (FERREIRA, 2014, p.100).

Há, nesse ritual, uma série de eventos problemáticos, desde a submissão de uma forma de relacionamento subalternizada a um sistema de legitimação até a demanda pela confissão pública do sexo, o que remete às dinâmicas da vontade de saber descrita por Foucault (2010).

Além disso, uma vez casadas, elas têm suas possibilidades de socialização restritas porque eram vedadas as conversas com outras travestis ou maridos, bem como o trânsito desacompanhado pelo corredor ou pelo pátio (FERREIRA, 2014). Desse modo, se os casamentos atendem às demandas de afetivas da prisão, eles também renovam relações patriarcais em que o casamento estabelece a subordinação da mulher a um homem.

É importante apontar, ainda, que a estratégia de designar um espaço específico para os dissidentes de gênero não é inédita no sistema penitenciário. No próprio Presídio Central investigado por Guilherme Gomes Ferreira (2014), as travestis costumavam ser alocadas junto aos “criminosos sexuais” mesmo quando os tipos penais imputados não tinham qualquer conexão com os crimes contra a dignidade sexual, o que é explicado pelo autor como uma comparação introduzida pelo “potencial que carregam de transgredir as normas sexuais” (FERREIRA, 2014, p.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver Pateman (1988).

91) e pelos agentes penitenciários sob a justificativa de serem “dois grupos que as outras galerias jamais aceitariam” (FERREIRA, 2014, p. 91-92).

Tratando especificamente da criação de ambientes reservados aos LGBTs, Guilherme Gomes Ferreira pondera, ainda, as oportunidades de vigilância e controle surgidas com a separação:

A criação de uma ala específica para travestis também representa uma mão invisível, que olhou o Presídio de cima, remexeu o seu interior e separou todos os corpos não desviantes, deixando restar ali as travestis, os homossexuais e os homens que assumidamente praticam sexo com elas. Esses corpos, deixados no meio de um descampado, da mesma forma que são protegidos da violência cotidiana que sofriam dos outros presos e dos próprios policiais, são agora potencialmente observados pelo Estado e seus mecanismos de repressão (...) (FERREIRA, 2014, p. 93)

Esse posicionamento parece ser compatível com o pensamento de Foucault (2013). Para ele, o fracasso da prisão como mecanismo para a repressão dos crimes responde às demandas de uma gestão desigual dos ilegalismos, em que o ato da prisão fabrica a ilegalidade cuja punição é demandada pelos sistemas de poder – a do delinquente. Nesse sentido, o objetivo real não é tanto tornar dóceis os corpos quanto uma organização da transgressão a partir dos interesses da classe dominante. O filósofo arremata: “Em resumo, a penalidade não ‘reprimia’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia geral’” (FOUCAULT, 2013, p. 258)

Embora a recepção de Vigiar e Punir no Brasil deva ser cautelosa, como adverte Luciano Oliveira (2011), insisto que determinar o agrupamento de homens gays e travestis em um espaço físico único pode representar um esforço disciplinar pelo qual as delinquências são organizadas. Nesse sentido, seja na cela dos “criminosos sexuais” de Porto Alegre/RS ou no Pavilhão “Sem Preconceitos” de Igarassu/PE, é verificada uma tendência de agrupamento orientada não pelos desvios identificados nos processos criminais, mas por um outro, o rompimento com o pacto político dominante do binarismo biologizante dos sexos e um de seus pilares, a heterossexualidade.

Conforme as narrativas que surgem nos trabalhos de Guilherme Gomes Ferreira (2014) e Neon Bruno Doering Morais (2018), o surgimento de espaços de vivência específicos em que efetivamente são melhoradas as condições de vida de gays e travestis é reconhecido pelos demais envolvidos nas relações sociais do cárcere, por vezes com visível resistência. Assim, por exemplo, uma entrevistada relata ouvir de um agente penitenciário que “Tem que acabar esse negócio de pavilhão separado, frango na cadeia tem mesmo que se foder” (MORAIS, 2018, p. 139) e os homens do Presídio Central estavam dispostos a fingir serem homossexuais ou namorados das travestis para irem morar na área reservada para LGBTs, determinando o surgimento de um procedimento específico para “averiguar” a verdade. Essa narrativa sugere que, no contexto de Porto Alegre, é um ganho significativo até para os heterossexuais ir para os espaços de vivência específica.

Com efeito, se a trajetória do sistema penal inibe a leitura sobre pretensões humanizadoras do cárcere, como descreve Foucault (2013) e salienta Oliveira (2011), talvez seja inocência pensar os ganhos trazidos pelos espaços de vivência específica apenas como produtos da luta por direitos humanos dos movimentos LGBT. Esse ceticismo é especialmente relevante quando a leitura dos processos judiciais, das Resoluções da Corte IDH (2014; 2015; 2016; 2017) e da própria experiência no PIG revelam a convivência desses ganhos circunstanciais com uma desídia generalizada do Sistema de Justiça Criminal diante das experiências de violência sofridas por LGBTs encarcerados.

Nesse contexto, é possível interpretar que o movimento incipiente de criar espaços específicos para LGBTs e os pedidos de transferência para as experiências mais bem-sucedidas representam esforços disciplinares em uma sociedade indisciplinar, como denominou Oliveira (2011). De certa forma, a resistência truculenta do agente penitenciário ao Pavilhão “Sem Preconceitos” pode ser lida como uma fala que conecta os dois momentos desse processo porque reconhece que os frangos não estão se fodendo – ao menos não o suficiente – e defende que esse negócio tem que acabar, ou seja, reivindica o fim desses ganhos. Trata-se, ao meu ver, de um interlocutor acostumado com uma administração do cárcere baseada na violência que, por isso, estranha movimentos distintos.

Com isso, não sustento que há uma mudança estrutural na direção de uma administração dos ilegalismos baseada no projeto panóptico descrito por Foucault, mas simplesmente que o cárcere brasileiro - cujo sentido está, primordialmente, no depósito humano dos indesejáveis - convive com movimentos disciplinares circunstanciais, improvisados e incapazes de alterar o quadro geral do sistema punitivo.

Portanto, o potencial das transferências para o PIG (e demais espaços de vivência específica em condições razoáveis) não deve ser ignorado, tendo em vista que as próprias presidiárias da unidade evidenciam os ganhos efetivamente existentes. Contudo, também não pode ser vista como um objetivo final, uma vez que as experiências de violência persistem, bem como há certa ratificação das performances de gênero associadas à mulher cis ou trans. Por fim, sustento a necessidade de perceber com desconfiança movimentos alegadamente humanizadores do cárcere que podem ocultar movimentos disciplinares, ceticismo cuja relevância é asseverada pelas experiências anteriores de agrupamento das travestis

## **TENTATIVAS INTERPRETATIVAS SOBRE AS RESPOSTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL ÀS DEMANDAS DE LGBT NO CÁRCERE**

Conforme apresentado acima, analisar os processos judiciais em que foram elaboradas reivindicações baseadas nas demandas específicas de LGBT conduziu a descobertas significativas. Houve processos em que a prisão era mais longa e mais severa do que o sentenciado, mandamentos genéricos sobre “integridade física e psíquica” ou “local adequado” para o tratamento do HIV/AIDS, conversão em preventiva de flagrantes ilegais, pedidos de transferência ignorados por meses a fio e indeferimentos sem maiores fundamentações. Em meio a todos esses casos, pude sugerir alguns padrões que se repetem, como as demandas de saúde e prevenção da violência, a inegociabilidade da prisão frente às experiências de vulnerabilidade, a mudança de unidade como resposta única para lidar com as reivindicações e a leitura do PIG como referência para detentos LGBT.

De certa forma, considero que todas essas respostas do Judiciário estão conectadas por uma característica das prisões identificada por Foucault (2013): a Declaração de Independência carcerária. Segundo o autor, a transição dos sistemas punitivos desde o suplício até a prisão foi caracterizada por uma inversão do papel do julgadores, que passam a assumir um distanciamento relevante das consequências da condenação. Acontece que os presídios foram constituídos como aparelhos disciplinares exaustivos, em que o julgamento criminal é uma unidade arbitrária a ser decomposta. Nesse sentido, além das divisões iluministas dos poderes, procede-se com uma autonomia do “julgamento penitenciário”.

Contudo, se a autonomia penitenciária conduziu a uma administração precisa das vidas encarceradas na França, os efeitos da apropriação precária das ideias iluministas no Brasil parecem ter conduzido a um fenômeno absolutamente distinto em que as dinâmicas do cárcere

dependem de uma lógica própria conduzida primordialmente pela improvisação. Entre imposições, negociações e ameaças, os agentes penitenciários e encarcerados constroem as regras que tornam o cárcere uma experiência possível, o que depende da violência como instrumento mediador.

Luciano Oliveira (2011) defende ideia semelhante quando resgata a ideia de panóptico impossível de Andrei Koerner para descrever as especificidades do cárcere brasileiro que tornam imprecisas as recepções reverenciais e descuidadas de Vigiar e Punir. É assim que ele descreve o poder exercido pelos presidiários de grandes organizações sobre os agentes penitenciários e a relativa irrelevância dos limites impostos pela lei penal sobre as estratégias punitivas.

Considero que essa Declaração de Independência carcerária surge nas diversas formas pelas quais o Judiciário se exime de dar respostas minimamente adequadas às reivindicações que surgem do cárcere. Nesse sentido, interpreto que as declarações genéricas que fingem uma real preocupação com integridade física ou tratamento do HIV/AIDS funcionam como respostas vazias cuja única função efetiva está em eximir-se do problema. O mesmo pode ser dito sobre as transferências entre presídios que compõem o Complexo do Curado, os quais têm condições bastante semelhantes e, por isso, não poderiam oferecer condições expressivamente distintas. Há, ainda, os casos em que a desídia generalizada é explícita, a exemplo dos requerimentos nunca decididos ou da imposição de regimes menos benéficos em desacordo com o decidido.

Por fim, destaco os casos em que são suscitadas barreiras processuais para deixar de enfrentar o mérito dos pedidos de mudança de unidade. Isso acontece, por exemplo, quando o juiz responsável pelo Complexo do Curado indefere a transferência para o Presídio de Igarassu por ausência de anuência do julgador ligado ao PIG ou quando outro magistrado deixa de deferir o pedido da própria SERES sob o argumento da matéria ser atribuição da administração penitenciária.

Entendo que esses argumentos que se eximem da competência de tratar das transferências retratam virtudes passivas do Judiciário, que funcionam como “argumentos jurídicos - geralmente de cunho processual – que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido” (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 233), instrumentos que podem ser utilizados quando o julgador é confrontado com casos nos quais assumir uma posição pode impor alguma forma de custo político. Desse modo, a posição de simplesmente não enfrentar o mérito dos pedidos de transferência pode ser lida como mais uma ferramenta para que o Estado-juiz deixe de intervir sobre as dinâmicas do presídio.

Além das representações da Declaração de Independência carcerária, a improvisação que marca as dinâmicas do cárcere surge a partir da análise das transferências para o PIG, cujas possibilidades de ganhos parecem ser mais significativas. Acontece que, a partir das entrevistas realizadas por Neon Bruno Doering Morais (2018), é possível observar que as melhorias obtidas surgem a partir de dinâmicas próprias daquela experiência, nas quais o Judiciário tem papel bastante reduzido.

Nesse contexto, Neon Bruno Doering Morais (2018) destaca que não há nenhuma espécie de formalização dessa mudança de pavilhão ou qualquer forma de anuência documentada, como exige a Resolução Conjunta Nº 1 do CNPC/CNCD-LGBT. Todo o processo fica sob a responsabilidade dos próprios detentos, sob a liderança da chaveira e o auxílio de sua assistente e à margem das exigências jurídicas. Trata-se de um procedimento que ocorre conforme e mediante as improvisações que tornam a experiência do cárcere possível, demandando também a atuação de agentes internos ao presídio para conquistar alguns avanços.



Mais precisamente, nessas narrativas, surgem dois personagens como protagonistas das mudanças obtidas: a chaveira e o diretor do presídio. De modo geral, as entrevistas sugerem que os ganhos do PIG tem relação íntima com a administração e autoridade favoráveis do atual diretor, o que conduz a uma visível personificação dos ganhos na convivência das travestis e gays na figura dele. Nesses discursos, não surgem figuras do Judiciário ou Executivo – mesmo porque não há um compromisso em desenvolver políticas públicas estáveis e claras – mas sempre o diretor. Essas percepções são especialmente visíveis nos seguintes trechos: “Em suas palavras, o diretor atual ‘é um pai’, mas a realidade daquela unidade prisional nem sempre foi assim, já houve ‘gestão preconceituosa que ameaçou fechar o Pavilhão E’, e sua intenção era levar as travestis para o espaço destinado aos idosos – explicou. (MORAIS, 2018, p. 140)”; “Na ausência do diretor do PIG, alguns agentes penitenciários não deixam as travestis saírem para trabalhar, porque nessas saídas elas podem ter relações sexuais com outros presos” (MORAIS, 2018, p. 152).

Essa personificação significa, inclusive, uma relevante instabilidade surgida pela possibilidade de uma mudança administrativa significar uma deterioração da proteção dessas pessoas, como o autor comenta: “No PIG, travestis relataram que o antigo diretor ameaçou acabar com o espaço de vivência específico (Pavilhão Sem Preconceitos). Pelo visto, estão reféns da administração de cada penitenciária.” (MORAIS, 2018, p 151/152).

Além do diretor, as condições mais favoráveis descritas pelos entrevistados também são associadas ao trabalho da chaveira, que funciona como uma espécie de liderança do Pavilhão Sem Preconceitos responsável por identificar as travestis e os gays. Nas narrativas das entrevistadas, ela seleciona, salva ou resgata as demais dos outros pavilhões, que são relacionados às diversas experiências de violência vividas em outras passagens pelo sistema prisional (MORAIS, 2018).

Essa centralidade do papel da chaveira também impõe uma série de problemas à medida que as possibilidades de obter condições de vida razoáveis dependem de relacionamentos pessoais com outra presidiária. Nesse sentido, os desentendimentos que compõem a experiência do cárcere podem ser determinantes para administrar a proteção de pessoas vulneráveis no PIG.

Ademais, o processo de resgate da chaveira também depende de uma série de normas estabelecidas por ela de potencial moralizador ou disciplinar. Por isso, travestis usuárias de drogas não podem ser salvas porque o consumo de ilícitos é vedado nas dependências do Pavilhão Sem Preconceitos, excluindo parte da população LGBT encarcerada dos ganhos circunstanciais do PIG (MORAIS, 2018).

Desse modo, a análise dos processos judiciais, em especial dos pedidos de transferência, auxiliada pelo estudo de Moraes (2018), possibilitou visualizar o papel reduzido que o Judiciário atribui para si mesmo no enfrentamento das experiências de violação de direitos humanos impostas aos LGBTs encarcerados. Concomitantemente, os magistrados são omissos ao suscitarem argumentos formalistas para deixarem de oferecer qualquer solução para a violência heterossexista no Complexo do Curado e ao não participarem minimamente dos ganhos circunstanciais em Igarassu. Essa negligência pode ser lida como um produto da Declaração de Independência do cárcere descrita por Foucault, sendo que, em terras brasileiras, isso impõe a organização do cárcere a partir de critérios de improvisação que costumam acionar métodos baseados na violência.

## **CONCLUSÃO**

Este trabalho surge na busca de pistas sobre as possibilidades de mobilização da política criminal como meio de proteção de direitos humanos de pessoas LGBT em um espaço crítico das

relações sociais e da possibilidade de regulação exercida pelo direito (e pelo Estado): o cárcere. Serve, inclusive, para tentar entender os produtos possíveis quando os LGBT cujos direitos a mobilização jurídica pretende proteger são pouco ideais, mais próximos de uma imagem de delinquência que de vitimização. Para isso, busquei as demandas mobilizadas nos processos de execução penal (sentenças transitadas em julgado) ou processos de conhecimento ainda tramitando (prisões preventivas) ao longo de vinte e nove processos judiciais de LGBT presos no Complexo do Curado.

Nesse espaço, os resultados parecem apontar para a repetição de duas demandas que são, em certo nível, específicas das reivindicações dos movimentos LGBT: as doenças sexualmente transmissíveis e a violência LGBTfóbica ou a ameaça dela. Esses elementos são suscitados, por exemplo, para reivindicar a liberdade provisória, mas esse pedido é rejeitado em todas as ocasiões. Esse padrão foi denominado, nos limites deste trabalho, de inegociabilidade da prisão.

As respostas efetivamente apresentadas pelo Sistema de Justiça Criminal são determinações genéricas de atenção às questões mencionadas pela administração prisional ou, o que chamou mais atenção, a mudança de unidade. Embora essas alterações possam oferecer ganhos significativos em vista da inviabilidade do Curado, esse tipo de solução parece reportar a uma crença de que os problemas são circunstanciais e específicos do apenado ou do presídio em que está situado, descredibilizando os apontamentos político-acadêmicos da homofobia/LGBTfobia de Estado.

Além disso, os arranjos produzidos nos espaços de convivência específicos que teoricamente oferecem circunstâncias melhores para os LGBT costumam ratificar padrões de violência heterossexista nos conflitos com administração/demais presos ou mesmo na reificação de estereótipos de gênero.

Também é relevante perceber que os ganhos costumam ser produtos conjunturais de direção favorável e amplamente viabilizados por alguma forma de improvisação sem a construção de qualquer política pública efetiva e, o que me interessa mais, sem qualquer participação do Judiciário. Essa postura também dialoga diretamente com as ocasiões em que o Judiciário se movimenta buscando não decidir ou se posicionar sobre o problema que lhe foi apresentado. Por isso, recorri ao comentário foucaultiano de “Declaração de independência carcerária” para comentar o distanciamento entre julgamento e execução da pena construídos a partir do processo de pretensa humanização da pena. Mesmo se tratando de uma disciplinarização que nunca foi efetivamente traduzida pelas instituições brasileiras, é possível que, ao invés de regulamentação intensa da vida carcerária, a própria improvisação baseada na violência tem ocupado o papel de gerência do cárcere para tornar a vida possível num espaço inapto.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102. 2005.

CARRARA, S.; CARVALHO, M. F. L. Em direito a um futuro trans?: contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sex., Salud Soc**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 319- 351, 2013.

CARVALHO, S. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p.151-168. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 22.05.2014**. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf) Acesso em 12/04/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 07.10.2015**. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_02\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02_por.pdf) Acesso em 12/04/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 18.11.2015**. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_03\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_03_por.pdf) Acesso em 12/04/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 23.11.2016**. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_04\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf) Acesso em 12/04/2017.

FACCHINI, Regina; SIMÕES, Júlio Assis. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009. v. 1. 194p .

FERREIRA, G. G. **Travestis e prisões: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed., 20ª tiragem. São Paulo: Graal, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 41ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2013.

LIMA, F. D. S.; GOMES NETO, J. M. W. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

MOGUL, Joey L; RITCHIE, Andrea J; WHITLOCK, Kay. **Queer (in)justice: the criminalization of LGBT people in the United States**. Boston: Beacon Press, 2011.

MORAIS, Neon Bruno Doering. **GBT e prisões: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife. 2018.

OLIVEIRA, L. Relendo 'Vigiar e Punir'. **Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 309-338, 2011.

PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1988.

# “LABELLING APPROACH” E A DUPLA ESTIGMATIZAÇÃO: O AFASTAMENTO ENTRE AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O SISTEMA DE SAÚDE NO TRATAMENTO DO SOFRIMENTO PSÍQUICO NO BRASIL

Maria Clara Lima Bezerra de França

Graduanda em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO

As medidas de segurança compreendem um instrumento jurídico de absolvição imprópria dos atos ilícitos praticados por inimputáveis e, excepcionalmente, por semi-imputáveis. Em tese, possuem caráter eminentemente curativo, divergindo da finalidade retributiva-preventiva da pena, sendo caracterizado, portanto, como um sistema de responsabilização penal “*sui generis*”. Nesse sentido, devido a fatores sociais ligados à estigmatização dos indivíduos através do etiquetamento seletivo, a lógica dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, locais de cumprimento da medida de segurança, responde a um ultrapassado sistema manicomial de constantes violações e sofrimento.

Há mais de 18 anos foi promulgada a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01), prevendo, além de outras inovações, que as pessoas portadoras de sofrimento psíquico ou mental só devem ser internadas em casos realmente necessários, garantindo, dessa maneira, um tratamento aliado ao convívio social. Contudo, através de uma análise da realidade, é sabido que o contexto dos Hospitais de Custódia diverge totalmente dos preceitos da citada alteração legislativa, que revolucionou o modo de tratar o sofrimento psíquico no Brasil, tendo em vista que os locais de tratamento se encontram muito mais associados ao sistema penitenciário do que ao Sistema Único de Saúde, como assim deveriam por ser uma medida que, teoricamente, tem o enfoque no cuidado à saúde mental do indivíduo.

Nessa toada, o objetivo do trabalho é verificar o modo pelo qual se trata o sofrimento psíquico no ordenamento jurídico, analisando os tratamentos que são oferecidos aos inimputáveis ou semi-imputáveis que cometem um ilícito penal. Nessa perspectiva, busca-se analisar o distanciamento entre a Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01) e as medidas de segurança, tendo em vista que este instrumento, apesar de ter uma proposta curativa, acaba por reforçar estigmatizações e abusos do Poder Público. Assim, tenciona-se apresentar, de forma crítica, a forma pela qual, historicamente, essas pessoas sempre estiveram à margem do sistema de saúde, estando sobre a tutela do sistema penal.

Para isso, o trabalho se propõe a analisar a perspectiva criminológica desse fenômeno através do embasamento teórico do “labelling approach”, precursorado por Howard Becker, pelo qual se entende o desvio não como algo preexistente, mas criado e atribuído a certos indivíduos por meio de um processo de etiquetamento social. Dessa maneira, aqueles que desviam do padrão de racionalidade positiva imposto, são etiquetados como loucos. A consequente estigmatização desses indivíduos, aliada à construção do conceito moderno de loucura como uma espécie de criminalidade, será justificativa para legitimar os abusos e a forma desumana de cuidados a tais pacientes.

O escopo da busca por tais reflexões é, sobretudo, entender quais instrumentos legitimaram durante tanto tempo e ainda legitimam os abusos cometidos nos Hospitais de

Custódia, além de perceber como esses institutos afastam os custodiados das políticas públicas de saúde e do tratamento previsto em lei que deveriam receber.

## **A INFLUÊNCIA DA CONSTRUÇÃO MODERNA DO SIGNIFICADO DA “LOUCURA” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, com os outros, mas principalmente como vê o mundo e como é vista (JACOBINA, 2008). O conceito de loucura não é algo ontológico, preexistente, mas sim uma construção cultural, algo convencionado (FOUCAULT, 2008). Nesse viés, nota-se que a concepção ideológica de loucura na legislação penal e processual projetam valores da modernidade, em razão do contexto em que foram produzidas.

A hipótese de inimputabilidade aplicada no âmbito das medidas de segurança tem como base o critério biopsicológico, fala-se, nos termos do Código Penal, de “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardo”. Apesar de o legislador penal ter optado por esses termos, hoje, com fundamento nos saberes desenvolvidos a respeito da saúde mental a partir do Movimento Antimanicomial, bem como pela Lei de Reforma Psiquiátria (Lei nº 10.216/01), entende-se que o melhor termo que abarca a condição psíquica desses indivíduos corresponde à expressão “em sofrimento psíquico”. Isso se configura diante de uma necessidade de revisitação de termos utilizados com tamanha naturalidade, como a “loucura”, o “louco”, o “doente mental”, que acabam por reforçar a lógica de estigmatização da condição psíquica entendida como desviante.

Com o transcorrer do século XVIII, evidencia-se o desenvolvimento do conceito de “biopoder” por Foucault (2006). Nessa perspectiva, o biopoder se aplica na vida das pessoas, isto é, faz sentir no coletivo, a exemplo das políticas de saúde, como no caso das medidas de segurança e no tratamento oferecido pelo Poder Público às pessoas em sofrimento psíquico. Nesse período, a medicina se arma com os conceitos de higiene pública e da prevenção. Conforme preceituam Dimenstein e Jardim (2007), a psiquiatria se utilizou do seu poder-saber e construiu uma identidade para a loucura, deu-lhe o nome de doença mental e tomou para si o lugar de detentora de um poder incondicional sobre o louco. Complementam ainda que a psiquiatra coisifica o louco na tentativa de considerá-lo um corpo doente, porém, apesar de objetificado, o louco ainda está lá e presencia a incapacidade da ciência médica de compreendê-lo.

A subjetividade manicomial se construiu no passar dos séculos com base fundante na exclusão e construção de saberes a respeito da “loucura” que têm como referência a Psiquiatria Tradicional. Foucault (2006) aponta, ainda, que o psiquiatra precisa do doente mental para se afirmar enquanto médico, dando a luz a “prova psiquiátrica”.

Os argumentos utilizados pelos alienistas a fim de se comprovar a necessidade da construção de um lugar específico para reclusão e tratamento daqueles lidos como loucos, seria o caráter perigoso dessas pessoas. Diante disso, justificavam que, com o diagnóstico de doença mental, era imperativa a lógica do isolamento (PERES, NERY, FILHO & LIMA JR., 1997). Desde então, é notório que a pessoa em sofrimento psíquico é retratada como um ser agressivo por natureza e, conseqüentemente, deveria ser afastada da sociedade, pelas estruturas de poder “guardiãs da ordem”.

Na realidade, a forma agressiva ou de surto que quase sempre é associada à tais pessoas decorre justamente da ausência de cuidados e de atenção à saúde mental difundida na sociedade. Ou seja, é por meio da inexistência de assistência para o tratamento psíquico, pautado nos princípios da Reforma Psiquiátrica de respeito e integração à sociedade, que se observa condutas

que possam representar o suposto “perigo social”. Isso ocorre especialmente nas camadas sociais mais pobres que só são enxergadas pelo sistema quando chegam no estado de conflito com a lei, já que a sua saúde mental não é priorizada e, assim sendo, o único caminho oferecido é o do Direito Penal.

Assim, com o desdobramento do período compreendido pela modernidade, as pessoas vistas como indesejáveis à sociedade eram internadas compulsoriamente como forma de controle social. Isso decorre da construção histórica da relação entre doença mental e o perigo, pautada sob o pretexto da higienização social. É nessa perspectiva que o modelo hegemônico de atenção psiquiátrica às pessoas em sofrimento mental autoras de delitos teve como alicerce a política de internamento e exclusão refletidos nos modelos dos antigos “manicômios judiciários”.

Até mesmo nos dias atuais a perpetuação da lógica manicomial está presente, especialmente no âmbito de cumprimento das medidas de segurança, sendo comuns a falta de tratamento adequado, o uso excessivo de medicamentos, ausência de condições sanitárias básicas, maltratos, bem como a ausência de propostas que tenham como escopo a preservação do vínculo com os familiares e com a sociedade. Nas palavras de Correia (2007), tais violações demonstram o comprometimento dessa instituição com um modelo ultrapassado, o que toma o sujeito como objeto da sua ação e não garante os seus direitos.

A partir do momento em que se trancafia uma pessoa entendida como desviante de um padrão, privando-a do convívio social, nega-se sua humanidade, retirando todos os seus direitos. Nesse sentido, Goffman (2001) traz o conceito de mortificação do “eu” dentro dos manicômios: “o seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado”.

À luz dessa constatação, é mais do que evidente que o sofrimento psíquico por si só, mesmo quando não relacionado ao cometimento de um crime, sempre foi concebido numa ideia de criminalização, devendo, segundo essa lógica, ser afastado da sociedade com o instrumento do sistema penal. Isso é possível de ser vislumbrando observando a forma de própria forma estruturação e o sistema organizacional dos antigos manicômios, a exemplo do caso notório do Hospital Colônia de Barbacena, que respondiam puramente à lógica do sistema prisional.

O próprio termo “doença mental”, amplamente utilizado pelo ordenamento jurídico, como já mencionado, possui teor determinista, de modo a enxergar os indivíduos como caracterizados unicamente por essa condição. É nesse sentido que a Psicanálise surge como alternativa ao preceituado pela Psiquiatria Tradicional de ser o sofrimento psíquico uma anomalia. A partir de tais premissas, a Psiquiatria Moderna se preocupa com a adaptação do sujeito a si mesmo, com o intuito de que ele mesmo se entenda, retirando-se de si a lógica do “perigo” à sociedade duramente imposta a esses indivíduos.

## **LABELLING APPROACH E O ETIQUETAMENTO DAS PESSOAS EM SOFRIMENTO PSÍQUICO EM CONFLITO COM A LEI**

A doutrina positivista, que se desenvolve a partir da segunda metade do século XIX, tem como escopo transferir para o âmbito das ciências sociais os mesmo métodos e critérios das ciências naturais. Na esfera criminológica, Cesare Lombroso estabeleceu que existiria um conjunto de características biológicas que determinam a maior possibilidade de cometimento do crime. Nasce, a partir desse momento, a criminologia etiológica, relacionada intimamente com o Direito Penal do Autor. Isso se explica porque se introduz nas ciências criminais a noção de que existiria um criminoso nato.

A partir da Criminologia Contemporânea, com a introdução do “labelling approach” por Howard Becker, considerado o fundador dessa corrente criminológica, há uma ruptura da visão etiológica-determinista, partindo em direção de um novo paradigma. Supera-se a tese lombrosiana que afirmava ser a criminalidade e o desvio características intrínsecas do indivíduo. Tais estigmatizações, que ocorriam na forma de uma violência tão naturalizada, vão sendo desconstruídas a partir dos estudos desenvolvidos pela Criminologia Crítica.

No entanto, até os dias atuais, percebe-se a nítida presença de um viés do paradigma etiológico na “periculosidade”, que é o fundamento para aplicação da medida de segurança. Nesse sentido, o grau de periculosidade é medido a partir do risco que aquela pessoa apresenta para a sociedade. Assim, o “perigo”, lido como algo naturalmente atribuído ao indivíduo conforme exposto anteriormente, possui caráter ontológico. Segundo Foucault (2003), a noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível dos seus atos, ou seja, não se compreende em relação ao nível das infrações realizadas, mas sim das virtualidades de comportamento que elas representam.

Em contrapartida, o labelling approach ou a teoria do etiquetamento social surge como um embasamento teórico que analisa o modo pelo qual a estigmatização de certos indivíduos, através do etiquetamento que se opera no âmbito da criminalização, influencia, negativamente, a forma pelo qual o Estado tutela os direitos dos considerados loucos infratores. Molina (2006, p. 283) discorre sobre o surgimento e a problemática de investigação do labelling approach de forma bastante esclarecedora, nos termos abaixo:

Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.

Supera-se a lógica da criminalidade e do criminoso, passando ao plano da “criminalização”. A noção de etiquetamento social parte dos conceitos de desvio aliado à reação social. Isso significa que a legitimação do desvio que um ato representa dentro do sistema não vem da natureza ilícita em si, mas sim da reação das outras pessoas sobre aquela conduta, isto é, qual será a resposta dada pelas instituições sociais. Vera de Andrade (1995) afirma que a criminalidade é um status atribuído aos indivíduos num duplo processo: a definição legal do crime e a seleção que estigmatiza um autor como criminoso entre todos os que praticam a mesma conduta. No mesmo sentido, Zaffaroni (2001) expõe que a escolha do sistema penal seletivo, como sabemos, é feito em função da pessoa, de modo que o bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo.

Nessa perspectiva, é essencial observar a problemática social da perpetuação da violência que recai sobre as pessoas em sofrimento psíquico e que se torna mais grave quando relacionada ao cometimento de um ilícito, sob a ótica do “labelling approach”. Isso se justifica porque é nesse momento que a criminalidade, associada ao desvio que a loucura representaria, não é mais interpretada como natural, mas sim uma construção social, uma etiqueta que é atribuída a certos sujeitos com base em processos de interação social de definição e seleção de indivíduos que divergem do padrão imposto pelas estruturas de poder. Conforme preceitua Baratta (1997, p. 113), a nova teoria criminológica “lançou luz sobre o fato de que o poder de criminalização e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade”.

O enfoque do surgimento desse paradigma criminológico se deu, sobretudo, quanto aos conceitos de crime e criminalidade, mas é lógico e necessário também aplicá-los às outras condutas consideradas desviantes daquilo que é estabelecido, como o próprio sofrimento psíquico. Tais pessoas, por se desviarem da lógica racional-positiva impostas pela sociedade, são excluídas do convívio social e têm atribuída a si a etiqueta da loucura. Conforme formulado por Becker (1971, p. 19):

Os grupos sociais criam o desvio ao fazer regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualifica-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um “ofensor”. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente.

A situação se torna mais preocupante ainda quando a pessoa em sofrimento psíquico comete um fato previsto crime, tornando-se duplamente desviante e, conseqüentemente, apresentando socialmente duas etiquetas: a da loucura e a da criminalidade. Nesses casos, o processo de rotulação que recai sobre o indivíduo se torna ainda mais violento, tanto que, nos HCTPs, nega-se além da liberdade, o próprio tratamento adequado junto aos preceitos da Lei nº 10.216/01. Essa realidade faz parte do projeto político das estruturas de poder que se utilizam desse distanciamento de um tratamento psíquico que preserve a dignidade do paciente como mais uma forma de punição dos indivíduos duplamente desviantes.

A consequência disso é que os espaços que deveriam ser destinados ao cumprimento da medida de segurança seguem o mesmo sentido do modelo carcerário, em razão de que se fecha qualquer possibilidade de interação com o Sistema Único de Saúde e o caminho oferecido é justamente o sistema penitenciário. Isso pode ser comprovado a partir de pura análise à legislação, ao constatar que a própria Lei de Execução Penal reforça o fundamento segregador do sistema penal em seu art. 99, *in verbis*:

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos imputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único do artigo 88 desta Lei.

(...)

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

A partir da análise do dispositivo, comprova-se que a essência higienizante e violadora de garantias básicas de tais locais é reforçada pela própria arquitetura e estruturação física dos ambientes que reforçam, nitidamente, a lógica prisional. Isso mostra que as próprias normas, responsáveis por resguardar direitos constitucionais mínimos, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, são incapazes de garantir um tratamento de saúde adequado às pessoas em sofrimento em psíquico que praticam uma conduta etiquetada como criminosa.

Essencial é resgatar a ilação desenvolvida por Dimenstein e Jardim (2007) ao expor que quando a pessoa etiquetada como louca fala, o que diz não é ouvido porque não sabe o que diz; quando age, é a doença que se manifesta, porque não é atribuída a si autonomia; quando revida



provações, é violento por conta da doença e quando escapa desse território para outro, está fora da nossa realidade que é a única aceitável.

## **O CAMINHO OFERECIDO PELO PODER PÚBLICO, A LÓGICA DO SISTEMA PENAL E O AFASTAMENTO DA LEI DA REFORMA PSIQUIÁTRICA**

Tratar da questão do sofrimento psíquico associado ao cometimento de um ato ilícito no Brasil é repensar o próprio conceito atribuído ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana na esfera do Direito Penal. Basta perceber a diferença cronológica e, conseqüentemente, de fundamento dos institutos presentes no Código Penal, redigido em 1941 com reforma na década de 80, na Constituição Federal, promulgada em 1988 e na Lei de Reforma Psiquiátrica, de 2001. Desse modo, não é difícil imaginar a existência de inúmeras inconsistências entre os textos legais mencionados, visto que as garantias previstas no texto constitucional, como o próprio direito à saúde, bem como aquelas normatizadas pela Lei de Reforma Psiquiátrica sequer chegam a ser aplicadas nos espaços de cumprimento da medida de segurança.

É certo que, no etiquetamento social, o sofrimento psíquico, por si só, já configura uma relação de discriminação desses indivíduos, por não ser atribuída a si a condição de humanidade. Por isso, a partir do momento em que se comete um crime e se torna duplamente desviante, tanto do ordenamento jurídico quanto da lógica racional positiva imposta, essa dupla estigmatização se torna legitimadora dos abusos das medidas de segurança pelo Estado, a exemplo da possibilidade de internação perpétua dos pacientes.

A duração das medidas de segurança reflete, sem dúvidas, a escolha política do legislador, visto que a omissão especificamente quanto à tutela do direito das pessoas em sofrimento psíquico na esfera penal decorre justamente da estigmatização e desinteresse do Estado e de suas instituições no que se refere à importância de mudança de paradigma dos cuidados que devem ser oferecidos em tais locais, conforme prevê a Lei nº 10.216/01, que revolucionou a forma de tratamento para com as pessoas em tratamento psíquico no país. Dessa maneira, estando, teoricamente, a medida de segurança fora do viés punitivo das penas, conforme afirma o próprio ordenamento jurídico, como podem acabar sendo mais gravosa e violadora de direito do que estas?

Por mais que tenha sido implementada a Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01) há mais de 18 anos, o contexto da grande maioria dos Hospitais de Custódia localizados território brasileiro se encontra distante dessa mudança de eixo no tratamento ao sofrimento psíquico no país. É imperioso salientar que essa lei não excepciona em seus dispositivos o caso das pessoas em sofrimento mental autoras de delito, dessa maneira, não há qualquer justificativa para excluí-las de seu âmbito de aplicação. Corroborando com essa tese, é importante analisar o art. 1º da Lei de Reforma Psiquiátrica, nos termos abaixo:

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados **sem qualquer forma de discriminação** quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra. (grifos acrescidos)

Portanto, o próprio dispositivo da lei em questão veda qualquer forma de discriminação, de forma que, o caso de afastar tal revolução legislativa da seara das pessoas em sofrimento psíquico autoras de delito, seria uma afronta aos preceitos básicos consagrados pela lei, bem como às garantias básicas da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, por esse instituto penal estar muito mais associado ao sistema penitenciário e não às políticas públicas de saúde, como assim deveriam devido à sua finalidade eminentemente terapêutica, a segregação dos pacientes é bastante naturalizada e reforçada, inclusive, com o aval do Poder Judiciário. Isso pode ser observado na constatação de que a Lei nº 10.216/01 só permite a internação com características asilares em último caso, sempre com justificativa daquela decisão, porém, no âmbito dos processos criminais referentes à medida de segurança, as decisões, em sua maioria, atribuem ao indivíduo a necessidade de ser trancafiado nos HCTPs numa lógica puramente manicomial.

É nesse momento em que as instituições totais, conceito desenvolvido por Goffman (2001), exercem seu poder, sendo aqueles locais em que se atribui uma barreira à relação social com o mundo externo, uma forma de controle de certos segmentos sociais. O autor divide as instituições em três grupos, sendo um deles: “há locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmo e que são também uma ameaça à comunidade, embora de maneira não intencional”. Esse conceito se refere aos “manicômios judiciários” que, apesar da Reforma do Código Penal em 1984 alterá-los para os “Hospitais de Custódia” a lógica é a mesma da anterior, é fato que a estrutura e a lógica degradante de tratamento continuam as mesmas.

O poder inerente às estruturas de poder, recaem sobre tais indivíduos através do processo de disciplinação desses corpos desviantes. Foucault (2002) afirma a disciplina é responsável por uma arte do corpo que aprofunda sua sujeição, tornando-o progressivamente dócil e útil. À luz dessa constatação, o indivíduo é fabricado com imposições em seu território, atividades, controle do tempo da ação e de outros procedimentos. O adestramento do corpo é entendido como medida de funcionamento dos reais fundamentos da medida de segurança, visto que se retira a humanidade e, sucessivamente, a autonomia do indivíduo em sofrimento psíquico numa tentativa incessante de moldar o indivíduo ao padrão racional-positivo duramente imposto. Todo projeto violador do indivíduo está por trás de enxergar o indivíduo necessariamente através da etiqueta de “doente”, negando-se, desse modo, de compreender o sofrimento psíquico não como uma anomalia, mas nada mais que uma forma de ser diferente daquilo convencionalizado e que deve ser respeitada em todas as suas nuances.

Assim, quando o rótulo da loucura se cruza com o cometimento de um crime, a resposta do Poder Público é o caminho trilhado Direito Penal de trancafiar tais pessoas. É contraditório o posicionamento do Código Penal que, ao mesmo tempo que identifica a impossibilidade de a pessoa em sofrimento psíquico ser responsabilizada no âmbito penal por entender a necessidade de uma medida curativa, também nega o atendimento e atenção psiquiátrica e psicológica que deve ser oferecida à saúde mental.

Tendo em vista tais constatações desenvolvidas, fica claro que ainda que o sistema penal tenha como função declarada toda a perspectiva ressocializadora, que perpetua os abusos acobertados pelo ilusionismo, sabe-se que na realidade, é guiado por funções reais que incidem negativamente sobre os indivíduos. Sobre essa situação Vera de Andrade (1995) afirma que, enquanto as suas funções declaradas possuem eficácia meramente simbólicas, as funções reais não são apenas diversas, mas inversas àquelas declaradas pelo discurso oficial e, conseqüentemente, incidem negativamente na existência dos sujeitos na sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que, durante o tempo em que não for visualizada a humanidade nas pessoas em sofrimento psíquico, a lógica do cárcere presente nos Hospitais de Custódia e a continuidade lógica hospitalocêntrica nos manicômios judiciários irá se perpetuar. À luz dessa afirmação,

enquanto o tratamento dado a tais pessoas estiver na lógica do Direito Penal, sistema que institucionaliza a violência em seus mecanismos e marginaliza os etiquetados como criminosos (e loucos), a grave falha da medida de segurança como instrumento curativo irá se perpetuar.

Nesse sentido, é preciso pensar a Psicologia como forma de reavaliar o ordenamento jurídico, pois esse ramo do saber tem como característica fundamental a capacidade de escuta e de enxergar o outro desprendido de quaisquer formas de estereotipação que possa recair socialmente sobre ele. E, a partir disso, torna-se possível construir mais possibilidades de soluções que sejam colaborativas entre o indivíduo e o Sistema de Saúde com um tratamento adequado junto aos princípios da Lei da Reforma Psiquiátrica.

Como afirmam Dimenstein e Jardim (2007), não há alternativas num mundo que prega a unicidade. É preciso empoderar a pessoa em sofrimento psíquico enquanto sujeito político e detentor de direitos e deveres, retirando a noção de que deveriam estar somente nas mãos dos “especialistas”. A partir disso, é essencial observar que o sofrimento psíquico não deve ser entendido como uma impossibilidade do sujeito agir por si só. Isso se justifica diante do fato de que as pessoas em sofrimento psíquico não são pessoas caracterizadas puramente por uma patologia atribuída a si, mas são indivíduos que apenas se distanciam de um padrão imposto. Contudo, de quantos outros padrões duramente impostos na sociedade nos desviamos dentro de um sistema pautado sob um modelo hegemônico e quantos deles não lutamos diariamente para desconstruir? Pensar na problemática da saúde mental é, sobretudo, pensá-la como uma extensão da luta contra a opressão.

O Movimento Antimanicomial no Brasil exerceu grande influência na proposição de novas atividades desenvolvidas no âmbito governamental que garantissem a integridade e autonomia do indivíduo em sofrimento psíquico, defendendo que os recursos financeiros para a manutenção de leitos hospitalares fossem realocados para implantação de serviços residenciais terapêuticos, por exemplo. Expressão desse papel crucial do movimento é vislumbrado com a promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica e a incorporação de Núcleos e Centros de Apoio Psicossocial. Todavia, a aplicação de tais preceitos sobretudo nos locais de cumprimento da medida de segurança é um desafio, principalmente frente à resistência do Poder Público de reconhecer os pacientes como sujeitos de direitos e deveres, além da constante tentativa de invisibilização dos indivíduos, fundamentada na estigmatização da pessoa em sofrimento psíquico que tem a característica de perigoso naturalmente atribuída a si.

Assim, este estudo pretendeu elaborar reflexões sobre os instrumentos responsáveis pela perpetuação da lógica manicomial no âmbito dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, com enfoque no referencial teórico do labelling approach. A partir disso, buscou-se compreender de que forma o etiquetamento seletivo que recai sobre os indivíduos em sofrimento psíquico que cometem um fato tipificado como crime influencia no tratamento que é oferecido a esses indivíduos. Por fim, o presente trabalho teve como objetivo servir como base para futuras proposições do Poder Público que reformulem os cuidados oferecidos na esfera da medida de segurança, bem como para ressaltar quanto à urgência de que sejam desconstruídas rotulações tão vialodoras que recaem sobre tais indivíduos. Ressalta-se, ademais, ser essencial enxergar as pessoas em sofrimento psíquico como sujeito de direitos e deveres e não como apenas mero objetos do incidente de insanidade mental.

Torna-se urgente o desenvolvimento de políticas públicas que visem a construção de uma rede de atenção à saúde mental da população, composta por centros de saúde mental, bem como por residências terapêuticas, cooperativas sociais, a fim de que se desenvolvam novas formas de subjetividade para as pessoas que necessitam dessa nova forma de cuidar.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, v. 16, n. 30, 1995.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BECKER, Howard. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Avanços e impasses na garantia dos direitos humanos das pessoas com transtorno mental autoras de delito**. João Pessoa: Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2007.
- DIMENSTEIN, Magda. JARDIM, Katita. Interface entre a saúde mental e a justiça: desconstruções sobre o “louco perigoso”. **Veredas do Direito**, v.4, n.8, p. 51-63, julho. Dezembro, 2007.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: O nascimento da Prisão. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FOUCAULT, M. **O poder Psiquiátrico**. Curso dado no Collège de France (1973-1974). São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, M.. **As verdades e as formas jurídicas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- FOUCAULT, M. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**: introdução e seus fundamentos teóricos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio; LIMA JR., Alberto Soares (1997). **A estratégia da periculosidade**: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento. Dissertação e mestrado não publicada apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Comunitária do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 245-246



# GP 08

CRÍTICA DO DIREITO: DESIGUALDADES DE  
CLASSE, RAÇA, GÊNERO E NACIONALIDADE

**Coordenação:**

Fabiana Severi (USP-Ribeirão Preto)

José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS)

Marcus Dantas (UFJF)



## A REPRESENTATIVIDADE DE MULHERES NAS INSTÂNCIAS LEGISLATIVAS A PARTIR DO CONCEITO DE POLÍTICA DE PRESENÇA DE ANNE PHILLIPS

**Juliana Amoedo A. Plácido**

Graduanda em Direito (FDRP-USP)

**Fabiana Cristina Severi**

Livre docente em Direito (FDRP-USP)

### INTRODUÇÃO

Na maioria dos países ocidentais, o sufrágio<sup>1</sup> feminino foi alcançado durante a primeira metade do século XX. No Brasil, o Código Eleitoral de 1932 foi o primeiro a garantir a algumas mulheres tal direito. As únicas alcançadas por esta norma eram as casadas, mediante autorização dos maridos, e as solteiras e viúvas que possuíam renda própria. Estas restrições foram eliminadas em 1934, devido à promulgação de uma nova Constituição. Em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres (BRASIL, s.d.).

Entretanto, a obtenção do direito de votarem e serem votadas não acarretou uma proporção adequada de mulheres nos espaços formais de tomada de decisão. No Brasil, até o período da redemocratização, o número de mulheres na Câmara dos Deputados não passava da dezena. Somente na 48ª legislatura (1987-1990) houve uma representação feminina um pouco mais expressiva, tendo sido eleitas 26 mulheres. Na 56ª legislatura (2019-2022), contemporânea à realização deste trabalho, a bancada feminina é composta por 77 deputadas federais, que representam cerca de 15% da quantidade total de representantes na Câmara. Destas, 13 se consideram negras, e uma, indígena (ASSIS; FERRARI; LEÃO, 2019).

Clara Araújo (2001) indica três fatores específicos do Brasil para os baixos índices de representação política feminina, além dos direitos políticos conquistados tardiamente em comparação com a masculina. A autora menciona a conturbada trajetória da democracia brasileira, interrompida ao longo de dois períodos ditatoriais no século XX; a cultura política do país, definida por práticas como o clientelismo, que participaram da formação da elite local; e a grande desigualdade socioeconômica, que repercute na participação política e na cidadania.

A continuidade da sub-representação feminina na política após a conquista do sufrágio contrariou princípios do liberalismo político como a igualdade e a justiça. Na perspectiva liberal, o

---

<sup>1</sup> Direito de sufrágio é “um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal” (SILVA, 2015, p. 353). É um direito tanto ativo (direito de votar) quanto passivo (direito de ser votado). Enquanto o sufrágio é o direito político fundamental nas democracias, o voto é a sua manifestação no plano prático, que constitui o seu exercício.

único sujeito de direito é o indivíduo. Assim, se algum grupo social excluído politicamente, como mulheres ou pessoas negras, tem interesse de se fazer representar, deve tentar alcançar este objetivo por meio das opções individuais de seus integrantes, sem vantagens legais obtidas em razão da sua condição de exclusão (MIGUEL; BIROLI, 2014).

A bandeira essencial da luta das feministas, até o início do século XX, foi o acesso aos direitos individuais e políticos que sempre foram pauta do liberalismo. Os princípios liberais não eram questionados, e as críticas se referiam à exclusão de grupos marginalizados da garantia destes direitos (MIGUEL, 2000). Contudo, a perpetuação da desigualdade política entre os gêneros após a garantia de igualdade formal de votar e de ser votada(o) a homens e mulheres mostrou que existem mecanismos sociais, culturais e institucionais que impedem a inserção efetiva de mulheres nos espaços públicos de tomada de decisão.

A teoria política feminista, sobretudo a partir dos anos 1980, passou a analisar estes mecanismos e tem formulado diversas críticas às teorias políticas tradicionais-liberais. As principais críticas se referem ao caráter individualista do liberalismo; ao foco somente no espaço público, em detrimento do privado; e à abordagem insuficiente das questões de gênero nos estudos sobre a política (DRYZEG; HONIK; PHILLIPS, 2009).

A teórica política inglesa Anne Phillips, em sua obra mais influente, *The Politics of Presence* (1995), apresenta as categorias de política de ideias e de política de presença para discutir a representação política de gênero, raça e etnia. O conceito de política de ideias se relaciona à visão hegemônica na democracia liberal de que representantes e representadas(os) devem compartilhar opiniões e crenças. Contudo, Phillips (1995) entende que a adoção apenas desta visão não é adequada para lidar com a sub-representação de mulheres e de minorias étnico-raciais, e defende que um Legislativo não pode ser justo se não espelhar de certa forma a sociedade.

A categoria de política de presença é então formulada para argumentar pela necessidade de que as experiências e perspectivas de grupos distintos sejam representadas de forma proporcional. Segundo Phillips (1995), um sistema de representação mais justo só pode ser obtido por meio da combinação de ambas as formas de política, e não da oposição entre elas. Em toda sua obra, a autora foca na defesa de reformas possíveis de serem alcançadas de imediato, em especial ações afirmativas que contemplem grupos historicamente excluídos da política formal.

O presente trabalho tem como objetivo a compreensão da obra de Anne Phillips e das categorias utilizadas pela autora. Primeiramente, realizaremos uma abordagem do debate sobre o essencialismo e a possibilidade de representação dos interesses das mulheres. Em seguida, apresentaremos os conceitos de política de presença e política de ideias. Por fim, apresentaremos a discussão sobre as justificativas específicas pela paridade de gênero nas instâncias legislativas, na perspectiva de Phillips e de outros autores e autoras da teoria política feminista.

## **O ESSENCIALISMO E A REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DAS MULHERES**

A categoria *mulher*, de acordo com Fabiana Severi, criou uma identidade em comum que fortaleceu a “construção de um sujeito político específico em relação a outros movimentos de esquerda” (2018, p. 15), possibilitando a existência de uma luta em conjunto das mulheres pelo fim da dominação masculina. Contudo, a utilização da categoria provocou questionamentos sobre o caráter essencialista e excludente dessa identidade fixa. Mesmo sendo utilizado no plural (*mulheres*), o conceito foi criticado pela sua dificuldade de incorporar a existência de outros marcadores sociais da diferença, como raça, classe e orientação sexual:

Ao invés de assumir o termo “mulher” como um conceito homogêneo, é necessário considerar as assimetrias de poder no interior do conceito mulher ou mulheres, pois analisar essas assimetrias é central para entender a construção social envolvendo a suposta inferioridade de algumas mulheres e a suposta superioridade de outras. (SEVERI, 2018, p. 29)

Léa Tosold conceitua o essencialismo como a “necessidade de estabilizar determinados grupos sociais enquanto sujeitos políticos” (2012, p. 191). Segundo a autora, este processo tem o objetivo de legitimar a representação política de determinado grupo, por meio do estabelecimento de uma fronteira nítida que torne possível distinguir seus membros na sociedade como um todo. Contudo, ele leva à descontextualização de identidades e diferenças como se fossem entidades fixas, pois impõe uma visão única do que as distingue. Dessa forma, o essencialismo impõe uma identidade e interesses específicos como condição para afiliação ao grupo.

A noção genérica de *mulher* utilizada por parte do movimento feminista é comparada por Elizabeth Spelman (1988 apud MIGUEL; BIROLI, 2014) com a noção genérica de *homem* do pensamento liberal, isto é, ambas são visões que priorizam os sujeitos mais favorecidos do conjunto e ignoram a heterogeneidade. Por meio do essencialismo, experiências de mulheres brancas heterossexuais de classe média/alta tendem a ser apresentadas como sendo a experiência de todas as mulheres. Isto é especialmente evidente na política institucional, visto que essas são as mulheres que normalmente ocupam cargos de representação, uma vez que mulheres negras, indígenas, periféricas, lésbicas, bissexuais e/ou transexuais vivenciam ainda mais entraves ao acesso à esfera pública.

As teóricas do feminismo negro apresentam diversas críticas às exclusões produzidas pela afirmação da existência de um sujeito coletivo e indiferenciado na ideia de *mulher*. O conceito de *interseccionalidade*, criado por Kimberlé Crenshaw, evidencia a complexidade das opressões cruzadas de raça, gênero e classe. Segundo a autora:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. (CRENSHAW, 2002, p. 177)

Sueli Carneiro utiliza a expressão *enegrecendo o feminismo* para explicitar a existência, no feminismo clássico, da visão que foca na identidade branca e ocidental. A expressão revela “a insuficiência teórica e prática política para integrar as diferentes expressões do feminino construídos em sociedades multirraciais e pluriculturais” (2003, p. 118). O reconhecimento das diferenças intragênero e da falácia da visão universalizante da mulher se apresenta como uma das principais pautas da ação política das feministas negras. A autora ressalta que cada grupo particular dentro do feminismo, como mulheres indígenas ou mulheres negras por exemplo, possui demandas específicas que não podem ser examinadas somente sob a ótica de gênero, devendo ser consideradas as especificidades que definem o ser mulher em cada caso.

Carneiro observa que “a identidade de gênero não se desdobra naturalmente em *solidariedade racial intragênero*” (2003, p. 120). Miguel e Biroli (2014) ressaltam que as mulheres que ocupam posições distintas na sociedade podem inclusive estar vinculadas a interesses opostos.



A adoção de políticas afirmativas de gênero em grande parte dos países ocidentais durante a década de 1990 provocou, nas teorias feministas, o fortalecimento dessa discussão acerca da existência de uma identidade feminina e de demandas universais a todas as mulheres. A principal crítica às cotas parte do entendimento de que as mulheres possuem identidades e interesses múltiplos em razão de serem de classes, raças, orientações sexuais, origens, religiões e afiliações partidárias diferentes. Segundo essa perspectiva, a preocupação com a representação das mulheres é essencialista, uma vez que elas não respondem a interesses idênticos, nem apoiam as mesmas políticas (SACCHET, 2012; SANCHEZ, 2017).

Nesse contexto, Gayatri Spivak (1997, p. 356-378) cunhou a expressão *essencialismo estratégico* para afirmar que “às vezes é necessário que determinados grupos sociais simplifiquem a representação de suas identidades, essencializando-as, apesar de suas diferenças internas, para ganharem espaço político e atingirem seus objetivos” (1997 apud SACCHET, 2012, p. 427). A autora não acredita que a adoção de uma perspectiva essencialista seja a solução para a exclusão e a exploração, mas argumenta que é impossível ser totalmente não essencialista, pois é necessária a construção de uma noção de unidade para a ação política.

Segundo Teresa Sacchet, o medo do essencialismo não deve impedir que sejam adotadas medidas que possam contribuir para melhorar a vida das mulheres e de outros grupos desprivilegiados. A autora afirma:

Apesar de a afirmação da identidade não dever se tornar uma meta em si, a afirmação estratégica da identidade continua necessária para o desenvolvimento de qualquer movimento político, mesmo daqueles abertos às coalizões. O receio do essencialismo não pode, portanto, frear a luta pela igualdade de gênero, racial ou étnica, ou impedir afirmações sobre as desigualdades existentes entre mulheres e homens, negros e brancos, e entre minorias e majorias étnicas. (2012, p. 426-427)

Apesar de não ser possível falar que todas as mulheres, com suas posições distintas na sociedade, possuam sempre os mesmos interesses e demandas, Beatriz Sanchez (2017) observou empiricamente que, em alguns casos, há uma atuação conjunta das parlamentares brasileiras em prol do mesmo objetivo, a promoção da igualdade de gênero e o avanço dos direitos das mulheres. A Lei Maria da Penha, por exemplo, foi aprovada a partir do engajamento de toda a bancada feminina do Congresso Nacional. Todas as parlamentares defenderam a aprovação do projeto de lei, independentemente de suas trajetórias de vida e da ideologia de seu partido.

Entretanto, ao analisar uma proposta de legalização do aborto (PL 882/15), Sanchez verificou que esta não foi defendida de forma unânime pela bancada feminina. Parlamentares pertencentes às bancadas evangélica ou católica, e/ou de partidos conservadores, frequentemente adotam posições contrárias à legalização do aborto. Isto significa que, em algumas pautas em benefício dos direitos das mulheres, como a legalização do aborto, marcadores sociais como partido político e religião podem prevalecer em relação ao gênero na atuação das parlamentares (SANCHEZ, 2017).

A autora ressalta que, quando falamos sobre interesses das mulheres, é sempre necessário questionar sobre quais mulheres e quais interesses estamos falando. Embora a maioria das representantes brasileiras seja branca heterossexual de classe média/alta, as políticas públicas voltadas ao gênero devem ser sempre pensadas de forma interseccional, sob o risco de que somente as mulheres privilegiadas sejam beneficiadas.

## POLÍTICA DE IDEIAS E POLÍTICA DE PRESENÇA

A obra de Anne Phillips (1995) parte do pressuposto de que a teoria política liberal sempre defendeu a necessidade de diversidade dentro do Legislativo, mas somente da diversidade de opiniões, preferências e crenças. A representação é considerada efetiva quando as opiniões e interesses dos eleitores são refletidas pelos eleitos, e as características pessoais dos representantes não são muito levadas em consideração.

A autora aponta que a visão que foca no vínculo entre representantes e representados a partir de suas opiniões, que ela conceitua como *política de ideias*, não se mostrou adequada para lidar com a exclusão política de grupos que historicamente foram marginalizados e silenciados. A presença política de mulheres, da população negra e de outros grupos é uma demanda cada vez mais presente nos estudos sobre democracia, e a política de ideias está sendo desafiada por uma alternativa: a *política de presença*.

Na perspectiva da política de presença, a diferença e a diversidade que devem ser alcançadas não são somente as relacionadas com opiniões e crenças, mas também com experiências e identidades que constituem grupos distintos. Torna-se, então, mais difícil realizar as demandas dos grupos em questão sem também incluir efetivamente membros destes grupos. Phillips observa que homens podem se posicionar a favor dos direitos das mulheres, bem como pessoas brancas podem defender políticas públicas a favor da igualdade racial. Contudo, a autora indaga:

Como os homens podem legitimamente representar as mulheres quando o que está em questão é a representação das mulheres *per se*? [...] Pode uma assembleia toda branca realmente afirmar ser representativa quando aqueles que ela representa são muito mais etnicamente diversos? Representação adequada é cada vez mais interpretada como implicando uma representação mais adequada dos diferentes grupos sociais que compõem o corpo cidadão. (PHILLIPS, 1995, p. 6, tradução nossa)<sup>2</sup>

O movimento socialista foi o precursor do debate sobre inclusão política. Era discutido se intelectuais pertencentes à burguesia, mas que defendiam a luta de classes, poderiam ser representantes da causa. Parte do movimento entendia que as vozes e a presença dos trabalhadores deveriam ser privilegiadas, enquanto outra, que a aderência às ideias socialistas seria mais importante que a origem e a identidade. Lenin (1902 apud PHILLIPS, 1995) refutava a política de presença, argumentando que o indivíduo mais qualificado para compreender a multiplicidade de locais em que o capitalismo poderia ser exercido seria um *intelectual que tudo veria*, um ativista político que poderia ser pertencente de qualquer classe.

Na década de 1970, socialistas feministas apontaram que o movimento negava legitimidade aos entendimentos das mulheres sobre si mesmas, e que ele presumia a existência de uma objetividade nos representantes homens. Sheila Rowbotham (1979 apud PHILLIPS, 1995) afirmou que o partido plainava acima de todas as preocupações seccionais sem assegurar a estas seções de que isto não era realizado para a manutenção dos grupos que possuíam poder dentro do movimento. Segundo Phillips, “parte do que causou o desenvolvimento de um movimento de mulheres autônomo foi a arrogância daqueles que achavam que ideias poderiam ser separadas de presença” (1995, p. 8, tradução nossa)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> “How can men legitimately stand in for women when what is at issue is the representation of women *per se*? [...] Can all all-white assembly really claim to be representative when those it represents are so much more ethnically diverse? Adequate representation is increasingly interpreted as implying a more adequate representation of the different social groups that make up the citizen body”.

<sup>3</sup> “Part of what sustained the development of an autonomous women’s movement was the arrogance of those who thought that ideas could be separated from presence”.

O movimento socialista possui como objetivo a eliminação da desigualdade de classe, mas, nas demandas por presença política com base em gênero e raça, não é possível eliminar estas diferenças. Phillips (1995) afirma que a discussão sobre quem poderia falar pelos grupos marginalizados se tornou central nos movimentos de gênero e de raça, e a união baseada em ideias compartilhadas se transformou em uma união devido à existência de experiências compartilhadas.

A tese principal da obra de Phillips é de que as políticas de presença e de ideias não devem ser tratadas como opostos excludentes. Ideias não devem ser separadas das pessoas que as proferem, bem como as características dos representantes não devem ser valorizadas sem que as suas ideias e políticas sejam consideradas. De acordo com a autora, “é na relação entre ideias e presença que podemos esperar encontrar um sistema mais justo de representação, não na falsa oposição entre elas” (1995, p. 25, tradução nossa).

Phillips ressalta que seu estudo da política de presença e sua defesa da necessidade de justiça na representação não visam alcançar utopias políticas. Eles se traduzem em argumentos a favor de reformas políticas que podem ser imediatamente alcançadas, tais como as ações afirmativas de gênero no Legislativo. Segundo a autora:

A minha preocupação principal é mais especificamente com os mecanismos políticos que relacionam representação justa a presença política, e que enfatizam mudanças no nível político: medidas que reconhecem que o gênero, raça e etnia dos representantes é uma parte importante do que os fazem representativos, e que buscam alguma garantia de presença igual ou proporcional. (PHILLIPS, 1995, p. 12-13, tradução nossa)<sup>4</sup>

Tais reformas políticas são resultantes do reconhecimento das falhas da teoria política liberal, que entende haver igualdade em razão da garantia do direito de votar e ser votado a todos, e não defende a necessidade de intervenções para diminuir as estruturas sociais de exclusão e seus reflexos políticos. Elas também são resultantes da insatisfação da teoria política feminista com o lento processo de transformação das estruturas sociais e econômicas. Ao contrário do entendimento marxista, a reivindicação por presença política foca primeiramente nos mecanismos institucionais e em mudanças mais imediatas.

Há duas críticas apresentadas por parte da teoria política à ideia de que devem ser promovidas reformas com a finalidade de alcançar presença igual ou proporcional de grupos marginalizados, as quais são rebatidas por Phillips (1995). A primeira pressupõe que não haveria base legítima para decidir a quais grupos de indivíduos as reformas devem ser direcionadas. Se o Legislativo deveria espelhar a sociedade, por que possuir ações afirmativas para mulheres, pessoas negras ou indígenas, e não também para pensionistas, cuidadores de abelhas, pessoas ruivas, e outros grupos?

Phillips (1995) argumenta que a justiça e a igualdade na representação política não são decorrentes de uma proporcionalidade entre todas as características dos membros da sociedade e do Legislativo. A política de presença depende de uma análise histórica dos arranjos da representação e das condições de inclusão política. Assim, a defesa da maior presença de mulheres na política é reflexo da existência de uma exclusão política que deve ser reformada com urgência, decorrente de estruturas sociais de dominação. A busca por representação possui um

---

<sup>4</sup> “My main concern is with the more specifically political mechanisms which associate fair representation with political presence and emphasize changes at the political level: measures, that is, that regard the gender, race, or ethnicity of the representatives as an important part of what makes them representative, and seek some guarantee of equal or proportionate presence”.

propósito: “ela tem o objetivo de subverter, adicionar ou transformar” (PHILLIPS, 1995, p. 47, tradução nossa)<sup>5</sup>.

A segunda crítica infere que deveria haver uma representação proporcional das ideias políticas, e não de pessoas de grupos subalternos. Os defensores deste entendimento partem de três argumentos: a proporcionalidade de ideias já é praticada em muitas democracias atuais, sendo menos controversa; ela aparenta dividir menos a sociedade; e é alinhada à já dominante política de ideias.

De acordo com Phillips (1995), o objetivo da política de presença é a inclusão de grupos historicamente excluídos da esfera política. Visualizar diferença a partir de uma perspectiva somente abstrata, em um sistema de representação com ideias e preferências proporcionais, não é a forma adequada para o alcance deste objetivo. A autora ressalta que não há justiça na representação quando o grande número de ideias existentes é representado somente por homens e/ou brancos.

## OS ARGUMENTOS A FAVOR DE COTAS DE GÊNERO NO LEGISLATIVO

Em 1995, quando *The Politics of Presence* foi publicado, as políticas afirmativas de inclusão de mulheres nos espaços de tomada de decisão já haviam sido implementadas em muitos países. A autora apresenta os exemplos da África do Sul, em que, na primeira eleição democrática depois do período do Apartheid, foi instituída uma cota dos assentos do Legislativo para mulheres; e da Índia, onde, com o advento das Leis Panchayati, um terço dos assentos foi reservado às mulheres. Este processo de implementação de cotas avançou durante o final da década de 1990, inclusive no Brasil, onde a Lei 9.504, que reservou 30% das vagas das candidaturas para mulheres, foi publicada em 1997.

A ciência política anglo-saxã da década de 1990 apresentou inúmeras críticas às políticas afirmativas de gênero. Os críticos não questionaram a existência de sub-representação de mulheres nas esferas legislativas, mas entendiam ser inapropriada a adoção de ações afirmativas, uma vez que violaria a igualdade formal e princípios meritocráticos, bem como incentivaria *discriminação reversa*.

Phillips (1995) salienta que sistemas baseados na meritocracia, como a seleção de acadêmicos para empregos em universidades, também possuem critérios subjetivos, valorando aspectos como a personalidade do candidato ou candidata e a sua adequação ao ambiente de trabalho. Estes critérios comumente favorecem os candidatos que se parecem com aqueles que já estão inseridos no ambiente de trabalho, sobretudo homens brancos.

“A implicação é que a seleção por ‘mérito’ e a seleção por etnia ou gênero não são polos tão separados, pois não há processo de admissão ou nomeação que opera em uma única escala quantificável, e os números são sempre moderados por critérios adicionais. [...] O ponto se aplica com muito mais força ao processo de seleção de candidatas a cargos políticos, onde ninguém realmente sabe quais são as qualificações desejáveis” (PHILLIPS, 1995, p. 61, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Segundo a autora, as críticas à implementação de ações afirmativas não focam nas questões mais importantes a serem abordadas: o perigo de adoção do essencialismo ao presumir

<sup>5</sup> “It aims to subvert or add or transform.”

<sup>6</sup> “The implication is that selection by ‘merit’ and selection by ethnicity or gender are not such poles apart, for there is no process of admission or appointment that operates by a single quantifiable scale, and the numbers are always moderated by additional criteria. [...] The point applies *a fortiori* to the process of selecting candidates for political office, where no one even knows what the qualifications should be”.

a existência de *uma* perspectiva das mulheres; e a possibilidade de que as mulheres representem somente interesses seccionais.

Ademais, ao justificarem a inadequação das cotas baseando-se principalmente na meritocracia, as críticas desconsideram os elementos próprios da representação política e reproduzem os argumentos contra políticas afirmativas para, por exemplo, concursos públicos ou vagas em universidades. Da mesma forma, Phillips (1995) entende que as justificativas para a paridade de gênero no Legislativo devem distinguir a representação política da prática de profissões como a medicina ou a advocacia, e focar nas especificidades do ato de representar.

A autora analisa os quatro argumentos mais recorrentes na defesa de uma composição de gênero mais igualitária nas instâncias legislativa: o efeito simbólico; a justiça; a diferença para a qualidade da vida política; e a existência de interesses específicos das mulheres.

### **O efeito simbólico**

O argumento do efeito simbólico parte do pressuposto de que a maior presença de mulheres em espaços formais de poder pode ter um efeito cultural sobre outras mulheres e sobre as discriminações pelas quais passam. Sob essa perspectiva, a existência de mais mulheres em cargos legislativos é um exemplo que motiva outras mulheres a seguirem carreira política, e contribui para mudar percepções estabelecidas na sociedade sobre a competência política delas (SACCHET, 2012). Natália Góis aponta:

[...] Mais mulheres ocupando cargos de poder simbolicamente demonstra que o espaço político também é um espaço de mulheres. Como consequência disso, mais mulheres demonstrar-se-ão politicamente engajadas ao reconhecerem-se aptas a agir dentro do âmbito formal da política. (2015, p. 38)

O efeito simbólico também favoreceria uma aproximação entre representantes e representados, uma vez que mulheres atuantes em movimentos sociais provavelmente buscariam mais apoio nas parlamentares mulheres para suas demandas (SACCHET, 2012).

Teresa Sacchet (2012) observa que o simbolismo não é o principal argumento pela defesa de mais mulheres na política, mas que ele carrega importantes potenciais políticos. Em uma sociedade marcada por relações desiguais baseadas no gênero, em que as mulheres historicamente foram excluídas da esfera pública e são, até hoje, percebidas como menos capacitadas politicamente, medidas que acarretem mudanças de percepções têm uma função política fundamental.

Phillips (1995) não desenvolve a sua análise sobre o efeito simbólico, uma vez que considera que ele não se relaciona especificamente com a política. Ela ressalta que a existência de mulheres no Legislativo altera as suposições arraigadas na sociedade acerca das atribuições de cada gênero e é evidentemente benéfico, mas este fundamento não diferencia a importância de ter mulheres na política da sua importância em outros espaços de poder, tais como na presidência de empresas. Assim, ela foca nos três argumentos mais diretamente relacionados com a democracia.

### **A justiça**

O argumento da justiça está relacionado com o direito das mulheres à igualdade de acesso e participação na vida pública, tutelado por vários tratados internacionais (SEVERI, 2016). A

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Comitê CEDAW –, de 1979, prevê em seu artigo 7º:

Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) Votar em todas as eleições e referenda públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) Participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) Participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país. (BRASIL, 2002)

Luis Felipe Miguel (2000) argumenta que a ampliação da presença de mulheres é uma questão de justiça intuitiva. Não pode estar certo, numa perspectiva igualitária, que metade da população seja representada por apenas 15% do Congresso Nacional. No mesmo sentido, Moisés e Sanchez (2014) enfatizam que a participação política das mulheres é uma questão de justiça e reconhecimento, uma vez que é ilógica e antinatural a sustentação da noção de que os atributos necessários à esfera pública se apresentam exclusivamente no gênero masculino. Os autores apontam que as instituições criadas pelos homens – na sua posição de elite dominante – não são neutras, possuindo vieses que refletem as relações de poder da sua origem.

Este argumento presume que a grande disparidade entre representantes homens e mulheres é reflexo da existência de discriminação estrutural, de negação de direitos e oportunidades. De acordo com Phillips, “se não existissem obstáculos operando para manter certos grupos de pessoas fora da vida política, presumiríamos que posições de influência política fossem distribuídas aleatoriamente entre os sexos” (1995, p. 63, tradução nossa)<sup>7</sup>. A autora considera que esta é a justificativa mais imediatamente convincente a favor da paridade de gênero.

A perspectiva feminista da divisão sexual do trabalho<sup>8</sup> como injusta é necessária para a defesa do argumento. Em um cenário em que a divisão diferenciada do trabalho de acordo com o gênero seja considerada natural, a sub-representação das mulheres pode ser justificada pela sua atribuição somente ao espaço privado. Isto é, se for considerado natural que as mulheres sejam as principais cuidadoras dos filhos e dos idosos, é aceitável que elas não possuam tempo ou os atributos necessários para atividades políticas. Assim, o argumento da justiça e da igualdade de oportunidades somente é válido para a defesa da paridade de gênero no Legislativo se combinado com a análise das estruturas sociais de discriminação e exclusão das mulheres (PHILLIPS, 1995).

A autora aponta que a força do argumento da justiça se encontra em inverter o ônus da prova e questionar se existe uma superioridade natural de talento ou experiência dos homens, que possa justificar a sua desproporcional presença nas instâncias legislativas. Nessa perspectiva, ele reforça o primeiro argumento a favor da política de presença, que trata sobre a importância independente da inclusão de grupos marginalizados. A presença de mulheres no Legislativo possui

---

<sup>7</sup> “If there were no obstacles operating to keep certain groups of people out of political life, we would expect positions of political influence to be randomly distributed between the sexes”

<sup>8</sup> A divisão sexual do trabalho é apontada como uma grande causa para a persistência da exclusão das mulheres nos espaços de poder. Ao longo dos séculos, foi destinada aos homens a esfera produtiva, enquanto às mulheres, sobretudo às brancas de classe média/alta, a reprodutiva, não-remunerada. Mesmo com a sua ascensão ao mercado de trabalho, as mulheres são responsáveis pela realização da maioria dos trabalhos domésticos (NETO, 2019), o que acarreta uma jornada dupla ou tripla de trabalho. Este ônus recai com mais força sobre as mulheres negras e da periferia.

um significado social, uma vez que a sua exclusão fortalece visões que as inferiorizam e infantilizam.

A controvérsia principal da justificativa da justiça, segundo Phillips (1995), se relaciona com as particularidades da representação. A igualdade na representação não pode ser comparada com a igualdade em profissões, uma vez que a prática da política não deve ser vista como um emprego ou uma carreira:

Se o cargo político for reduzido a mais uma posição favorável e privilegiada, há um evidente argumento de justiça em tornar esse cargo igualmente disponível para as mulheres. A maioria dos democratas, no entanto, desejará resistir às pressões para considerar o cargo político dessa maneira. Portanto, embora os homens não tenham o direito de monopolizar cargos políticos, há algo bastante insatisfatório em basear a reivindicação das mulheres por igualdade política em um direito igual a um trabalho interessante. (PHILLIPS, 1995, p. 64-65, tradução nossa)<sup>9</sup>

Embora o argumento da justiça seja importante para a defesa da paridade de gênero no Legislativo, sobretudo a partir da sua negação da superioridade masculina, Phillips (1995) entende que ele negligencia as peculiaridades da representação política e integra as justificativas gerais a favor das ações afirmativas e das oportunidades iguais. Assim, a autora conduz a sua análise aos argumentos que focam na possibilidade de alteração do funcionamento das instâncias legislativas a partir de uma presença proporcional de homens e mulheres.

### **A diferença para a qualidade da política**

O chamado *feminismo da diferença* tem como sua principal referência a psicóloga Carol Gilligan (1993 apud KAHWAGE, 2017), que entende haver uma moral diferenciada entre homens e mulheres. Por meio de uma série de entrevistas com pessoas de diferentes idades, a autora conclui que as mulheres raciocinam a partir de uma ética relacionada ao cuidado e à responsabilidade com as relações, enquanto os homens, a partir de uma ótica individual e abstrata. Ela entende que essas diferenças de moralidade são resultantes dos processos de socialização a que pessoas de cada gênero são submetidas.

Gilligan defende que a sua abordagem não é essencialista, afirmando que a associação do seu padrão moral alternativo com as mulheres é somente uma observação empírica. Entretanto, Luis Felipe Miguel aponta que a apropriação da obra da autora por teóricas políticas feministas como Sara Ruddick (1989 apud MIGUEL, 2012) e Jean Bethke Elshtain (1981 apud MIGUEL, 2012) frequentemente adotou uma postura essencialista. De acordo com o autor,

A diferença feminina pode não ser “natural”, no sentido de “biológica”, mas é vista como fundante da identidade das mulheres, de uma maneira tão elementar que, para todos os efeitos, está naturalizada. Um exemplo expressivo é a introdução do livro de Ruddick, em que ela narra como a experiência da maternidade proporcionou-lhe a reconciliação com sua identidade feminina – e o passo fundamental nesse processo foi o distanciamento em relação à Razão masculina e opressora. (MIGUEL, 2012, p. 112)

Autoras como Ruddick e Elshtain adotaram as categorias *política do desvelo* e *pensamento maternal* para defenderem que as mulheres, por supostamente estarem acostumadas a cuidar dos outros e a velar pelos mais indefesos, trariam à esfera política um senso de justiça diferenciado. O caráter agressivo, considerado masculinizado, da política institucional seria

---

<sup>9</sup> “If political office has been reduced to yet another favourable and privileged position, then there is a clear argument from justice for making such office equally available to women. Most democrats, however, will want to resist pressures to regard political office in this way. So, while men have no right to monopolize political office, there is something rather unsatisfying in basing women’s claim to political equality on an equal right to an interesting job”.

abrandado, e haveria o reconhecimento de valores como a tolerância, a solidariedade, o altruísmo e a busca pela paz, bem como o destaque de áreas consideradas mais femininas, como o amparo social, a saúde e a educação (MIGUEL, 2012).

A política do desvelo é criticada por grande parte da teoria feminista. Deborah Rhode (2003 apud KAHWAGE, 2017) constata o essencialismo deste pensamento, observando que dividir o mundo apenas com base em gênero ignora a existência de outros marcadores de diferença social, e recai na homogeneização de experiências diversificadas. A autora ainda aponta que esta abordagem reforça estereótipos de gênero já sedimentados socialmente, visto que naturaliza a atribuição às mulheres das tarefas de cuidar dos outros. Na mesma ótica, Miguel (2012) afirma que a política do desvelo atribui como característica feminina a preocupação maior com aqueles que a cercam do que consigo mesma, reforçando a subalternidade atribuída às mulheres e a mascarando por um véu de suposta superioridade moral.

Dados de Sanchez (2017) comprovaram que, no Congresso Nacional, as proposições legislativas das parlamentares proporcionalmente se concentram em áreas consideradas femininas, sobretudo em direito e cidadania, educação e esporte, homenagens e política social. Já os parlamentares homens apresentam mais projetos de lei nas áreas de administração e organização de poderes, comunicações, economia e tributos e arrecadação. Os temas considerados mais masculinos, relacionados à administração pública, política econômica e relações internacionais, estiveram, de forma geral, fora da pauta de atuação legislativa das representantes. Em relação às Comissões da Câmara dos Deputados, as mulheres estão presentes em maior quantidade na de Seguridade Social e Família, e em seguida, na de Educação.

Contudo, esta divisão de gênero na atuação legislativa não ocorre devido a uma natureza diferente entre homens e mulheres, mas ao fato de os lugares ocupados pelas parlamentares serem, muitas vezes, o único nicho disponível a elas no espaço político. Em geral, as questões nas quais é concentrada a atuação feminina possuem menor prestígio, exigindo menos capital simbólico e alavancando de forma menos expressiva a carreira das representantes (MIGUEL, 2012). É evidente a existência de uma divisão sexual do trabalho político, consequente da divisão sexual do trabalho que estrutura outros âmbitos da sociedade. Assim, afirmar que as deputadas são as únicas responsáveis por sua atuação periférica na política é ignorar a existência de barreiras institucionais, sociais e culturais as quais elas enfrentam (SANCHEZ, 2017).

Phillips (1995) apresenta muitas críticas à política do desvelo, mas entende que a principal falha do argumento não se encontra na presunção de que homens e mulheres são diferentes. Ela se refere a Catherine MacKinnon (1987 apud PHILLIPS, 1995), que aponta não ser possível haver uma sociedade na qual todos são iguais quando metade da população é enaltecida, e outra metade rebaixada e menosprezada. Embora Phillips sustente que homens e mulheres que adentram o campo político passam por experiências comuns que os moldam de forma similar, adaptando-os ao ambiente, ela reconhece não ser capaz de provar este argumento, que permanece especulativo.

A principal crítica da autora é que a política do desvelo se fundamenta sobretudo no papel das mulheres como mães. Phillips (1995) argumenta que a relação materna não é um bom parâmetro para medir a política, uma vez que essa deve se basear em princípios como a igualdade e o respeito mútuo, e não em uma relação de cuidado em que uma das partes é hipossuficiente. Tal questão é abordada de forma semelhante por Luis Felipe Miguel:

Além disso, é possível questionar se a maternidade é, de fato, um exemplo da conduta que se desejaria para a ação política. Trata-se de uma relação de desigualdade – o filho está subordinado à mãe, ao mesmo tempo em que suas necessidades possuem primazia – , ao passo que a política democrática exige igualdade. E é uma relação de intimidade e



exclusividade (uma mãe não está preocupada com a maternidade em geral, mas com seus rebentos em particular), enquanto a cidadania requer as qualidades opostas de abertura e inclusividade. (2000, p. 93)

Phillips (1995) ainda observa que a perspectiva de que as mulheres são mais honestas e altruístas do que os homens não deve ser utilizada para justificar a paridade de gênero, pois não é uma premissa democrática. Os conceitos de cidadania e democracia são particularmente atingidos com a ideia de que um grupo de pessoas possui uma moralidade mais desenvolvida.

## Os interesses

Por fim, este argumento pressupõe que, havendo majoritariamente homens no Legislativo, os interesses das mulheres seriam desconsiderados. Segundo esta perspectiva, as mulheres possuem interesses e necessidades particulares em razão da sua posição diferenciada na sociedade em relação aos homens, por exemplo a partir da divisão sexual do trabalho, e estes interesses precisam ser representados na esfera política.

A principal crítica ao argumento dos interesses trata do perigo de adoção do essencialismo. Phillips questiona “se as mulheres têm um interesse distinto e separado e se *mulheres* é uma categoria suficientemente unificada para gerar um interesse próprio” (1995, p. 67, tradução nossa)<sup>10</sup>. A autora reconhece que, devido à desigualdade de gênero, há experiências e reivindicações que são compartilhadas por uma multiplicidade de mulheres, tais como preocupações com assédio, violência sexual, desigualdade salarial e exclusão dos espaços de poder. Contudo, isso não significa que todas as mulheres, com seus distintos marcadores sociais, compartilham um conjunto de interesses próprios.

A multiplicidade de interesses das mulheres se relaciona à busca por *autenticidade*, que se tornou uma questão importante durante o desenvolvimento da teoria política feminista. Da mesma forma que as teóricas reconheceram que um Legislativo composto somente por homens não poderia representar as mulheres, também se tornou evidente que as mulheres brancas heterossexuais de classe média não poderiam representar aquelas marcadas por formas interseccionais de opressão, e que possuem ainda mais dificuldade de adentrar no espaço político (PHILLIPS, 1995).

A busca por uma autenticidade pura é criticada pelo fato de que ela torna inviável que qualquer pessoa represente uma experiência que não seja idêntica à sua, impossibilitando o próprio conceito de representação. No entanto, a teoria feminista recente entende que a questão principal da autenticidade não é definir quem pode falar por qual perspectiva, mas garantir igualdade de presença, sobretudo de mulheres marcadas por formas cruzadas de opressão (PHILLIPS, 1995).

Assim, Anne Phillips entende que atualmente a busca por autenticidade pura está descreditada, visto que cada mulher tem uma multiplicidade de identidades e experiências únicas que não podem ser representadas de forma idêntica por outra pessoa. O tema dominante na teoria política feminista se tornou a “inclusão de vozes previamente excluídas, e as mudanças que isso implica nas instituições políticas e nas demais” (PHILLIPS, 1995, p. 10, tradução nossa)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> “[...] whether women do have a distinct and separate interest, and whether ‘women’ is a sufficiently unified category to generate an interest of its own.”

<sup>11</sup> “[...] ‘The inclusion of previously excluded voices, and the changes this implies in political and other institutions’.”

Phillips apresenta dois pontos importantes sobre o argumento dos interesses. Primeiramente, ela ressalta que a inexistência de interesses comuns a todas as mulheres não contraria o fato de que há interesses que possuem gênero:

O fato de algumas mulheres não terem filhos não torna a gravidez um evento neutro em termos de gênero; o fato de que as mulheres discordam tão profundamente sobre aborto não torna sua disponibilidade legal uma questão de igual preocupação para mulheres e homens; o fato de as mulheres ocuparem posições tão diferentes na hierarquia ocupacional não significa que elas tenham os mesmos interesses que os homens de sua classe. (1995, p. 68, tradução nossa)<sup>12</sup>

Alguns homens e mulheres possuem interesses semelhantes, em razão do compartilhamento de outro marcador social como raça ou classe. Ademais, alguns homens, mesmo sem possuir marcadores em comum, podem apoiar causas que visem a igualdade de gênero. Entretanto, Phillips (1995) observa que, mesmo em situações em que há homens aliados, eles não defenderão as reivindicações das mulheres de maneira tão eficaz. É necessário estabelecer que, embora não haja um interesse único e essencial a todas as mulheres, há diferenças entre interesses de homens e de mulheres.

O segundo ponto abordado se refere à possibilidade de que o argumento dos interesses reforce a política de ideias. Com a adoção da perspectiva de que as mulheres possuem interesses objetivos, fixos e reconhecidos por todos, a defesa destes interesses poderia ser desassociada das características das pessoas que os transmitem. Não haveria então a necessidade de que as pessoas que representassem os interesses das mulheres no Legislativo fossem, de fato, mulheres (PHILLIPS, 1995).

Segundo Phillips (1995), a política de presença é muito necessária para grupos que, tais como as mulheres, não possuem interesses delimitados e unitários. A defesa da mudança da composição do Legislativo é mais evidente em situações em que os interesses não são muito delineados. Em tais contextos, deve-se recorrer às pessoas que sustentam estes interesses, e as características de quem faz a representação passam a importar tanto quanto a sua posição política.

A autora aponta as condições para *accountability*<sup>13</sup> como o maior problema do argumento dos interesses. Como o compartilhamento de características e experiências não garante que objetivos e preferências também serão compartilhados, a eleição de um maior número de mulheres não assegura a representação de seus múltiplos interesses. Não havendo uma unidade feminina essencial, a autora indaga se as mulheres de fato são representadas por mulheres:

Na ausência de mecanismos para estabelecer *accountability*, a equação de que mais mulheres equivale a representação mais adequada dos interesses das mulheres parece suspeitamente antidemocrática. Se os interesses das mulheres são variados, ou ainda não estão totalmente formados, como as mulheres eleitas sabem o que as mulheres que as

---

<sup>12</sup> "That some women do not bear children does not make pregnancy a gender-neutral event; that women disagree so profoundly on abortion does not make its legal availability a matter of equal concern to both women and men; that women occupy such different positions in the occupational hierarchy does not mean they have the same interests as men in their class".

<sup>13</sup> *Accountability* é um termo comumente traduzido como prestação de contas, contudo optamos por utilizar o conceito em seu idioma original ao longo do trabalho, uma vez que ele é mais abrangente que a prestação de contas. *Accountability* se refere "à capacidade que os constituintes têm de impor sanções aos governantes, notadamente reconduzindo ao cargo aqueles que se desincumbem bem de sua missão e destituindo os que possuem desempenho insatisfatório" (MIGUEL, 2005, p. 27)

elegeram querem? Com que direito elas reivindicam sua responsabilidade de representar as preocupações das mulheres? (PHILLIPS, 1995, p. 71, tradução nossa)<sup>14</sup>

O argumento dos interesses, assim como o da diferença, parte do pressuposto de que o gênero dos representantes alterará os tipos de decisão política que serão tomadas o Legislativo. Contudo, esta perspectiva pode aparentar-se como um enfraquecimento da *accountability*, da ligação que os representantes possuem com os programas partidários pelos quais foram eleitos. Ela foca na ideia de que os representantes possuem uma autonomia considerável, e que a inclusão de mulheres é necessária porque os candidatos eleitos não cumprem objetivos previamente acordados. (PHILLIPS, 1995)

Phillips (1995) ressalta que Legislativos compostos predominantemente por homens têm uma capacidade limitada de defender a igualdade de gênero, e que a ligação destes homens a programas que visem a isonomia não é suficiente para que haja uma defesa eficaz dos direitos das mulheres. Mesmo havendo formas de *accountability*, como a realização de pesquisas de opinião, elas não são uma forma eficiente de introduzir vozes e preocupações excluídas da esfera política. Os representantes de fato possuem autonomia, e esta é uma das principais razões para a necessidade de uma política de presença.

A autora defende que a *accountability* deve ser consolidada, para que os representantes sejam ligados mais fortemente aos programas partidários. Contudo, ela observa que “não há combinação de reformas que possam cumprir compromissos expressos e anteriores em todas as questões que venham a importar” (PHILLIPS, 1995, p. 80, tradução nossa)<sup>15</sup>. Uma vez que é preciso confiar no julgamento dos representantes em diversas questões, faz-se necessário levar em consideração as suas características e experiências.

Embora o argumento dos interesses possa distanciar a política de presença da perspectiva de que os representantes devem ser vinculados aos seus programas partidários, Phillips (1995) ressalta a imprescindibilidade de instrumentos de *accountability*, para que haja a devida prestação de contas quando necessário. Entretanto, a *accountability* é relacionada de forma mais evidente com a política de ideias, e esta é uma das razões para que ambas as formas de política sejam tratadas como complementares, e não como opostos excludentes.

Assim como Fabiana Severi (2016) aponta que o aumento no número de juízas não necessariamente reflete uma melhor tutela dos direitos das mulheres, Phillips (1995) destaca que a paridade de gênero no Legislativo não traz garantias de avanços da pauta da igualdade de gênero. A autora considera possível, mas não provável, que um Legislativo com uma presença proporcional de homens e mulheres atue de forma similar a um em que as mulheres são sub-representadas. Contudo, ela entende ser provável que um Legislativo paritário defenda somente os interesses de algumas mulheres, negligenciando as pautas daquelas que possuem mais dificuldade de inserção na política. Dessa forma, a defesa da maior presença de mulheres se baseia consideravelmente no desconhecido, fundamentando-se em possibilidades ao invés de certezas.

---

<sup>14</sup> “In the absence of mechanisms to establish accountability, the equation of more women with more adequate representation of women’s interests looks suspiciously undemocratic. If the interests of women are varied, or not yet fully formed, how do the women elected know what the women who elected them want? By what right do they claim their responsibility to represent women's concerns?”

<sup>15</sup> “There is no combination of reforms that can deliver express and prior commitments on every issue that will come to matter”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, no presente trabalho, compreender a obra de Anne Phillips e o seu conceito de política de presença. Introduzimos o debate sobre o essencialismo, isto é, a redução das mulheres a uma figura feminina essencial, por meio da visão de que elas teriam interesses e preocupações universais a todas. Questionamos se as representantes presentes atualmente na política brasileira representam os direitos das mulheres, e observamos que, em pautas sobre direitos das mulheres, outros marcadores sociais podem prevalecer em relação ao gênero na atuação das parlamentares (SANCHEZ, 2017).

Desenvolvemos as categorias de política de presença e política de ideias, e observamos que Phillips (1995) defende a utilização dos conceitos como complementares, não opostos. Por fim, apresentamos argumentos para a necessidade de maior presença de mulheres nas instâncias legislativas, a partir da teoria de Phillips e de autoras e autores da teoria política feminista. Constatamos que Phillips busca evitar a adoção de uma perspectiva essencialista, e considera imprescindível a existência de instrumentos de *accountability*.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582001000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ASSIS, Carolina de; FERRARI; Marília; LEÃO, Natália. Câmara dos Deputados terá menos homens brancos e mais mulheres brancas, negras e 1ª indígena em 2019. **Gênero e Número**, Rio de Janeiro, 8 out. 2018. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/camara-dos-deputados-tera-mais-mulheres-brancas-negras-e-indigena-e-menos-homens-brancos-em-2019/>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 set. 2002. Seção 1, p. 4.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Voto da Mulher**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-132, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 3, n. 10, p. 171-188, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2002000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2002000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 ago. 2019.

DRYZEK, John S.; HONIK, Bonnie; PHILLIPS, Anne. Overview of political theory. In: GOODIN, Robert E. (org). **The Oxford handbook of political science**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 61-88.

ELSHTAIN, Jean Bethke. **Public man, private woman**. Princeton: Princeton University Press, 1981.

GÓIS, Natalia. **Mulheres e representação política: da participação partidária à elegibilidade**. 2015. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

GILLIGAN, Carol. **In a different voice: psychological theory and women's development**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

KAHWAGE, Tharuell Lima. **Mulheres na magistratura paraense: uma análise das percepções das desembargadoras do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) sobre trajetória profissional e atuação jurisdicional voltada à efetivação dos direitos humanos das mulheres**. 2017. 181 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

MACKINNON, Catherine. **Feminism Unmodified: discourses on life and law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MIGUEL, Luis Felipe. Desvelo e interesse na teoria feminista. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL; Luís Felipe (org). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012

MIGUEL, Luis Felipe. Impasses da *accountability*: dilemas e alternativas da representação política. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 25-38, 2005.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 15, n. 44, p. 91-102, 2000.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MOISÉS, José Álvaro; SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (org). **O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. p. 89-115.

NETO, João. Mulheres dedicam quase o dobro do tempo dos homens em tarefas domésticas. **Agência IBGE Notícias**, Rio de Janeiro, 26 abr. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24267-mulheres-dedicam-quase-o-dobro-do-tempo-dos-homens-em-tarefas-domesticas>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. New York: Oxford University Press, 1995.

RHODE, Deborah. Gender and the profession: an American perspective. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). **Women in the world's legal professions**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

RIBEIRO, Djamila. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. **Revista SUR**, São Paulo, v. 24, p. 99-104, 2016.

RUDDICK, Sara. **Maternal thinking: towards a politics of peace**. Boston: Beacon Press, 1989.

SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 256, p. 399-431, 2012.

SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. **Teoria política feminista e representação substantiva: uma análise da bancada feminina da Câmara dos Deputados**. 2017. 104 f. Dissertação (mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

- SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. In: **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 81-115, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SPELMAN, Elizabeth. **Inessential woman: problems of exclusion in feminist thought**. Boston: Beacon Press, 1988.
- SPIVAK, Gayatri. In a Word. In: NICHOLSON, Linda J. (Org.). **The Second Wave: A Reader in Feminist Theory**. Londres: Routledge, 1997. p. 356-378.
- TOSOLD, Léa. Do problema do essencialismo a outra maneira de fazer política. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL; Luís Felipe (org). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.

# LEI MARIA DA PENHA: ANÁLISE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA CIDADE DO RECIFE À LUZ DO FEMINISMO INTERSECCIONAL

**Maria Carolina Cruz Angelim Rameh**

Graduanda em Direito (UFPE)

**Vanessa Souza de Olivera**

Graduanda em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO

Durante décadas, a violência doméstica contra as mulheres foi encarada como um problema eminentemente privado e que, portanto, deveria ser resolvido entre quatro paredes, sem atuação estatal. Para lutar contra essa realidade, já no início da década de 1980, grupos feministas começaram a se mobilizar, criando organizações de apoio às vítimas, ao mesmo tempo em que pressionavam o Estado a assumir o seu papel na resolução dessa problemática (MONTENEGRO, 2015, p.100).

Em 1988, um importante passo foi dado rumo à igualdade, com a equiparação formal entre homens e mulheres na Constituição Federal de 1988, o que não significou, contudo, igualdade material. Dentro de casa, as estruturas patriarcais ainda mantinham-se incólumes e, por isso, uma lei que tratasse especificamente sobre a violência doméstica precisava ser editada.

A Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, surgiu como uma resposta do Estado brasileiro às demandas dos grupos feministas em relação às violências diariamente perpetradas contra as mulheres, no seio familiar/doméstico, excluindo a competência dos Juizados Especiais Criminais na persecução desse tipo de crime.

Como a atuação repressiva era insuficiente, o legislador inseriu mecanismos de atuação preventiva na LMP, consubstanciados nas medidas protetivas de urgência. Assim, as vítimas de violência doméstica e familiar, que tenham seu corpo, saúde psicológica, dignidade sexual, patrimônio e moral violados, podem requerer do Estado uma atuação ainda mais célere, impedindo novas agressões.

Contudo, a identificação das mulheres como grupo homogêneo, fez com que a LMP fosse pensada a partir de um modelo universal e abstrato de violência e de vítima, desconsiderando eixos de opressão para além das questões de gênero. Como consequência, grupos mais vulneráveis, localizados na intersecção entre gênero, classe e raça, ainda que não excluídos da incidência da lei, veem suas demandas cada vez mais silenciadas, fator que intensifica as vitimizações de determinadas mulheres. Tal fato é refletido através de pesquisas, como, por exemplo, a realizada pelo DataSenado (SENADO FEDERAL, 2017, p.11), que demonstrou estarem as mulheres negras e pardas mais expostas à violência física sexual (74%), em comparação às mulheres brancas (57%).

Pensar as medidas protetivas de urgência da LMP através das lentes da interseccionalidade é importante e necessário, pois demonstra que a mera atuação estatal no recebimento da representação contra o agressor é incapaz de proteger as vítimas de violência doméstica, principalmente, quando a atuação dos operadores do direito desconsiderar certos eixos de vulnerabilidade que colocam a mulher em uma situação de ainda mais insegurança.

A intenção, aqui, não é apresentar uma explanação acerca das medidas protetivas ou do procedimento da LMP, mas, sim, buscar identificar como a aplicação dessas medidas está apartada das necessidades das mulheres que, em regra, buscam o Judiciário, relatando a violência doméstica e familiar a que estão submetidas. E é a partir dessa identificação que será possível pensar formas de atuação que se adequem à realidade das vítimas, principalmente, em um contexto ainda tão marcado pela manutenção de valores escravagistas, patriarcais e classistas.

## **FEMINISMO INTERSECCIONAL: VIOLÊNCIA PARA ALÉM DO SEXISMO**

*“Quando falamos do mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estamos falando?”  
(CARNEIRO, 2011)*

As formas de opressão não se dão de maneira uniforme sobre os indivíduos. Assim, ao se deparar com uma situação de violência, é preciso realizar recortes na tentativa de identificar quais eixos de opressão e vulnerabilidade estão inseridas naquele contexto. Pensar as questões de gênero, por exemplo, é um importante e necessário ponto de partida, mas observar esse grupo tão amplo de forma homogênea tem como consequência inevitável invisibilização e revitimização de diversas esferas sociais, que já são historicamente excluídas.

Voltando os olhos para a história de formação do Brasil, é possível perceber como a estrutura patriarcal e escravagista moldou o futuro das mulheres, traçando caminhos tão diferentes a depender da cor da pele. E é justamente por isso que o desenvolvimento deste trabalho não poderia partir de outra frase, que não a de Sueli Carneiro, escritora, filósofa e ativista antirracista do movimento social negro brasileiro, que traz para o centro do debate a necessidade de enxergar a opressão para além das questões sexistas, numa visão mais abrangente, envolvendo eixos diversos de opressão, como a questão da raça e classe.

Apesar dessas diferenças essenciais entre as mulheres brasileiras, durante décadas, o movimento feminista esteve, assim como outros movimentos progressistas sociais, preso a uma visão eurocêntrica, que universaliza as mulheres e é incapaz de identificar os diferentes graus de vulnerabilidade existentes dentro do gênero feminino (CARNEIRO, 2003). Ou seja, a identidade de gênero não foi capaz de produzir uma *“solidariedade racial intragênero”* (CARNEIRO, 2003), culminando na real possibilidade de as mulheres brancas de classe dominantes reproduzirem contra suas companheiras subalternizadas dominação que muito se assemelha àquelas denunciadas (ALBUQUERQUE; BERNARDES, 2016, p. 722).

A grande consequência do desenvolvimento do movimento feminista sobre bases tão homogêneas é, nos dizeres de Carneiro (2003), o silenciamento e a estigmatização de mulheres que são vítimas de outras formas de opressão além do sexismo, como as violências de classe e de raça, que estão naturalmente relacionadas no contexto brasileiro.

Essa invisibilização pode ser claramente identificada, por exemplo, no início dos movimentos feministas antiestupro nos Estados Unidos (análise que também cai como uma luva ao contexto brasileiro), os quais desconsideravam a realidade social e racial das mulheres negras, latinas e indígenas, provocando o distanciamento de tais grupos em relação a essas pautas, conforme muito bem pontuado por Angela Davis:

Na verdade, a incapacidade do movimento antiestupro do início dos anos 1970 de desenvolver uma análise do estupro que reconhecesse as condições sociais responsáveis por fomentar a violência sexual, bem como a centralidade do racismo na definição dessas condições, deu origem à relutância inicial das mulheres negras, latinas e indígenas em se envolverem pessoalmente nesse movimento. Por exemplo, ao longo de toda a história econômica das mulheres afro-americanas neste país, o abuso sexual foi entendido como



um risco profissional. Durante a escravidão, o corpo das mulheres negras era considerado sempre à disposição tanto do senhor quanto de seus substitutos. Na “liberdade”, as vagas de emprego disponíveis com mais frequência para as mulheres negras eram de trabalhadoras domésticas (DAVIS, 2017, p. 47-48).

Historicamente, a raça produziu gêneros subalternos, seja na identidade feminina estigmatizada (das mulheres negras), como na masculinidade (dos homens negros) que têm menor prestígio quando em comparação às mulheres brancas, gênero feminino do grupo racial dominante, sendo certa a observação de Sueli Carneiro sobre essa questão, ao afirmar que o *“racismo rebaixa o status dos gênero”* (CARNEIRO, 2011). Por isso, argumenta a ativista que:

para as mulheres negras atingirem os mesmo níveis de desigualdades existente entre homens e mulheres brancas significaria experimentar uma extraordinária mobilidade social. Uma vez que os homens negros, na maioria dos indicadores sociais, encontram-se abaixo das mulheres brancas (CARNEIRO, 2011).

Ainda analisando a situação da mulher negra, é possível perceber um duplo esquecimento acerca das suas vulnerabilidades específicas. Afinal, ela não figura como ser político principal de nenhum movimento. Como imagem do feminismo, tem-se a mulher branca; do movimento antirracista, o homem negro (ALBUQUERQUE; BERNARDES, 2016, p. 722).

Partindo disso, já na década de 1960, as feministas negras se posicionavam contra a generalização silenciadora do movimento feminista, que *“reproduziam interesses e cosmovisões de mulheres brancas, burguesas e de países centrais”* (ALBUQUERQUE; BERNARDES, 2016, p. 720).

Citando Kimberle Crenshaw, ativista e feminista negra norte-americana, Albuquerque e Bernardes (2016, p.723) trazem importante pontuação acerca da invisibilidade que pode ser gerada pela interseccionalidade, destacando dois tipos estruturais: superinclusiva e subinclusiva. Na primeira, a diferença dentro do grupo não é identificada. Segundo as autoras, isso ocorre quando um *“problema que afeta exclusivamente e desproporcionalmente um subgrupo de mulheres é ‘absorvido pela estrutura de gênero sem qualquer tentativa de reconhecer o papel do racismo ou alguma outra forma de discriminação possa ter exercido em tal circunstância’”* (ALBUQUERQUE; BERNARDES, 2016, p. 723) . Tem-se como exemplo, a violência obstétrica, na qual as dimensões de classe e raça estão em segundo plano.

Já quando se fala em subinclusão a diferença dentro do grupo não é invisível, mas, sim, os problemas gerados por ela. Por exemplo, uma situação não será entendida como problema de gênero, porque não afeta diretamente as mulheres dos grupos dominantes. Uma situação clara e recente dessa subinclusão no Brasil foi a falta de protagonismo do movimento feminista no trâmites da Emenda Constitucional 72/2013, que trouxe aos empregados domésticos os direitos anteriormente assegurados a outras classes de trabalhadores. Mesmo o perfil feminino sendo predominante nessas atividades, o recorte de classe e raça é claro e cruel, excluindo as mulheres da classe dominante e, por conseguinte, a atuação dos movimentos feministas (ALBUQUERQUE; BERNARDES, 2016, p.723).

Por óbvio, a violência doméstica também não foge da necessidade da análise interseccional. Afinal, as diversas agressões previstas na Lei Maria da Penha terão consequências diversas a depender das vulnerabilidades presentes. A violência patrimonial, por exemplo, é bastante comum no ambiente doméstico e será sentida de maneira diferente a depender da classe social da vítima. A dificuldade para encontrar empregos, que atinge de forma mais intensa as mulheres negras, pode atuar como um desestímulo para a vítima que busca romper a relação abusiva, mas tem medo de enfrentar dificuldades de manter a família, em um claro recorte de raça.

Dessa feita, os estudos produzidos pelo feminismo interseccional assumem elevada importância no contexto da violência doméstica, vez que, a partir deles, será possível identificar lacunas e pensar “ajustes” que visem afastar vitimizações advindas da edição da Lei Maria da Penha a partir de um modelo universalizante e abstrato de vítima e opressão.

## **LEI MARIA DA PENHA: O PROTAGONISMO BRANCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Maria da Penha, mulher branca, farmacêutica, de classe média, foi alvejada com um tiro de espingarda em 1983, enquanto dormia. O tiro foi disparado pelo próprio marido, na tentativa de forjar um assalto para encobrir o homicídio. Maria sobreviveu, mas ficou paraplégica. Uma semana depois, o agressor tentou matá-la novamente. Dessa vez, eletrocutada durante o banho.

O homem foi denunciado em 1984 e condenado em 1991 em um julgamento que foi posteriormente anulado, voltando a ser novamente condenado em 1996. A prisão só aconteceu em 2002, mais de 19 anos após as tentativas de assassinato, e durou dois anos.

Em 1988, Maria da Penha apresentou uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tendo como fundamento a tolerância do Brasil para com a violência que fora cometida pelo ex-marido. Como resultado da denúncia, a CIDH emitiu um relatório recomendando ao país uma série de ações para alterar a atuação nos casos de violência doméstica, culminando dentre outras coisas, na edição da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Essa foi a primeira vez que a CIDH acatou denúncia por um crime de violência doméstica (MONTENEGRO, 2015, p. 109).

No Brasil, antes da edição da referida lei, os casos de violência doméstica eram tratados, como regra, no Juizados Especiais Criminais. Agora, é expressamente vedada a aplicação da lei 9.099/95 aos casos tais crimes, independentemente da pena cominada, conforme previsão do art. 41 da LMP.

Pela Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar se configura como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A amplitude dessa definição se justifica como uma tentativa de abarcar os mais variados modos de vitimização das mulheres no contexto doméstico e familiar. Aparentemente, seria uma forma de garantir a mais ampla proteção a qualquer mulher, independentemente de raça, classe social, orientação sexual ou qualquer outro tipo de discriminação.

Fato é que a edição da Lei Maria da Penha teve como uma de suas principais inovações a previsão das medidas protetivas de urgência, que se apresentaram como importante instrumento garantidor da segurança da mulher vítima de violência, não só para coibir como também prevenir outras agressões. Na lei, há previsão de uma ampla gama de medidas que podem ser conferidas à mulher, levando em conta as circunstâncias do caso e as necessidades de cada vítima. As medidas protetivas podem ser divididas em três grupos: as que obrigam o agressor, as que são garantidas às vítimas e as que protegem o patrimônio da mulher; podendo ser de natureza híbrida, abarcando tanto questões de natureza penal como cíveis. Tudo isso, porém, no plano teórico.

Na prática, porém, a Lei Maria da Penha apresenta diversas problemáticas. De início, o próprio “batismo” da lei com o nome de uma vítima de violência faz surgir alguns questionamentos. Antes de mais nada, é preciso que fique claro a admiração pela luta da Maria da Penha e dos movimentos feministas. Contudo, esse respeito não afasta a necessidade de se debater a invisibilização inerente à aplicação da Lei 11.340/2006. Faz-se esse adendo, pois, como bem pontuado por Marília Montenegro (2015, p.111): *“Toda crítica dirigida a essa lei soa como*

*um ato de insensibilidade em relação aos sofrimento da Maria da Penha e, de certo modo, uma indiferença à questão da violência contra a mulher e da dominação do masculino sobre o feminino*". Assim, já fica esclarecida a intenção inerente à crítica a seguir trazida.

Em primeiro lugar, essa homenagem faz surgir, ainda que inconscientemente, a ideia de um modelo de mulher a ser protegida por essa lei, afastando vítimas que não se encaixam nos papéis de gênero pré-estabelecidos, como as prostitutas e as mulheres lésbicas.

Em segundo, tem-se o próprio recorte racial/social a ser identificado quando da análise das medidas protetivas. O que se constata, frequentemente, nas narrativas referentes à aplicação da medidas protetivas é que o aparato estatal, nisso incluído tanto a polícia quanto o judiciário, é incapaz de adequar as previsões legais às necessidades das mulheres que não se enquadram nos padrões pensados pela lei. Nesse cenário, as mulheres negras e/ou pobres não se sentem contempladas pelas medidas concedidas a elas, que, não raramente, desconsideram suas necessidades específicas.

Por fim, questão bastante influente nessas análises se refere à concepção dos diferentes grupos de mulheres quanto à proteção oferecida pelas agências estatais. Nesse ponto, já destacava Angela Davis que, em 1970, as estratégias antiestupro, as quais dependiam das agências de aplicação da lei, acabavam por deixar de lado muitas mulheres de minorias étnicas. De fato, *“a vivência das mulheres negras tem sido a de que exatamente os mesmo policiais brancos encarregados de protegê-las dos estupradores e de outros criminosos às vezes irão tão longe a ponto de estuprar as mulheres negras sob sua custódia”* (DAVIS, 2017, p.49). Não obstante, a sensação de desproteção das mulheres negras continua atual, posto que continuam sendo elas as principais vítimas de ações violentas por agentes públicos. De acordo com dados fornecidos pelo Atlas da Violência, realizado pelo Ipea e pelo FBSP, em 2016, as negras foram 60% das mulheres mortas em ocasiões registradas pelo Datasus como “óbito por intervenção legal” (SILVA, 2019).

## **A INTERSECCIONALIDADE E AS MEDIDAS PROTETIVAS: TRAÇANDO O PERFIL DAS VÍTIMAS**

Para identificar e debater acerca das invisibilidades advindas da interseccionalidade, é fundamental estabelecer o perfil das mulheres envolvidas nos conflitos que chegam ao Judiciário. Consoante resultados da pesquisa “Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário”, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em 2017, o perfil das vítimas de violência doméstica é bem semelhante nas cidades de Recife, Belém e Maceió: baixa escolaridade e expectativa de renda habitual. Majoritariamente, mulheres pardas ou pretas.

No que concerne ao grau de escolaridade, em Recife, por exemplo, 41% delas sequer completaram o 1º grau e apenas 7% possuem ensino superior completo (CNJ, 2017, p. 46). Ainda, nas três capitais, há um significativo número de mulheres que se declara “do lar”, ou seja, que não desenvolve atividade remunerada fora de casa, demonstrando, normalmente, a dependência econômica. Em Recife, representam 23,8% dos casos analisados, com um total de 31 mulheres, dos 130 casos analisados. Muitas, ainda, desenvolvem atividades nas casas de terceiros, como empregadas domésticas, diaristas, babás e faxineiras. Sendo, na capital pernambucana, 13% dos casos (CNJ, 2017, p.49). Ainda, observou-se que a maioria das mulheres vivem em bairros pouco abastados. Em Recife e em Belém, por volta de 90% vivem em locais em que o VRNMMP - “valor do rendimento nominal mediano mensal das pessoas de 10 anos ou mais de idade por situação do domicílio, segundo os bairros” - é menor ou igual a R\$ 510,00 (CNJ, 2017, p. 60-61).

A fim de confirmar o perfil das mulheres que recorrem ao sistema penal, traçado nas pesquisas nacionais, na pesquisa realizada na 1ª DEAM/DPMUL/GCOE, em Recife, constatou-se que 57,8% das mulheres são identificadas nos boletins de ocorrência como pardas, 10,5% como negras, 23,9% como brancas e há um percentual de 7,8% que não foi informado. No que concerne à ocupação dessas mulheres, foram identificadas 42 classificações diferentes, ainda que em 26% dos Boletins de Ocorrência - BOs não consta qualquer informação. Predominam, majoritariamente, entre os boletins em que constam informações, mulheres que se dizem “do lar”, correspondente a 13,9%, seguido pela classificação “outras profissões”, que representa 5,5%. Quanto à escolaridade, igualmente predominam os BOs que não prestam tal informação, que correspondem a 26%. Entre os informados, 24% das vítimas têm o 1º grau incompleto, seguido dos 22% que declaram ter o segundo grau completo. Do total, apenas 19% chegam ao 3º grau, entre completos e incompletos. Depreende-se, portanto, que o perfil das mulheres se assemelha significativamente àquele traçado na pesquisa do CNJ.

É possível inferir, portanto, a partir dos dados apresentados pelas pesquisas, que o perfil socioeconômico das mulheres que procuram a justiça para enfrentar o conflito doméstico e familiar é predominantemente de pretas e pardas, com baixa escolaridade e rendimentos mensais baixos.

A vítima, ao chegar à delegacia, realiza o Boletim de Ocorrência, em que haverá a descrição dos fatos narrados pela mulher, a partir da qual a autoridade policial realizará a capitulação em algum tipo penal e decidirá as medidas protetivas que serão solicitadas ao juiz. Em tese, os agentes policiais deveriam sempre requerer as medidas protetivas solicitadas pela vítima. Frequentemente, contudo, isso não ocorre. De fato, o que se observa, na prática, é que as medidas protetivas solicitadas e concedidas não condizem com o perfil das vítimas. Afirma-se isso com base nos dados coletados na 1ª DEAM/DPMUL/GCOE, em Recife, apresentados adiante, em que se contrapõe a narrativa realizada pelas vítimas, as capitulações realizadas pela polícia e as medidas protetivas requeridas.

## **VIOLÊNCIA PATRIMONIAL: A VULNERABILIDADE DAS MULHERES MAIS POBRES**

Primeiramente, analisam-se os casos de violência patrimonial, em que o agressor não só destrói bens pessoais da vítima, como também utensílios domésticos. Não obstante, a capitulação dos crimes realizada pela polícia dificilmente abrange os danos patrimoniais sofridos. Verificou-se, com base nas narrativas das violências constantes nos boletins de ocorrência da 1ª DEAM/DPMUL/GCOE, que, em 22 casos, havia alguma descrição quanto a violências patrimoniais sofridas pelas mulheres. No entanto, apenas em 11 desses casos houve a efetiva capitulação como crime patrimonial.

É o que se observa, por exemplo, na história de Juliana<sup>1</sup>, 28 anos, parda, do lar, e mãe de uma criança de 09 meses. O agressor é pai do seu filho e ex-companheiro, de quem já está separada há 06 meses. A vítima teve suas roupas e documentos jogados no rio, mas na capitulação constam apenas os seguintes tipos: lesão, injúria e ameaça. Quanto às protetivas, foram pedidas apenas as seguintes medidas: afastamento da ofendida, contato com a ofendida e frequência a determinados lugares.

Mesmo quando há a devida capitulação, não há requerimento protetiva visando à tutela dos bens da vítima. Por exemplo, Luciana, 27 anos, parda, do lar, teve inúmeros bens danificados, tais como, 02 janelas, contador de energia, aparelho de DVD e o portão de acesso à sua casa.

---

<sup>1</sup> Todos os nomes utilizados no trabalho são fictícios.

Apesar de constar na capitulação, dano, injúria e vias de fato, não houve requerimento da medida de prestação de caução provisória, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Os dados são preocupantes, pois, como descrito supra, as mulheres que procuram a justiça nesses casos de violência doméstica têm, em sua maioria, renda mensal baixa. Dessa forma, os prejuízos causados a elas pelo agressor são significativos, dificultando, inclusive, sua sobrevivência ao se destruir os utensílios domésticos, como fogão e geladeira. A completa desconsideração disso pela polícia, no momento da capitulação do crime, demonstra que a estrutura estatal não leva em conta as dificuldades econômicas por que passam a maior parte das mulheres que procuram o sistema penal. Como consequência, o Estado falha na tutela mais básica dessa vítima: a sobrevivência digna.

Há recorrentemente, também, casos em que o ex-marido ou ex-companheiro vai ao local de trabalho da companheira para assediá-la ou questioná-la sobre o fim do relacionamento. A gravidade de tal situação é ainda maior quando se observa terem as vítimas que procuram o sistema penal, normalmente, baixa escolaridade, dificultando a reinserção no mercado de trabalho caso sejam demitidas. E o risco de demissão é real e comprovadamente maior para mulheres negras. Segundo pesquisa do Ipea (2018), mulheres inseridas nesse grupo racial têm vulnerabilidade 50% maior ao desemprego quando comparadas ao desemprego geral.

Toda essas circunstâncias ratificam a vulnerabilidade da vítima mais pobre e com dificuldade de se inserir no mercado de trabalho ou continuar nele. Tanto que, de acordo com a pesquisa realizada pelo DataSenado, 29% das mulheres deixam de denunciar as violências sofridas em razão, justamente, da dependência financeira (SENADO FEDERAL, 2017, p.33). Dessa forma, materializa-se uma considerável incongruência do sistema: as mulheres que conseguem ultrapassar a barreira do medo e fazer a denúncia, acabam desprotegidas, porque, mesmo que tivessem uma fonte de renda própria, esta fica ameaçada diante das atitudes do agressor.

É o que se observa, por exemplo, no caso de Maria, 27 anos, parda, 3º grau incompleto, que tem dois filhos menores. Ela é professora infantil e seu ex-companheiro compareceu ao seu local de trabalho, afirmando que ela maltrata os filhos. A situação narrada, por si só, já causaria desgaste em qualquer ambiente do trabalho, mas levando-se em consideração que a vítima é professora infantil a situação toma proporções ainda mais preocupantes. Afinal, coloca em dúvida a sua conduta em relação às crianças com as quais lida diariamente no trabalho. Apesar de toda a situação, nenhuma medida protetiva foi requerida. Para o caso, caberia, por exemplo, a medida de proibição de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade moral da vítima, ou, ainda, afastamento da ofendida e lugares comuns. Também não há no BO a capitulação como calúnia, constando apenas: injúria e perturbação.

O que se observa é que o aparato estatal acaba por se mostrar, por diversas vezes, indiferente às vulnerabilidades dos grupos sociais que mais se utilizam da Lei Maria da Penha. Nesse ponto, vale relembrar que, conforme a pesquisa do CNJ, boa parte das mulheres que buscam o Judiciário com base na LMP declararam realizar trabalhos domésticos na casa de terceiros. Assim, deve-se considerar a situação delicada em que se encontram, porque, ao passo que causa grande desconforto aos patrões, a reinserção dessa mulher no mercado de trabalho se mostra ainda mais improvável sem boas referências.

## **PREOCUPAÇÃO COM O FUTURO DOS FILHOS: A VULNERABILIDADE DAS MULHERES QUE SÃO MÃES**

As problemáticas relacionadas ao sustento também se evidenciam no que concerne à subsistência dos filhos, já que 32% das mulheres não denunciam as agressões pela preocupação com a criação dos filhos, conforme o DataSenado 2017 (SENADO FEDERAL, 2017, p. 33).

Saliente-se que, de acordo com a pesquisa do CNJ, nas cidades pesquisadas, exceto Brasília, a maioria dos casos em que homem e mulher eram ou já tinham sido parceiros íntimos havia filhos. Na cidade de Recife, por exemplo, em 72% dos casos as partes informaram que possuíam, no mínimo, 1 filho (CNJ, 2017, p.82).

No entanto, raramente os alimentos provisionais, mesmo estando expressamente previsto na LMP, no art. 22, V, são demandados. Nesse sentido, verificou-se que, nos dados coletados na 1ª DEAM/DPMUL/GCOE, 65% das mulheres que tinham filhos menores com o agressor não solicitaram a medida protetiva de prestação de alimentos.

O levantamento do DataSenado ainda demonstrou que as mulheres com filhos estão mais propensas à violência. Das que são mães, 34% já sofreram algum tipo de agressão. Esse percentual cai consideravelmente em relação às que não são, ficando 15%. Quando se analisa especificamente a violência física, 70% das mulheres que são mães já foram assim agredidas, enquanto o percentual das que não o são é de 38% (SENADO FEDERAL, 2017, p.7). Sabe-se que a violência doméstica é cíclica e, como regra, tem início de maneira mais branda, com insultos, humilhações, proibições, provocações e, na medida em que o agressor se sente confortável, as agressões tendem a piorar. Para as mulheres que não têm filhos, a solução é mais clara, ainda que não seja fácil: romper o relacionamento. Já para aquelas que são mães, a perspectiva é mais complexa, pois envolve o futuro de terceiros, seus filhos.

Nesse cenário, constatou-se, nos casos da 1ª DEAM/DPMUL/GCOE, que dentre as mulheres que não têm renda própria, quais sejam, mulheres que se dizem “do lar”, desempregadas e estudantes, 53% têm filhos menores. Não obstante, apenas 9% delas solicitaram a medida protetiva de prestação de alimentos.

Tais dados, evidenciam a dificuldade de tutelar as vítimas e seus dependentes, o que também corrobora o fato de as mulheres deixarem de denunciar por conta da dependência financeira. Afinal, se não há preocupação quanto à possibilidade de sobrevivência digna, essa mulher encontra mais segurança para romper a relação e retirar os filhos da convivência com o agressor, mas, infelizmente, essa não é a realidade vivida pelas vítimas que recorrem ao Judiciário, como já restou demonstrado, no início deste capítulo.

O fim do relacionamento ainda é dificultado pela falta de aparato estatal que possa acolher e auxiliar as vítimas que são mães. Por exemplo, segundo dados do IBGE de 2014, nos Municípios brasileiros com até 5 mil habitantes, 42,3% não têm creche (RIBEIRO, 2014). Ainda, segundo dados da Pnad 2017 Educação, um terço das crianças de 0 a 3 anos mais pobres do Brasil está fora da creche por falta de vaga (MORENO, 2018). Assim, ao decidir terminar a relação, a mulher vislumbra o seguinte provável futuro: sairá de casa com os filhos, já que na estrutura patriarcal elas são responsabilizadas por esses cuidados; a falta de qualificação dificultará a identificação de vagas de trabalho; sendo contratada, não terá com quem deixar os filhos. Agrega-se a isso o fato de que, consoante demonstrou o Pnad 2017, a oferta de vagas em creches está correlacionada à renda das famílias. Há, portanto, uma escassez justamente para quem mais precisa.

Apesar disso, há quem consiga romper o ciclo de violência. Todavia, o Estado, mais uma vez se omitirá para com essa mulher. Tem-se, como exemplo, o caso de Vitória, 28 anos, parda, ocupação não informada. Ela foi agredida pelo ex-companheiro quando o procurou para pedir que

ele comprasse o remédio para a filha em comum. Na ocasião, o autor das agressões lhe desferiu um tapa no rosto e puxou seus cabelos, enquanto a ameaça. Nesse caso, foram pedidas medidas protetivas, quais sejam: afastamento da ofendida, restrição/suspensão de visita aos dependentes menores, contato com a ofendida por qualquer meio e frequência a determinados lugares. Contudo, o motivo principal que levou a vítima a manter contato com o agressor não foi levado em conta, inexistindo requerimento referente à prestação de alimentos.

## **ENTRE QUATRO PAREDES: A DIFÍCIL ESCOLHA ENTRE SAIR DE CASA OU SE SUBMETER ÀS AGRESSÕES**

As vítimas, por serem, via de regra, pessoas de baixa renda, não dispõem da possibilidade de sair de casa. Dessa forma, ficam mais suscetíveis à investidas do agressor, seja porque este alega que a residência pertence a ele, seja porque ele consegue invadir o imóvel com facilidade diante de uma estrutura precária.

Amanda, 36 anos, parda, empregada doméstica, por exemplo, está separada há 02 (dois) anos do seu ex-companheiro, mas ainda dividem o imóvel. Eles têm 06 (seis) filhos menores, o mais novo tendo 01 (um) ano quando das agressões que motivaram o Boletim de Ocorrência. A capitulação registrada foi de vias de fato, injúria, ameaça e dano. Tendo em vista as agressões, foram requeridas as seguintes protetivas: afastamento da ofendida, contato com a ofendida, frequência a determinados lugares. Ocorre que, como já pontuado, as partes vivem sob o mesmo teto. Apesar de ter sido determinado o afastamento da ofendida, nada foi requerido em relação ao afastamento do agressor do lar. Nesse sentido, questiona-se como se dará a execução da protetiva na prática, pois vislumbra-se a possibilidade de a mulher, mais uma vez, carregar o ônus da agressão e ser revitimizada, seja pelo não cumprimento da medida, seja por ela decidir sair de casa.

O caso de Amanda atesta que o Estado não compreende - ou simplesmente não se preocupa - com as circunstâncias sociais e econômicas vulneráveis em que se encontram a maior parte das mulheres que buscam a tutela da LMP.

Há, ainda, os problemas relacionados ao consumo, pelo agressor, de bebidas alcoólicas ou drogas. Mais uma vez, se materializa a insegurança da vítima dentro da própria casa, justamente porque não há aparato estatal para permitir a saída da mulher desse ambiente e as medidas de afastamento do agressor do lar dificilmente são concedidas. Assim, a única possibilidade para essa mulher é deixar o imóvel. Novamente, se constata a displicência do aparato estatal quanto à pobreza da maior parte dessas mulheres, imputando o ônus da agressão à vítima.

Isso se confirma, ainda, pela escassez de estruturas estatais que permitam à mulher se afastar do local de convivência com o agressor. Há, na Lei Maria da Penha, a previsão de uma medida protetiva em que as vítimas e seus dependentes são encaminhados a um programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento. Nesse contexto, se enquadram as Casas Abrigo, que ficam em endereços sigilosos, nos quais há o acompanhamento multidisciplinar e assessoria jurídica. Mesmo previsto na Lei Maria da Penha, há, dentre os 5.570 municípios brasileiros, apenas 155 casas em 142 cidades, o que representa 2,5% do total, segundo dados do IBGE, divulgados em 2014. Desse total, 50 se encontram na região Sudeste e 42 na região Sul, havendo apenas 9 na região Norte. Nesse mesmo levantamento, o IBGE informou que em 35% das Casas Abrigo do país o endereço não era sigiloso, apesar disso ser um pré-requisito para a garantia da integridade física e moral da mulher (RIBEIRO,2014).

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou constatar, respaldado no feminismo interseccional, que a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha desatende aos anseios da maioria das mulheres que delas se utilizam. Nessa perspectiva, observou-se que, apesar das mulheres negras e pobres serem as principais vítimas de violência doméstica e familiar a recorrerem ao sistema penal, o aparato estatal é incapaz de corresponder às necessidades específicas desses grupos; desconsiderando, no mais das vezes, as condições de vulnerabilidade em que se encontram, no que concerne às dificuldades econômicas, ainda mais quando associada ao sustento dos filhos, e à insegurança dentro de casa.

A presente análise se desenvolveu levando em consideração as problemáticas decorrentes da aplicação das medidas protetivas a partir da visão das mulheres vítimas como um grupo homogêneo, com mesmos anseios e possibilidades. Nesse sentido, a abordagem interseccional desponta justamente como uma alternativa ao feminismo orientado pelas pautas da classe dominante, isto é, das mulheres brancas e abastadas. Isso porque, como se sabe, as mulheres negras e pobres não conseguiram se identificar com as demandas tradicionais desse movimento. Nesse ponto, observa-se que, durante muito tempo, foi desconsiderada realidade de determinadas mulheres, as quais acumulam diversas eixos de vulnerabilidade, sem que sejam protagonistas de nenhum movimento social, do feminismo ao antirracismo.

Fato é que a Lei Maria da Penha representou grande avanço ao objetivar tutelar as mulheres vítimas das violências domésticas e familiares, sendo resultado de demandas do movimento feminista contra as violências de gênero. A partir da redação legal, afere-se que a tentativa do legislador foi abranger as diversas formas de violência e todas as possíveis vítimas. No entanto, a prática policial e judicial despreza as particularidades da realidade social dos grupos de mulheres mais vulneráveis, que não se enquadram no modelo abstrato de vítima presente no imaginário dos agentes estatais.

Expôs-se, portanto, diversas distorções na aplicação das medidas protetivas. Em primeiro lugar, os problemas relacionados à situação financeira dessas mulheres, posto que não são levados em conta os danos patrimoniais sofridos, mesmo que estes representem graves prejuízos e, muitas vezes, obstáculos até mesmo a uma vida digna. Ademais, as atitudes do agressor que põem em risco o emprego dela também não recebem a devida atenção no sistema penal, o que se agrava diante do fato de que, normalmente, essas mulheres têm pouca qualificação, tendo, portanto, dificuldades de se reinserir no mercado de trabalho.

Ainda, apresentou-se que tais problemas se agravam diante da existência de filhos em comum, que são, perante um estrutura patriarcal, delegados aos cuidados da mulher. Nesses casos, dificilmente são requeridos os alimentos provisionais para auxiliar no sustento. Além dos mais, em boa parte do país, não existem creches ou existem em quantidade insuficiente. Assim, o que inevitavelmente se conclui é que a mulher se encontra em um contexto extremamente complexo para aliar a obtenção dos meios de sustento familiar aos cuidados dos filhos.

Por fim, examinou-se que as dificuldades estão também em termos de moradia. É que, diante da impossibilidade de sair da residência, a vítima continua exposta ao agressor, seja em razão de permanecerem morando juntos ou de ser o local facilmente invadido, não apresentando o Estado estruturas adequadas que permitam a ela sair do local de violência. Tampouco, o Poder Público age para afastar o agressor da mulher quando ela assim deseja.

Em suma, o que se pode inferir das diversas situações demonstradas é que, em razão da falta de sensibilidade dos agentes estatais quanto às vulnerabilidades de certas vítimas, as



medidas solicitadas, muitas vezes, não são coerentes com as necessidades específicas do contexto socioeconômico em que estão inseridas.

Portanto, urgente se faz uma capacitação desses profissionais, à luz da interseccionalidade, para que se mostrem capazes de compreender as especificidades de cada situação, especialmente envolvendo mulheres negras e pobres. Ademais, também cabe ao Estado oferecer estruturas capazes de retirar as mulheres do ambiente de violência, sendo essencial a existência de outras alternativas que possibilitem a saída da vítima do lar, para além das Casas Abrigos, por serem estas insuficientes e representarem real ônus para a mulher, que é obrigada a se distanciar da sua rotina, família e trabalho.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Alteração na Lei Maria da Penha efetiva garantias, mas viola a Constituição**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/ruchester-mudanca-maria-penha-efetiva-garantias-viola-cf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BERNARDES, Márcia. ALBUQUERQUE, Mariana. **Violências interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25167/18217>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059\\_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf). Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Jovens e mulheres negras são mais afetados pelo desemprego**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34371&Itemid=9](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34371&Itemid=9). Acesso em 01 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 12 maio 2019.

CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/375003/mod\\_resource/content/0/Carneiro\\_Feminismo%20negro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/375003/mod_resource/content/0/Carneiro_Feminismo%20negro.pdf). Acesso em: 12 maio 2019.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008). Acesso em: 12 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entre práticas retributivas e restaurativas: a lei maria da penha e os avanços e desafios do poder judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. Tradução Heci Regina Candiani - 1ª ed. - São Paulo: Boitempo, 2017.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológica crítica**. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORENO, Ana Carolina. **Um terço das crianças de 0 a 3 anos mais pobres do Brasil está fora da creche por falta de vaga, diz IBGE**. G1. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/um-terco-das-criancas-de-0-a-3-anos-mais-pobres-do-brasil-estao-fora-da-creche-por-falta-de-vaga-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2019.

RIBEIRO, Marcelle. **IBGE: 97,5% das cidades não têm casas-abrigo para mulheres.** Terra Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/ibge-975-das-cidades-nao-tem-casas-abrigo-para-mulheres,51927ea7920b5410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 20 maio 2019.

SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** DataSenado: 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SILVA, Vitória Régia da. **Projeto de lei anticrime pode aumentar violência policial contra mulheres negras, dizem especialistas.** Gênero e número. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/em-2017-pessoas-negras-foram-54-das-vitimas-de-agressao-por-policiais-ou-agentes-da-lei-no-pais/>. Acesso em: 06 jun. 2019.



**Coordenação:**

Bruna Guapindaia Braga da Silveira (ESTÁCIO-PA/USP)

Bruno Takahashi (USP)

Daniela Monteiro Gabbay (FGV-SP/USP)

João Eberhardt Francisco (USP)

Luciana Gross Cunha (FGV/USP)

Maria Cecilia de Araujo Asperti (FGV/USP)

Susana Henriques Costa (USP)



## A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA ANÁLISE DA REPARAÇÃO EM CASOS DE ATENTADOS CONTRA A VIDA

**Roberta Maciel Campolina**

Graduada em Direito (FAC). Pesquisadora na área de Direito Civil.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta como tema a análise da responsabilidade civil motivada através de atentado contra a vida no âmbito da violência doméstica.

Observando a estrutura da sociedade a mulher sempre esteve em um papel desigual quando comparado ao homem, fato este que recentemente vem sendo mudado dentro do Direito. Historicamente, a mulher vem alcançando várias vitórias que lhe dão liberdade e empoderamento, entretanto, existe uma batalha a ser vencida, que é a busca da redução da violência contra a mulher.

Infelizmente, gerada na maioria das vezes dentro dos lares, e através de seus parceiros, são essas, violência física, moral e psicológica, que destrói a confiança e a autoestima da mulher, deixando-a submissa às vontades do seu companheiro.

A análise do problema de pesquisa tem como linha mestra responder se a reparação integral dos danos, na busca para reparar os prejuízos das vítimas de violência doméstica, no caso mais específico onde se observa a agressão contra a vida praticados pelo cônjuge ou companheiro, tem sido aplicado pelo judiciário.

A pesquisa tem como objetivo principal certificar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nº11.340/06, no âmbito da responsabilidade civil, buscando analisar não só a visão da efetividade penal, mas também a tratativa na reparação integral dos danos. E conseqüentemente os ganhos para a mulher advindos desse novo cenário.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, realizando-se uma análise descritiva e crítica dos dados, obtidos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

É notório que os danos causados no contexto do Direito de Família é um somatório de Direitos que vão desde a dignidade da pessoa humana até o Direito à saúde física e mental, sendo a mulher a principal atingida quando se trata deste assunto.

Na pretensão de buscar o fortalecimento da mulher na estrutura da sociedade e combater essas violações que lhe são imputadas é que surge da Lei Maria da Penha. Esta Lei tem como principal fator norteador a busca da proteção da mulher e o resguardo dos seus Direitos, entretanto, por razões diversas algumas vezes acaba não alcançando seu objetivo. A dita Lei não

está voltada apenas para coibir a violência familiar contra as mulheres, mas embasada na reparação integral dos danos, busca a responsabilização civil do agressor.

Estudos indicam que existe uma tendência que os prejuízos advindos do atentado contra a vida da mulher, quer seja pelo marido ou companheiro, levam a obrigação de indenizar, mesmo que o fato não se concretize.

Independente da agressão imputada à mulher, quer ser seja física, privações econômicas na busca de diminuir o cônjuge ou até mesmo a moral, tais como humilhação, vexame, escândalo, exposição ao ridículo, virá a gerar obrigações inerentes a responsabilidade civil.

Com isso, a pesquisa tem como finalidade apresentar a importância da Lei Maria da Penha e a necessidade de sua aplicação, para a reparação integral dos danos causados às vítimas de violência doméstica.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

Os avanços da sociedade criam novas oportunidades de desenvolvimento e melhoria de vida, no entanto, isto acaba também trazendo impactos na convivência social. Sendo assim, cria-se então a necessidade de definir normas que irão nortear os novos processos e suas interações, bem como clarear possíveis situações de conflito. Com isso, surge a necessidade de instituir obrigações e responsabilidades que os seres humanos enquanto membros de uma sociedade tem que cumprir para que se tenha uma coexistência saudável.

Torna-se necessário definir os limites das obrigações e as responsabilidades decorrentes das mesmas. Segundo Sergio Cavalieri Filho (2012), o sentido etimológico de responsabilidade exprime ideia de obrigação, encargo, contraprestação. O sentido jurídico não foge dessa ideia. A responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, isto é, ela foi concebida para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Portanto, a mesma determina o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Ou seja, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

A responsabilidade civil é um instituto do Direito Civil que tem a função restaurar o equilíbrio moral e patrimonial e reparar o dano causado por alguém a outrem. Para Sergio Cavalieri Filho (2012), a responsabilidade civil tem como objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito, ou seja, o direito impõe ao indivíduo a responsabilidade de arcar com as consequências de sua conduta.

Seguindo o mesmo pensamento, Gonçalves (2012) estabelece sobre o instituto da responsabilidade civil:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação”. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. As fontes das obrigações previstas no Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei). As obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (GONÇALVES, 2012, p.52).

O instituto da responsabilidade se faz essencial na realidade social, pois quem gera prejuízo a outrem tem que ser responsabilizado pela sua ação. Além disso, o indivíduo prejudicado tem direito a reparação do dano que lhe foi imputado. Portanto, a obrigação cria um vínculo entre o autor e a parte que sofreu a lesão, pois a mesma tem direito de pleitear a reparação ao autor do referido dano.

A obrigação criada para o autor da conduta lesiva tem natureza pessoal e o mesmo responde através de seu patrimônio. Essa responsabilidade civil tem a obrigação de reparar o dano sofrido por alguma conduta do agente, podendo ser gerada por ato de ação ou omissão.

Maria Helena Diniz (2015) dispõe que a responsabilidade civil é a obrigação do indivíduo de reparar um dano. Essa obrigação pode ser derivada tanto da conduta do agente, quanto da pessoa por quem ele responda ou de coisa que a ele pertença.

A ideia de reparação de dano acompanha o homem desde os primórdios dos tempos. Na forma primitiva baseava-se na autotutela, que era a disputa corporal entre os indivíduos, prevalecendo a lei do mais forte.

Cronologicamente, conforme disposto por Gagliano e Pamplona Filho (2012), houve uma evolução da reparação do dano passando da vingança pessoal para o domínio jurídico, sendo permitida ou proibida de acordo com condições estabelecidas pelo poder público, também chamada de Lei de Talião.

O Direito Romano apresenta uma nova concepção em relação ao processo de reparação do dano, onde o mesmo passou a poder ser compensado financeiramente. A este respeito Gagliano e Pamplona Filho (2012) expõem:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. [...] Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de poena, uma importância em dinheiro ou outros bens (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 54).

O Direito Romano com a Lei das XII Tábuas, marca o início da intervenção do Estado nas decisões de conduta da sociedade. Diniz (2010) expõe que durante este período a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, retratando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Depois desse período, segundo Diniz (2010), na Idade Média houve a distinção da responsabilidade civil da pena em função da estruturação do conceito de dolo e de culpa *stricto sensu*, que foi seguida de uma elaboração dogmática da culpa.

No entanto, foi com o Direito Francês que as ideias romanas foram aperfeiçoadas, estabelecendo-se os princípios gerais da responsabilidade civil. De acordo com Diniz (2010), a teoria da responsabilidade civil só se concretizou como obra da doutrina, através da figura dominante do jurista francês Domat que foi o responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil. E que acabou influenciando quase todas as legislações onde o fundamento era a culpa.

Após a Revolução Francesa de 1789, com o surgimento do Código Civil francês, promulgado em 1804 (Código de Napoleão), ficou diferenciada a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

No Brasil, o Código Civil de 1916 inspirou-se no Direito Francês, consagrando a teoria da culpa como regra do campo da responsabilidade civil. O atual Código Civil de 2002, manteve como norma a responsabilidade civil subjetiva, porém estendeu o campo dos casos de responsabilidade civil objetiva, por meio da teoria do risco.

Os requisitos para aplicação da responsabilidade civil são princípios em que se baseia a configuração e a existência da mesma.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 é de onde se extrai esses elementos, dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL,2002).

Realizadas tais considerações, faz-se análise dos pressupostos da responsabilidade civil. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012), estão explicitados os três requisitos básicos da responsabilidade civil:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas. Decompõe-se, pois, nos seguintes elementos, que serão estudados no decorrer desta obra:

- a) conduta (positiva ou negativa);
- b) dano;
- c) nexos de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 54).

O primeiro pressuposto a ser analisado é a conduta humana, segundo Maria Helena Diniz (2010, p.40) a conduta, pressuposto da responsabilidade civil, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Outro pressuposto da responsabilidade civil é o dano, podendo ser moral ou patrimonial. Somente existirá responsabilidade civil quando houver dano a ser reparado. Visto que o dano é uma responsabilidade de ressarcir o prejuízo causado, não poderá concretizar se não houver o que reparar. O dano pode ser material ou imaterial, ou seja, ele pode atingir tanto patrimônio do indivíduo quanto a honra do mesmo.

Por fim, o último pressuposto é o nexos de causalidade, é um dos pressupostos fundamentais para configuração da responsabilidade civil e o dever de indenizar. A relação de causalidade é o elo entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo imposto ao indivíduo prejudicado.

## A LEI MARIA DA PENHA

Nader (2016, p.326), expõe que diante do infeliz fato social de práticas de violência à mulher nos lares nasce a necessidade de criar a Lei nº 11.340/06, denominada Lei da Maria da Penha, a qual instituiu formas de proteção à mulher.

A Lei 11.340/06 foi uma homenagem a Maria da Penha, biofarmacêutica, casada com Marcos Antônio Eredia Viveiros, tendo sido submetida a violência doméstica durante seus 23 anos de casamento. Como expõe Maria Berenice Dias (2019), Maria da Penha em 1983 sofreu duas tentativas de homicídio pelo seu marido. A referida Lei cria mecanismo para coibir e evitar a violência doméstica e familiar contra a mulher, resgatando a cidadania e dignidade das vítimas, visto que os Direitos Humanos da mulher se torna efetivo quando da reparação dos traumas ocorridos na menor unidade social, a família.

Para Simone Murta Cardoso (2013) na relação conjugal talvez seja o local onde mais se gera eventos de violência entre os cônjuges, tanto física quanto psíquica. O fim do afeto, o rompimento do casamento, as dificuldades financeiras, as fofocas, geram um ambiente propício para que o desrespeito e agressão mútua possam ocorrer, quando na visão dela deveria ser justamente ao contrário.

Assim, “não obstante o dever de respeito e consideração entre os consortes, a experiência revela a prática constante de violência nos lares, tendo geralmente por vítima a mulher” (NADER, 2016, p. 326).

Para Maria Berenice Dias (2019), a violência doméstica pode ser entendida como uma forma de violência advinda da diversidade de gênero fundada pelo contexto social que ainda enaltece as desigualdades entre os sexos. Sendo assim, pode-se dizer que tal pensamento é baseado em uma inferioridade feminina.

Como dispõe Paula do Nascimento, a violência de gênero é aquela embasada na desigualdade entre os gêneros masculinos e femininos. A culpa não é exclusiva do agressor, mas da errônea cultura da autoridade masculina e da submissão da mulher. Rotineiramente, pode-se ver na sociedade o desprezo, em alguns casos, pelas mulheres e até as que alcançam posição de destaque sofrem discriminação de gênero.

Tartuce (2017) menciona várias formas de violência, que são atos direcionados à mulher e que podem ser agressões físicas ou ameaças, maus tratos psicológicos, ou assédio sexuais.

Segundo Maria Berenice Dias (2019), são formas de violência doméstica: física, moral, patrimonial, sexual e psicológica. A violência sexual baseia-se em comportamentos onde o agressor constrange a mulher, fazendo a mulher presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, através de chantagem, humilhação ou suborno. A violência física é qualquer comportamento direcionado a integridade física da mulher, ou sua saúde corporal. O agressor faz uso de força física em relação a mulher, abusando de sua estrutura corporal que é superior à da mesma. Já violência psicológica, são comportamentos que causam danos emocionais à mulher, levando inclusive a diminuição da sua autoestima. O agressor busca que a mulher seja submissa a sua vontade, em outras ocasiões parte para críticas recorrentes levando-a a pensar que faz tudo errado, gerando assim um sentimento de culpa. A violência patrimonial está embasada em três condutas: subtrair, destruir e reter bens dentro da entidade doméstica onde ocorre dor ou dissabor da mesma, independentemente do valor dos bens. Na tipologia da violência moral é qualquer comportamento que se configure em calúnia, difamação ou injúria.

Para que seja abarcada pela Lei 11.340/06 é essencial que a concretização do fato, ou seja, da violência a mulher seja cometida no âmbito doméstico, familiar ou nas relações íntimas de afeto conforme o artigo 5º da Lei Maria da Penha.



Guilherme de Souza Nucci (2007) ensina que a unidade doméstica é onde há “convívio permanente de pessoas, em típico ambiente familiar, vale dizer, como se família fosse, embora não haja necessidade de existência de vínculo familiar, natural ou civil”.

Como leciona Maria Berenice Dias (2019), ainda que a premissa seja proteger a mulher, a Lei Maria da Penha fez surgir um novo conceito de família, independentemente dos sexos dos parceiros. Famílias nascidas em um relacionamento de pessoas do mesmo sexo foram reconhecidas como entidades familiares pelo Supremo Tribunal Federal. Levando assim o conselho nacional de justiça a proibir que seja negado o acesso a tais direitos.

Maria Berenice Dias (2019) reforça a importância da Lei Maria da Penha ao reconhecer a união homoafetiva como família, independente da orientação sexual. Desta forma, lésbicas, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais estão acobertados pela proteção da lei quando o protagonista da lei é reconhecido como a pessoa com quem mantém relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar.

Acir de Matos Gomes (2012), atenta para o fato que a Lei Maria da Penha utiliza tanto a palavra mulher quanto a palavra gênero. Outro fato significativo é o levantamento da diferença entre sexo e gênero. Sexo é uma condição biológica, receptível pelas características genitais no nascimento. Gênero é mais amplo, é uma estrutura social, marcada por papéis sociais de natureza cultural, e que se expressam pela obtenção da masculinidade e da feminilidade. Isto demonstra a atualidade da Lei Maria da Penha em relação as novas construções familiares que estão surgindo com o avançar dos anos.

A Lei 11.340/06 é inovadora, ao produzir uma transformação tanto na forma de coibir a violência doméstica, como também ao criar ações de assistência à mulher e adotar medidas punitivas em relação ao agressor. A Lei prevê que:

- a) Para a mulher agredida: atendimento em programas assistenciais do Governo federal, estadual e municipal; manutenção vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho; proteção policial ou garantia de ser abrigada em local seguro; assistência judiciária gratuita.
- b) Para o agressor – detenção de três meses a três anos; encaminhamento a programa de recuperação e reeducação; possibilidade de ter a prisão preventiva decretada a qualquer momento; possibilidade de ser afastado do lar, impossibilidade de substituir a condenação por cestas básicas ou multas.
- c) Para a estrutura – Criação dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher; criação de Delegacias de Atendimento à mulher; integração entre Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e as áreas de segurança e assistência.

O estudo acima demonstra que a Lei Maria da Penha veio para criar, inovar, ampliar e modificar as estruturas preconceituosas da sociedade, através de adoção de juízos que visam prevenir, punir, e erradicar a violência, com o objetivo de proteger a mulher da violência doméstica.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Há um questionamento sobre Responsabilidade Civil e Responsabilidade Criminal, ou seja, além de exigir uma reparação Criminal decorrente da violência doméstica também há possibilidade de uma pretensão reparatória.

A ilicitude jurídica é uma só, havendo uma concordância entre o ilícito civil e o ilícito penal, pois ambos são uma violação da ordem jurídica gerando assim um desequilíbrio social. Entretanto, enquanto o ilícito penal que em função da sua gravidade ou da sua intensidade tem a pena como a única sanção adequada, no ilícito civil, por ter uma conturbação social menor são suficientes as sanções civis (indenização, restituição em espécie, anulação do ato, etc).

Destaca-se, entretanto, que um evento pode levar a ter a responsabilização civil e criminal devendo a tratativa de cada uma delas ser analisado de acordo com o bem jurídico tutelado.

Diante disso é pertinente tratar a questão da responsabilidade civil dentro da questão da violência familiar contra a mulher. Com a adoção da Lei Maria da Penha e fazendo uma correlação com os conceitos da responsabilidade civil, realmente o agente causador do evento deve ser responsabilizado por eles. É garantido o Direito de resposta proporcional ao dano, podendo haver indenização por dano material, moral ou a imagem.

Entretanto, o dano moral é uma questão mais complexa, pois não se pode analisar o tamanho da dor, sofrimento, tristeza, humilhação de quem é torturado dentro do ambiente familiar.

A compensação reparatória pelo dano e injustiça que sofreu, proporciona uma vantagem ao ofendido, pois poderá dessa forma procurar atender suas satisfações mitigando em partes seu sofrimento.

Não obstante, nunca será atingido o perfeito equilíbrio entre a lesão e a indenização, por mais correta e justa que seja o juízo do magistrado. A justiça será atingida quando houver relação observando-se o nexos causal entre a lesão e a indenização, tendo como primícias o preceito da razoabilidade.

Os recursos ofertados na Lei Maria da Penha ampliaram as hipóteses de possibilidades de dano moral as quais a mulher está exposta no ambiente doméstico, bem como seus filhos e demais dependente. Alargando assim o critério discricionário do magistrado para condenar o agressor nas indenizações pecuniárias, principalmente nos casos já transitados e julgados na esfera criminal.

Segundo Juliana de Sousa Gomes Lage (2010), caso a conduta do cônjuge venha a causar dano à dignidade do outro consorte, torna responsável na reparação civil, através de indenização dos danos morais. No entanto, defende que não é qualquer conduta que gera a possibilidade de indenizar, e sim, quando ocorrer dano de violação a dignidade e personalidade do cônjuge.

Frente ao caso concreto, portanto, é possível a reparação por danos morais, desde que observadas circunstâncias danosas, conforme se vê em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ação de indenização por danos morais, movida por ex-esposa contra ex-marido, sob alegação de maus tratos e violência física e moral, praticados na constância do casamento. Em primeiro grau, decisão de improcedência. (...). Mérito. Prova inequívoca da ocorrência de agressões físicas e morais praticadas por ex-marido contra ex-esposa, na constância do casamento. Documentos juntados com a inicial comprovam as alegadas violências físicas e morais, acarretando, inclusive, a condenação do réu no âmbito criminal. Prova do cometimento de ato ilícito gerador do dever indenizatório. Dano moral configurado. Inocorrência de perdão. Rejeição da alegação de mero aborrecimento. Indenização fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais) em obediência aos requisitos de proporcionalidade e razoabilidade. Preliminar rejeitada. Recurso provido." (TJMG, Apelação Cível nº 0496466-49.2005.8.13.0625, Órgão Julgador: 15ª Câmara Cível, Relator: José Affonso da Costa Côrtes, Julgamento: 29.03.2012, Publicação: 10.04.2012)

A ementa acima dispõe sobre uma ação de indenização por danos morais, movida pela ex-esposa contra o ex-marido. A autora alega que na constância do casamento sofreu maus tratos e violência física e moral pelo réu, violando, portanto, o dever conjugal de respeito e consideração mútua. Na primeira instância seu pedido foi julgado improcedente, por isso, a autora apresentou um recurso de apelação, alegando cerceamento de defesa e insistindo no dever de indenizar.

O relator deu provimento ao recurso, uma vez que as discursões do casal atravessam o campo da normalidade, ingressando na seara da agressão, ocasionando sequelas físicas e psíquicas, com o sofrimento exacerbado de um dos cônjuges. Visto que na constância do casamento, o casal divide suas vidas, e as atitudes de um irão repercutir na imagem do outro, para que haja casamento, tem que haver respeito e consideração mútua. Portanto, com o argumento que os danos morais foram evidenciados diante de sofrimento físico e abalo psíquico, por ter ofendido a sua ex-mulher fisicamente e verbalmente muitas vezes, condenou ao pagamento de indenização.

A ocorrência do atentado a vida do cônjuge, quer seja agressão ou que leve a danos psíquicos do parceiro, pratica um crime que pode levar o pagamento de dano moral ao outro. A Jurisprudência reconhece a responsabilidade civil decorrente das agressões domésticas:

REPARAÇÃO DE DANOS. DANO MORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Restam comprovadas as agressões físicas perpetradas pelo réu em desfavor da autora que amargou danos psicológicos em decorrência de tais fatos, conforme evidencia o laudo psicológico acostado aos autos. Há comprovação, igualmente, de determinação judicial de afastamento do réu do lar em decorrência da violência doméstica por ele praticada. Neste sentido, evidenciado o abalo psicológico vivenciado pela demandante, incumbe ao requerido o dever de indenizar. Ausência de prova segura e contundente de que a ação do demandado se deu em legítima defesa ou de que os conflitos entre o casal não passaram de desavenças normais da vida conjugal. Quantum indenizatório fixado em R\$ 3.000,00 que não merece redução em razão das circunstâncias do caso concreto, a gravidade do fato e o cunho punitivo-pedagógico da medida. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS- Recurso Cível Nº 71003680089, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 26/03/2013)

Na ementa em questão visualiza-se que a autora viveu relacionamento matrimonial abusivo em que era submetida a agressões físicas e psíquicas, afrontando o dever conjugal de respeito e consideração mútua, tais fatos levaram, inclusive, que a mesma procurasse a justiça para conseguir o afastamento do réu do lar, bem como requerer ao mesmo o dever de indenizá-la pela violência doméstica, e transtornos psíquicos sofridos. O réu por sua vez tentou recorrer, mas não existia provas que o mesmo usou de violência para se defender, e que os conflitos eram normais de um relacionamento matrimonial.

A relatora julgou o recurso do réu como improcedente, pois as provas que estavam atreladas ao processo inicial eram bem robustas, a iniciar pelo afastamento do cônjuge do lar, que ocorreu em função de determinação judicial, onde se tem a narrativa de violência impetrada contra a ex-cônjuge. Contrariamente, o réu não conseguiu incluir nenhum fundamento que pudesse provar que as agressões eram justificáveis por legítima defesa e nenhum outro tipo de fundamentação que pudesse dar cabimento ao recurso pleiteado.

## CONCLUSÃO

A violência pode ser encarada como sinônimo de agressividade, tirania, intimidação, constrangimento e coação. A violência doméstica é a junção dos atos de violência quando o mesmo tem como cenário a entidade familiar ou acontece no âmbito domiciliar. As estatísticas

mostram que a violência doméstica infelizmente está presente em muitos lares no Brasil trazendo dor e traumas.

Torna-se evidente que com o advento da Lei Maria da Penha houve um grande avanço no combate e prevenção da violência doméstica contra a mulher, visto que a mesma é um problema que atinge a sociedade sem distinção de raça, gênero, ou status financeiros. Apesar desse avanço observa-se que por ser uma Lei relativamente recente é necessário que os mecanismos de coibição e prevenção sejam implantados de forma a tornar eficiente a sua aplicação. Além disso, é necessário a conscientização da mulher acerca dos seus direitos que estão contidos na mesma, de forma a beneficiar a vítima e penalizar com rigor o sujeito agressor.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a aplicação da lei 11.340/06 mais conhecida como Lei Maria da Penha, que com certeza alterou significativamente a estrutura e as práticas do Poder Judiciário brasileiro. Á partir da referida Lei, mudanças e melhorias foram implementadas no país com a criação e instalação de muitas varas ou juizados de competência exclusiva para ações referentes aos crimes previsto na Lei e decorrentes de todos os danos causados na violência contra as mulheres.

Após análise expositiva feita nesse estudo pode-se observar que a Lei Maria da Penha e todas as decorrentes inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, quando posta de forma reparadora proporcional ao dano causado, apresenta-se como instrumento eficaz capaz de promover a responsabilidade civil dentro da entidade familiar e com isto tratar de maneira efetiva os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma, se aplicado com efetividade na prática irá promover uma contingência do número de casos desta tipologia de violência.

Por fim, conclui-se que a Lei assegura à mulher o direito de ter uma vida sem discriminação e sem violência, mas importante reforçar que o Estado tem a responsabilidade de criar mecanismos e condições para que os seus posicionamentos sejam adequados e positivos trazendo uma segurança nas estruturas familiares.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm)> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Civil nº 0496466-49.2005.8.13.0625**. Relator: José Affonso da Costa Côrtes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. 10 abril de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=0496466-49.2005.8.13.0625&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>> Acesso em: 25 de maio de 2019

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Civil nº 71003680089**. Relator: Marta Borges Ortiz. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. 26 março de 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112606291/recurso-civel-71003680089-rs>> Acesso em: 21 de maio de 2019

CARDOSO, Simone Murta. **O Dano Moral entre Casais: Responsabilidade Civil nas relações afetivas**. 1ª ed. Belo Horizonte, Arraes, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. Ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLNA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 3.

GOMES, Alcir de Matos. **Discurso Jurídico, mulher e ideologia: uma análise da “Lei Maria da Penha”**. São Paulo: Cristal Indústria Gráfica, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016, v.5.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.043.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

TELES, Paula do Nascimento Barros González. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 14º Curso: Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres**. Emerj, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero\\_110.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf)> Acesso em: 28 de novembro de 2019.



**Coordenação:**

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Guilherme de Azevedo (UNISINOS)



## RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS E PLURALISMO JURÍDICO: INSTITUCIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE RELIGIOSA UNIÃO DO VEGETAL

**Heloísa Marinho Cunha**

Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (UFPB)

*Ainda sonho que o sol da Nova Era  
Coroando a grande esfera seja a Luz de um novo olhar  
(Adalberto Holanda/ Eliberto Barroncas)*

### INTRODUÇÃO

No livro VII da obra “A República”, Platão narra “O Mito da Caverna” que trata de um diálogo entre Glauco e Sócrates, em que este conta a história de alguns homens que viviam acorrentados desde a infância dentro de uma caverna. Nessa situação, eles só olhavam para a parede na frente deles, logo não enxergavam uns aos outros nem a si próprios.

Atrás deles, existia uma fogueira acesa que projetava na parede as sombras de estatuetas transportadas por homens que passavam fora da caverna. Essas “projeções distorcidas” eram o que os prisioneiros conheciam sobre o mundo. Certo dia, um deles se liberta das correntes e conhece uma realidade mais ampla, então decide voltar à caverna para narrar o fato aos demais. Contudo, eles não acreditam nele e revoltados com a “mentira” o matam.

Este artigo é iniciado com essa alegoria com intuito de que o(a) leitor(a)-pesquisador(a) se dispça de suas pré-concepções ou conceitos pré-determinados sobre o tema “o direito ao uso religioso do Chá *Ayahuasca*”, a fim de que fora da “caverna” alcancem o conhecimento científico sem que sofram interferências que distorçam o verdadeiro sentido a ser conquistado pela atitude científica (FURLAN, 2008).

O uso ritual da *Ayahuasca* é uma prática milenar que está ligada a uma grande variedade de tradições culturais. As instituições *ayahuasqueiras* históricas são aquelas cujos guias espirituais trouxeram o uso do Chá para os contextos urbanos, tais como, o Alto Santo do Mestre Irineu, a Barquinha do Mestre Daniel e a União do Vegetal Mestre Gabriel.

Dentre essas religiões *ayahuasqueiras*, o foco deste artigo é a União do Vegetal (UDV) que atua no Brasil há mais de 50 anos e hoje conta com 20 mil filiados em mais de 220 sedes instaladas no Brasil e no estrangeiro (CEBUDV, 2018). Durante os anos 1970 até os dias atuais, a UDV precisou lidar com ações hostis em diversas ocasiões por parte de instituições e indivíduos ligados a instâncias governamentais nacionais e internacionais.

Segundo Cittadino (2013) e Wolkmer (2001), a sociedade democrática contemporânea não é marcada pela homogeneidade e pela similitude, mas sim pela diferença e pelo desacordo. Assim,

a reinvenção das instituições jurídicas e políticas é importante para possibilitar a inserção de culturas encobertas e marginalizadas pelo processo até então hegemônico (LEAL; FAGUNDES, 2011). A corrente doutrinária do pluralismo jurídico proporciona o surgimento de uma juridicidade emancipatória que reconhece que o paradigma tradicional monista – o Direito estatal – é uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade (WOLKMER, 2001).

Diante disso, o objetivo desta pesquisa é identificar a atuação da sociedade religiosa União do Vegetal ao longo do processo de regulamentação do uso ritualístico religioso do Chá *Ayahuasca* no contexto brasileiro, assim sendo também verificar os entraves e as conquistas legais durante a internacionalização da UDV em 10 países (Estados Unidos, Canadá, Peru, Suíça, Espanha, Portugal, Itália, Austrália, Reino Unido e Holanda).

Este estudo priorizou a abordagem qualitativa, utilizando-se como instrumentos de coleta de dados: o levantamento documental e bibliográfico, cujo referencial teórico relativo ao “campo *ayahuasqueiro*” são Andrade (2002), Goulart (2004, 2008), Labate (2002, 2004, 2008), Macrae (2004, 2008), Melo (2012, 2013), Walsh (2017) e ao pluralismo jurídico são German (1993), Lyra (1987, 1992), Santos (2006, 2007), Sousa Júnior (1993, 1990, 1998, 2000), Warat (2004), Wolkmer (1991, 2001, 2006, 2007). Os pressupostos teórico-metodológicos deste estudo servem de base para a interpretação e análise dos dados.

Em relação a escolha desse tema, acredita-se em sua pertinência devido a sua relevância social, pois o debate sobre a trajetória da regulamentação do uso ritualístico religioso do Chá *Ayahuasca* pode possibilitar a desconstrução de alguns mitos do imaginário popular relacionados à *Ayahuasca* criados na maioria das vezes pela mídia sensacionalista que mais desinforma do que esclarece.

No âmbito jurídico, esse tema merece atenção e estudo no campo da liberdade religiosa como direito humano básico, visto que é um assunto de escassa bibliografia que envolve a vida de milhares de pessoas que, na prática sincera de suas religiões e culturas, ainda são estigmatizadas como usuárias de substâncias entorpecentes e drogas alucinógenas, sendo vítimas históricas de preconceito e de discriminação.

## **RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS: LIBERDADE RELIGIOSA E DIGNIDADE HUMANA**

O problema essencial dos Direitos Humanos (DHs)<sup>1</sup> não é a questão de justificá-los por meio de conceitos e de fundamentos, mas sim de protegê-los, de efetivá-los na sociedade (BOBBIO, 1992). Ademais, a criação de direitos não é suficiente para a afirmação dos valores humanos e da democracia, pois é importante também aprender a exigí-los, a cumpri-los e a reinventá-los (BENEVIDES, 1997).

A comunidade humana é constituída pela pluralidade de gênero, de etnia, de geração, de orientação sexual, de padrão físico-estético e de religião/ religiosidade, logo é fundamental uma convivência com respeito às singularidades e às escolhas de cada um, para que se efetive a dignidade humana e os direitos humanos.

A liberdade religiosa é um dos direitos fundamentais da humanidade, conforme afirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da qual o Brasil é signatário. No Brasil, a Constituição de 1988 tanto prevê a liberdade de escolha e de exercício da fé para as pessoas quanto garante o direito de não ter religião ou de ter convicções filosóficas que não estejam vinculadas a alguma religião.

---

<sup>1</sup> Deste momento em diante, usar-se-á a sigla DHs para se referir aos Direitos Humanos.



Contudo, esses dispositivos legais não impedem que hoje ainda ocorram casos de preconceito e intolerância religiosa no Brasil. Quando se fala em violência na sociedade brasileira, costuma-se associá-la apenas à física, porém há também a violência simbólica (agressões psicológicas, humilhações, constrangimentos) que é tão marcante quanto machucar o corpo, pois fere a alma, os sentimentos humanos. Nesse caso, há também uma violação aos direitos constitucionais, aos direitos humanos das vítimas.

Apesar da globalização, a vida política mundial ainda hoje é governada pelas concepções de Estado-Nação e monismo jurídico, respaldadas na homogeneização cultural e na centralização político-jurídica, que confrontam com os direitos das minorias étnico-raciais, de classe, religiosas, gênero etc. Essa divergência gera tanto a perseguição quanto à resistência (FAJARDO, 1999). Um exemplo disso é a relação entre o Estado e as religiões *ayahuasqueiras*.

A *Ayahuasca* - nome quéchua de origem inca significa “cipó de mortos” – é um sacramento de origem milenar feito a partir da decocção de dois vegetais de origem amazônica: os pedaços macerados do cipó *Banisteriopsis caapi* (jagube ou mariri) unidos às folhas do arbusto *Psychotria viridis* (chacrona ou rainha).

A interação sinérgica entre as substâncias químicas contidas no mariri e na chacrona proporciona que o organismo humano entre no chamado Estado Ampliado de Consciência (EAC)<sup>2</sup>. No mariri, encontram-se as betacarbolinas (harmina, harmalina e tetrahydroarmina) que são inibidoras da monoaminoxidase (MAO), enquanto que nas folhas da chacrona são encontradas as moléculas de dimetiltriptamina (DMT), principal substância responsável pelos efeitos psicoativos do Chá (WALSH NETTO, 2017).

A DMT é uma substância psicoativa que tem efeito curto e intenso que está presente naturalmente no organismo humano e também em algumas plantas e animais. Acredita-se que a fonte da DMT é a glândula pineal, um minúsculo órgão situado no centro do cérebro. A última forma de aumentar a produção de DMT na glândula pineal é por meio de defeito nas enzimas MAO, que são responsáveis pela degradação do DMT no organismo (STRASSMAN, 2013).

No fígado e no intestino humano, existem as MAOs que degradam a DMT quando esta é ingerida oralmente. Contudo, quando se bebe o Chá *Ayahuasca*, a ação das betacarbolinas contidas no mariri inibem as MAOs contidas no fígado e no intestino, proporcionando que a DMT contida na chacrona entre na corrente sanguínea e chegue até a barreira sanguínea do cérebro ativando a glândula pineal e proporcionando a pessoa o EAC (WALSH NETTO, 2017).

O Chá *Ayahuasca* é utilizado por diversos grupos indígenas por toda a Amazônia, assim como por xamãs mestiços (chamados "vegetalistas") e por religiões e grupos independentes no Brasil. O uso desse Chá remonta às tradições imemoriais indígenas, especialmente nas regiões do sudoeste amazônico.

Desde 1930 vem ocupando lugar central nos rituais das matrizes religiosas *ayahuasqueiras*, tais como, Alto Santo (Mestre Irineu), Barquinha (Mestre Daniel), União do Vegetal (Mestre Gabriel) e Santo Daime/ICEFLU (dissidência do Alto Santo, fundado por Sebastião Mota).

Existem mais de 40 nomenclaturas para denominar o Chá, destacando-se entre as matrizes religiosas *ayahuasqueiras* as seguintes expressões mais conhecidas: *vegetal* ou *hoasca* para os membros da União do Vegetal (UDV) e *daime* junto aos adeptos do Alto Santo, da Barquinha e do Santo Daime (OLIVEIRA, 2007).

---

<sup>2</sup> A expressão Estado Ampliado de Consciência era utilizada pelo micólogo Robert Gordon Wasson (2013) em contrapartida a Estados Alterados de Consciência. Wasson acreditava que esta última era uma expressão preconceituosa, visto que abria uma janela para uma interpretação patológica da experiência.

O presente artigo foi dividido basicamente em duas partes. Na primeira, abordou-se o início das perseguições das autoridades públicas à UDV antes do desencarne de José Gabriel da Costa, em setembro de 1971. Na segunda parte, tratou-se dos inúmeros momentos em que a UDV precisou lidar com a hostilidade de instituições e indivíduos ligados a instâncias governamentais durante os anos 1970 e 1980.

É importante salientar que a proposta da presente pesquisa é mais ampla e profunda, pois pretende também analisar os casos emblemáticos de proibição do uso do Chá *Ayahuasca* nos Estados Unidos (1999), Espanha (2016) e mais recentemente na Holanda (2019). Além disso, abordar a continuação da luta pelo processo de legalização do uso ritualístico religioso do Chá *Ayahuasca* nos anos 2000 no contexto de desafios institucionais.

## **PRIMEIRAS REAÇÕES DE AUTORIDADES PÚBLICAS À SOCIEDADE RELIGIOSA UNIÃO DO VEGETAL NO BRASIL**

A União do Vegetal (UDV) é uma religião de fundamentação cristã e reencarnacionista que usa em seu ritual o Chá *Ayahuasca* (também conhecido como *hoasca* ou *vegetal*) para efeito de concentração mental como mecanismo de evolução do ser humano no sentido espiritual, moral, material e intelectual, sem distinção de raça, sexo, credo, condição social ou nacionalidade.

A UDV foi criada em 22 de julho de 1961 no seringal Sunta, em plena Floresta Amazônica por um caboclo simples e fraterno, detentor de grande sabedoria chamado José Gabriel da Costa, mais conhecido por Mestre Gabriel, com objetivo de “fazer uma paz no mundo”, conforme ele dizia aos seus discípulos. Em janeiro de 1965, Mestre Gabriel e sua família se mudam para a cidade de Porto Velho, onde se inicia uma nova fase dessa religião.

A UDV chega à cidade de Porto Velho no auge da ditadura militar brasileira. Nesse período, uma reunião com mais de dez pessoas sem autorização do secretário de segurança era vista como subversiva e perigosa. Na época, Mestre Gabriel e seus discípulos foram perseguidos pela polícia, até o momento em que ele foi preso, acusado de estar distribuindo um chá “entorpecente” e de praticar charlatanismo (WALSH NETTO, 2017).

No Brasil, as primeiras perseguições a essas religiões pelo Estado tiveram uma natureza policialesca com base em estigmas meramente culturais, de raça e de classe, pois os seus adeptos – em sua maioria – eram migrantes nordestinos pobres, seringueiros, negro-mestiços, cuja prática religiosa não católica era confundida com práticas de feitiçaria e de charlatanismo. Tudo isso mecanismos institucionais de estigmatização e de perseguição das comunidades negras e indígenas brasileiras (FAGUNDES, 2013).

Em outubro de 1967, após ser posto em liberdade, Mestre Gabriel retorna a sua residência e decide junto com seus discípulos registrar e organizar a UDV enquanto instituição religiosa, a fim de ter os direitos de liberdade religiosa assegurados e, assim, funcionar livremente. Em 1968, a UDV foi registrada em cartório como Associação Beneficente União do Vegetal, cujos Estatutos foram publicados no jornal Alto Madeira (Porto Velho – RO), tornando-se depois o primeiro Estatuto da religião UDV<sup>3</sup>, registrado em cartório.

Essa atitude revela que o direito à liberdade religiosa dos adeptos da UDV de se manifestarem em sua religião e serem respeitados dependeu de um registro em cartório, ou seja, uma formalização jurídica para se tornarem sujeitos de direitos aos moldes compreendidos pelo Estado, para que assim acessassem direitos. Em um primeiro momento, isso pode ser visto como

---

<sup>3</sup> Este primeiro estatuto trazia a organização e a graduação hierárquica da UDV com a divisão dos sócios em três categorias: mestres, conselheiros e discípulos.

contraditório, pois o artigo 150, parágrafo 5º da Constituição de 1967 garante a igualdade entre os cidadãos em relação à questão da liberdade religiosa ao afirmar que “é plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (REIMER, 2013, p. 70).

Contudo, na realidade, há uma intolerância religiosa, visto que as religiões *ayahuasqueiras*, assim como as de matriz africana, por sua forma de culto, muitas vezes incorreram em caso de polícia por não se adequarem aos conceitos de ordem pública e até bons costumes. Isso significa que quando as normas jurídicas - advindas da compreensão monista do Direito estatal - tratam o “sujeito de direito” de forma genérica e objetiva não acompanham o ritmo das transformações sociais que desencadeiam construções coletivas de cidadanias (CITTADINO, 2013; WOLKMER, 2001).

Portanto, é importante a reinvenção das instituições jurídicas e políticas para possibilitar a inserção de culturas encobertas e marginalizadas pelo processo até então hegemônico (LEAL; FAGUNDES, 2011). O pluralismo jurídico é uma corrente doutrinária que procura dar visibilidade a tradições culturais não convencionais oriundas do território latino-americano colonizado a exemplo das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras especificamente a sociedade religiosa União do Vegetal, tema central deste artigo.

Em 1970, aproximadamente dois anos após seu registro, a UDV sofreu novamente uma forte perseguição pelas autoridades. O senhor Rodolfo Menezes Ruiz – chefe de polícia do então Território Federal de Rondônia – determinou verbalmente o fechamento da associação, agora a justificativa para a intolerância religiosa foi de que o Chá *Ayahuasca* era um alucinógeno, entorpecente, uma “droga” (WALSH NETTO, 2017).

Nessa época, o uso ritualístico-religioso da *Ayahuasca* estava inserido na política de “guerra às drogas” que o Estado brasileiro travava, incansavelmente, seguindo o modelo norte americano. A guerra às drogas tem a sua origem específica nos EUA no início do século XX, quando agremiações protestantes pressionam os EUA no sentido de proibir a produção, a venda e o consumo de substâncias psicoativas e do álcool. Isso porque consideravam as condutas dos usuários dessas substâncias inapropriadas para um cidadão americano, a partir disso a Lei Seca de 1919 é aprovada (FAGUNDES, 2013).

Na década de 1960, surge o movimento contracultura que se desenvolveu primeiro nos EUA e no Reino Unido e depois se espalhou por grande parte do mundo ocidental. Esse movimento criticava os valores da sociedade de consumo e a expansão da intervenção militar do governo dos EUA ao Vietnã. Ademais, favoreceu a popularização do LSD, do cogumelo, do peiote entre outras drogas. Nesse contexto, surge a Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961 (emendada em 1971) com a finalidade de aumentar o controle sobre o comércio legal de drogas psicoativas para uso médico e intensificar o combate ao tráfico e cultivos ilícitos (LOPES, 2017).

Diante do potencial revolucionário do movimento contracultura, os EUA preocupados anunciam a guerra às drogas através de uma declaração pública em 1971 do presidente norte americano, Richard Nixon, ao dizer que as drogas “é o inimigo público número um dos EUA”, ignorando as inúmeras pesquisas realizadas na área médica com psicoativos assim como estudos etnofarmacológicos, antropológicos e sociológicos (WALSH NETTO, 2017).

No Brasil, a partir de 1964 com o regime militar, o aspecto bélico foi configurado na erradicação do consumo de drogas. Ademais,

Revestido do lema de que o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil, o instrumento ideológico de controle foi elaborado pela ESG (Escola Superior de Guerra), com a colaboração da Missão Militar Americana. Assim, modelou-se a Doutrina de

Segurança Nacional, a qual estabeleceu os inimigos internos, associados aos comunistas, que mais tarde se deslocariam para uma nova categoria de inimigos internos: os traficantes de drogas. Nesse diapasão, o Brasil passou a integrar o modelo de política criminal bélico [...] (PEDRINHA, 2008, p. 5492).

O regime militar brasileiro, influenciado pelo imperialismo norte americano, desencadeou inúmeros decretos e leis, com tendências repressoras e conservadoras, que

[...] após a aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes, pelo Decreto Nº 54.216 de 1964, a adesão belicista passou a ser plena, com a expansão da repressão. Em 1968, logo após o Ato Institucional Nº 5, o Decreto Nº 385 modificou o artigo 281 do Código Penal, acrescentou outros verbos criminalizadores. O Decreto-lei Nº 753 de 1969 reforçou a fiscalização (CARVALHO apud PEDRINHA, 2008).

Esse arcabouço jurídico internacional e nacional repressivo influenciou em 1970 o senhor Rodolfo Menezes Ruiz ordenar o fechamento da UDV, gerando a reação dos membros da UDV, através da contratação de um advogado, o senhor Jerônimo Garcia de Santana, que

[...] impetrou um mandado de segurança para garantir que a UDV continuasse tendo o direito de exercer o seu culto, inclusive, constando nos autos do processo as acusações e ameaças que o chefe de polícia fez ao Mestre Gabriel e o fato de que ele se recusou a emitir documento por escrito (FABIANO, 2012 apud WALSH NETTO, 2017, p. 263).

Após vencer a causa, os membros da UDV foram orientados a elaborar um novo estatuto que falasse explicitamente do uso do Chá *Ayahuasca*, além de transformar, no dia 19 de junho de 1971, o nome da instituição religiosa de Associação Beneficente para Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (CEBUDV), atual denominação desta instituição religiosa (SOARES; MOURA, 2011).

Embora a perseguição policial tenha terminado, em julho de 1971, a UDV sofreu duras críticas do Bispo de Porto Velho, João Batista Pontes, em um sermão proferido durante uma missa de domingo. Nesse sermão, o Bispo disse que a UDV era uma religião do Satanás e que ministrava um Chá entorpecente às pessoas. Essa afirmação motivou o Mestre Gabriel dar uma resposta à sociedade, através de um artigo, intitulado “Velando enquanto Dorme”, publicado no jornal “O Guaporé” no dia 16 de julho de 1971. O artigo frisa que o Chá *Ayahuasca* até aquele momento não tinha sido comprovado quimicamente como uma substância entorpecente

E mesmo pela Constituição Brasileira, de 24 – 1 – 1967, no parágrafo 5 do artigo 150, a União do Vegetal, tem seus princípios religiosos, baseados dentro da mesma Constituição e combate ao uso de entorpecentes a partir da bebida alcoólica, e ainda outros vícios prejudiciais à saúde humana. (WALSH NETTO, 2017, p. 267).

Esse trecho também esclarece que a UDV combate o uso de entorpecentes, conforme a Lei de Tóxicos de 1938 vigente naquela época, ou seja, as substâncias proibidas na lei nunca foram usadas no ritual da UDV e, inclusive, o uso legalizado de álcool e tabaco foi combatido pelo Mestre Gabriel. Após essas perseguições, só a partir da década de 1980, a UDV enfrentaria novos desafios diante da tentativa de proibição do Chá *Ayahuasca* pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN).

## **A TENTATIVA DE PROIBIÇÃO DO USO DO CHÁ AYAHUASCA PELO CONFEN NA DÉCADA DE 1980**

No início da década de 1980, surgem profundos desafios para a UDV, pois em 1982 ocorre a transferência da Sede Geral de Porto Velho para Brasília e a UDV já havia se expandido de Porto Velho a Manaus, São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro e alguns estados do Nordeste. Nessa nova fase, houve uma necessidade de organização e de criação de departamentos, ou seja, uma aceleração

no processo de institucionalização do CEBUDV devido à tentativa real de proibição do Chá *Ayahuasca* por meio de um órgão do Governo.

No dia 3 de abril de 1985, a Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED) publicou a Portaria DIMED nº 2/85 que incluiu o cipó Mariri (*Banisteriopsis caapi*) na lista de psicotrópicos de uso proibido no Brasil, alegando que o mesmo continha DMT (dimetiltriptamina). Na verdade, tratava-se de um equívoco, pois a DMT está contida na folha da Chacrona (*Psychotria viridis*) (FACUNDES, 2013; BERNADINO-COSTA, 2011).

Só alguns meses depois, o CEBUDV soube da proibição da circulação das plantas e do Chá *Ayahuasca*, a partir de uma Instrução Normativa da Receita Federal. De acordo com o advogado do CEBUDV, Luís Felipe Belmonte dos Santos, em entrevista:

Nós fomos ver o que era e descobrimos que [...] é preciso ver se teve algum estudo do CONFEN, porque a DIMED não poderia jamais colocar (uma planta ou medicamento na lista de substâncias proscritas) porque ela não tem o poder de examinar e sim apenas de declarar (a proibição). Quem examina a substância é o CONFEN e o que a DIMED fez não foi por causa do chá, foi pelo uso de *cannabis* em um determinado local (outra religião *ayahuasqueira*) a pedido do Ministério da Aeronáutica (SANTOS *apud* WALSH NETTO, 2017, p. 287).

Nesse período, ainda regime militar, o Ministério da Aeronáutica, após descobrir um plantio de *cannabis* na Vila Céu do Mapiá<sup>4</sup>, solicitou ao DIMED a inclusão do cipó mariri ou do Chá obtido com ele, visto que a *cannabis* já estava listada como substância proscrita. Apesar da DIMED ter essa incumbência legal, para efeito de incidência criminal, conforme previsto na então vigente Lei de Entorpecentes, essa atitude das autoridades foi arbitrária, pois não foi realizado qualquer estudo acerca do efeito do Chá pelo CONFEN e proibiu o uso ritualístico religioso do Chá sem considerar a idoneidade dos demais grupos *ayahuasqueiros*.

Em 24 de junho de 1985, o CEBUD, por meio de seu representante legal, Luís Felipe Belmonte dos Santos, apresentou pedido ao CONFEN, para que o cipó *Banisteriopsis Caapi* (mariri) fosse excluído da lista de substâncias proscritas da DIMED. Ademais, ofereceu a colaboração com estudos científicos acerca do efeito do Chá sobre seus membros durante os rituais. Essa ação por parte da UDV resultou na criação pelo CONFEN de um Grupo de Trabalho (GT) para o exame da produção e consumo de substâncias derivadas das espécies *Banisteriopsis caapi* e *Psychotria viridis* em seus aspectos médicos, sociológicos, antropológicos e de saúde em geral (CONFEN, 1985).

Em 4 de fevereiro de 1986, o CONFEN - através da Resolução nº 06/86 – decidiu excluir o *Banisteriopsis caapi* da lista de substâncias proscritas, baseando-se no direito fundamental à liberdade religiosa. Essa decisão favoreceu a UDV e outros grupos *ayahuasqueiros* continuarem os seus ritos religiosos respaldados na legalidade. Entretanto, o GT continuou existindo e a decisão só foi publicada em agosto de 1992, com a inclusão de uma cláusula que previa o reexame da questão no caso da ocorrência de novos fatos (SÁ 1987, 1992).

Em 24 de novembro de 1991, a UDV juntamente com outros grupos *ayahuasqueiros* elaboraram e assinaram a “Carta de Princípios das Entidades Usuárias da *Ayahuasca*” com objetivo de estabelecer regras comuns entre as entidades *ayahuasqueiras*, a fim de assegurar o uso responsável do Chá. Em Rio Branco, em 1992, na I Conferência Internacional da *Ayahuasca*, essa Carta foi apresentada e oficializada com a presença apenas de sete das entidades religiosas *ayahuasqueiras* (LABATE, 2000). Nesse documento, destacam-se os seguintes pontos:

---

<sup>4</sup> Sede do CEFLURIS (Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra), fundado em 1974 por Sebastião Mota de Melo, após a passagem (falecimento) do Mestre Irineu.

[...] o uso do Chá fica restrito a rituais religiosos; vedado sua associação com substâncias proscritas; as entidades em face do desmatamento do *habitat* natural têm direito de plantar e cultivar os vegetais necessários para obtenção da bebida; as entidades religiosas se comprometem a não comercializar a *Ayahuasca* nem mesmo a seus adeptos; não fazer uso do Chá para promover cura (WALSH NETTO, 2017, p. 317).

No dia 11 de agosto de 1995, uma nova deliberação do CONFEN é publicada no Diário Oficial da União, aprovando por unanimidade um parecer que recomendava a interdição do uso do Chá para menores de idade e doentes mentais, em face de uma denúncia feita ao CONFEN pela mãe de uma jovem que frequentava à entidade CEFURIS. As consequências daquela ação atingiram as demais sociedades *ayahuasqueiras*.

Em 1996, a CEBUDV mais uma vez entrou com uma ação junto ao CONFEN solicitando o reexame da matéria, além de disponibilizar o acesso aos jovens menores de idade do Centro, para que fossem consultados, entrevistados e pesquisados. Contudo, em 8 de julho de 1997, o governo brasileiro publicou um novo parecer recomendando a “não utilização do chá por menores de 18 anos, mesmo que acompanhados dos pais ou responsáveis, qualquer que seja sua dosagem ou cerimônia” (SOARES, MOURA, 2011).

A partir de toda essa trajetória de resistência, percebe-se que há uma certa instabilidade na efetividade do direito à liberdade religiosa para as religiões *ayahuasqueiras*. A mudança de governo já era suficiente para proibir o uso do Chá *ayahuasca*, o que sempre mobilizava o CEBUDV a procurar as autoridades públicas para esclarecer a respeito do uso do Chá e do ritual religioso. Essa perseguição tinha o seu lado positivo, pois cada vez mais a UDV foi se organizando no âmbito interno, a fim de atender a irmandade do CEBUDV e ganhar a respeitabilidade perante o poder público.

Contudo, essa incerteza na efetividade de um direito humano – direito à liberdade de religião e de crença - garantido na Constituição Cidadã de 1988 e em tratados internacionais se enquadra na reflexão da chamada Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Nesse estudo, Luhmann observou que as normas constitucionais apresentam uma baixa efetividade para determinados grupos, concluindo com o conceito de “subcidadania” para os excluídos pela *alopoiense* do sistema. Na Teoria dos Sistemas de Luhmann, demonstra-se que o grau de politização da norma dos sistemas periféricos, tende a diminuir o grau de efetividade de determinados direitos para certos grupos da sociedade (NEVES, 2011).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de elaboração de políticas públicas das religiões *ayahuasqueiras* se assemelha ao de outras minorias religiosas, em especial às religiões afro-indígenas-brasileiras. Isso porque essas religiões passaram por constrangimentos semelhantes promovidos pelas autoridades públicas no final do século XX e início do século XXI.

Ao longo desse processo, as religiões *ayahuasqueiras* como também outras minorias religiosas tiveram o seu direito ao livre exercício dos cultos religiosos, mesmo quando garantido em normas jurídicas no âmbito nacional e internacional, condicionado e até mesmo restringido aos discursos de ordem policial, médica, judicial e científica. Ou seja, é notório o aumento da função político-valorativo em detrimento da função normativo-jurídico, logo se presta a fins outros que não o normativo-jurídico, o que implica na *alopoiense* no direito.

No primeiro momento, a resistência e o preconceito as religiões *ayahuasqueiras* na sociedade brasileira e conseqüentemente no campo jurídico estavam associados à origem social de seus adeptos – em sua maioria era pobre, mestiço e seringueiro. Esse fato pode ser

evidenciado claramente na religião *ayahuasqueira* da União do Vegetal, cujo fundador - Mestre Gabriel – resistiu ao racismo estrutural e à perseguição religiosa durante o regime militar brasileiro.

No segundo momento, o preconceito e até mesmo a proibição dos cultos religiosos *ayahuasqueiros* foram fundamentados na questão do uso do Chá *Ayahuasca* que era considerado como um “entorpecente”, uma droga pelas autoridades públicas e pela sociedade brasileira.

Apesar da expansão da UDV no âmbito nacional e internacional, existe ainda hoje uma forte resistência da cultura dominante ao uso do chá *ayahuasca* até mesmo no ambiente religioso por enxergá-lo como uma substância causadora de “alucinações”, por desconhecer os benefícios físicos e mentais de suas propriedades bioquímicas, pelo não reconhecimento de seu uso ritualístico religioso e principalmente pelo sensacionalismo da mídia.

## REFERÊNCIAS

BACON, F. ***Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza** / Nova Atlântida. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 3. ed.. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006.

CITTADINO, G.; DUTRA, D. C.. **Cosmopolitismo jurídico**: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 145-159, jan. /jun. 2013.

CITTADINO, G.. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA, J. B (org.). **Hoasca**: ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2011.

FACUNDES, J. A.. **Pluralismo, direito e ayahuasca: autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado**. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013.

FURLAN, R. **Uma revisão/discussão sobre a filosofia da ciência**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v12n24/02.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

LABATE, B. C. **A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos**. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), UNICAMP, Campinas, 2000.

LOPES, J. E. M. **América**: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro Revista Perspectivas em Políticas Públicas, Belo Horizonte, vol. X, n. 20, p. 141-170, jul/dez. 2017

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PEDRINHA, R. D. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil**: elementos para uma reflexão crítica. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Salvador/BA, 19-21 jun. 2008. Disponível em: [http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta\\_duboc\\_pedrinha.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf). Acesso em: 10 nov. 2019.

REIMER, H. **Liberdade religiosa na história e nas Constituições do Brasil**. São Leopoldo: Oikos, 2013.

SÁ, D. B. G. da S. (1987). **Relatório Final do Grupo de Trabalho**. Conselho Federal de Entorpecentes.

SÁ, D. B. G. da S. (1992). **Parecer**. Ministério da Justiça: Conselho Federal de Entorpecentes, 02 de junho.

WALSH NETTO, P.. **O exemplo na vida de quem prega**: uma análise do CEBUDV a partir dos seus Sócios. 2017. 502 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Sequência, Santa Catarina, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.



# A VULNERABILIDADE DOS USUÁRIOS DO SUS ACERCA DOS SERVIÇOS DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA: ABORDAGEM SEGUNDO A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO

**Itanaina Lemos Rechmann**

Especialista em Direito Público (UNIFACS). Advogada (Borel & Prates Advogados Associados).

**Thayná Andrade Magalhães**

Especialista em Direito Público (UNIFACS). Assessora na Procuradoria do Município de Lauro de Freitas-BA (PGM).

## INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 – CF/1988, reconhecendo a saúde como um direito de todos e dever do Estado, a assistência pública à saúde deixou de ser apenas para os trabalhadores vinculados à previdência social e passou a ser ofertada para todos os cidadãos, segundo o princípio da universalização, consagrando um novo modelo de pensar a saúde pública brasileira, partindo do modelo sanitário exclusivista de determinada parcela da sociedade para o modelo democrático, com acesso gratuito, universal e integral.

Ao Estado, portanto, coube, a partir desse novo modelo, garantir o direito fundamental à saúde mediante políticas públicas de promoção, prevenção e recuperação, surgindo, assim, o Sistema Único de Saúde – SUS com vistas à concretização da promessa de acesso democrático à saúde pública, nos termos da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamentada pelo Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011.

Visando, pois, à garantia do acesso integral, universal e gratuito à saúde, o SUS compreende ações e serviços os quais englobam a atenção básica, média e especializada (de alta complexidade), bem como urgência e emergência, atenção hospitalar, vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental e assistência farmacêutica.

Especialmente em relação aos serviços de atenção especializada, os usuários apresentam a necessidade de cuidados diferenciados os quais implicam a utilização de profissionais e tecnologias especializados, encarecendo, assim, a atenção a ser prestada.

Diante do alto custo a que podem estar associados os serviços de atenção especializada, e segundo a diretriz do Ministério da Saúde de que as tecnologias ofertadas deverão ser utilizadas em economia de escala, ou seja, segundo uma relação custo-benefício, a partir da hierarquização e regionalização daquelas, os pacientes ficam à mercê da alocação de recursos e à espera da efetiva prestação dos serviços, os quais, por vezes, não são prestados ou não o são de forma satisfatória/adequada.

Vê-se, portanto, que o acesso aos serviços de atenção especializada no SUS encontra-se fragilizado nos âmbitos político e econômico, não estando imune à desigualdade social e à iniquidade do acesso à saúde, que se acentuam com a desproporção entre a demanda e a oferta de serviços; os custos com a prestação da assistência especializada; e a ausência de informação adequada aos usuários.

Diante dessa constatação, e à luz da bioética da proteção, propõe-se com o presente trabalho refletir acerca da vulnerabilidade das populações que não têm acesso ao adequado serviço público de saúde, sobretudo em áreas de alta complexidade.

A bioética da proteção permite, portanto, repensar a (i)moralidade na prestação pública do direito à saúde, com vistas ao acesso equitativo aos serviços de atenção especializada, de modo a trazer o usuário do serviço público sanitário para dentro do processo de tomada de decisões em saúde pública, em consonância com o princípio da participação da comunidade, uma das diretrizes do SUS.

## **A ORGANIZAÇÃO DO SUS SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA REGIONALIZAÇÃO E DA HIERARQUIZAÇÃO**

A saúde passou por um processo de evolução do seu referencial teórico e valorativo até alcançar a forma estampada na CF/1988, precisamente no artigo 196, de direito subjetivo e dever do Estado.

Isso porque a história remonta a inabilidade do Estado para tratar da saúde dos seus cidadãos. No contexto imperial, a saúde se revelou discriminatória à parcela de doentes e incapaz de atender às epidemias, inexistindo no texto da Constituição Imperial dispositivos relacionados à saúde.

Prosseguindo para a República Velha (1889-1930), destacou-se certa omissão do poder público, haja vista preponderar na época o caráter liberal de Estado, não sendo ainda revelada a saúde como uma questão social. Em que pese a criação das caixas de aposentadoria e pensões e os institutos de previdência, a assistência sanitária não visava o acesso universal ao sistema, de modo que o trabalhador sem carteira de trabalho ficava desassistido pelo Estado, dependente da caridade e filantropia (PICORELLI, 2019, p. 3).

A partir da CF/1934, passou-se a prever a competência federal para cuidar da saúde, por meio de normas gerais sobre a matéria, perfazendo a atuação do Estado de modo unilateral, porquanto as ações centralizavam-se no ente federal (FURLANETO, 2011, p. 188).

Em 1946, a constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS contribuiu para inserir no âmbito internacional, mesmo que de forma remota, uma concepção embrionária da saúde como um sistema, o qual exige cooperação entre o Estado e os indivíduos.

Nesse mesmo panorama de descentralização e democratização do sistema de saúde, em 1986 explodiu a chamada reforma sanitária, por meio da VIII Conferência Nacional de Saúde, cuja participação contou com entidades comunitárias, profissionais e estudantes da área de saúde, desaguando na implantação do SUS (ALVES, 2014, 61).

Por meio das discussões experimentadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, no Brasil, a partir da CF/1988 o texto positivado libertou-se da restrição da prestação da saúde apenas àqueles que contribuíam para a previdência social, inovando no mundo jurídico brasileiro a concepção de sistema público de saúde para todos, abarcando não somente o viés da saúde como ausência de doenças, como também a sua promoção, proteção e reabilitação, e a saúde como qualidade de vida, devendo ser esse sistema descentralizado, municipalizado e com participação popular garantida (BRASIL, 2009).

O SUS encontra-se regulado principalmente por meio da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições, a organização e o funcionamento dos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como por meio da Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre o modo de participação dos indivíduos na gestão do SUS e sobre o seu financiamento.

A saúde tratada no Brasil como “sistema” encontra-se diretamente relacionada ao objetivo de organizar ações e serviços de assistência em conformidade à integralidade, igualdade e participação da comunidade, como previsto no artigo 198 da CF/1988. A fim de atingir esse

objetivo, a Lei n.º 8.080/1990 estabeleceu a regionalização e hierarquização como princípios organizativos desse sistema.

De acordo com o Ministério da Saúde, organizar o sistema de saúde de forma regionalizada compreende “[...] disponibilizar os serviços sanitários mediante níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos e com definição e conhecimento da população a ser atendida” (BRASIL, 2017).

O objetivo de regionalizar o sistema sanitário é garantir o acesso, a resolução, a integralidade e qualidade dos serviços à população, reduzir as desigualdades territoriais de acesso à saúde e otimizar os recursos com redução de despesas (BRASIL, 2009, p. 203).

A hierarquização, por sua vez, relaciona-se diretamente com as formas de acesso aos serviços pela população de acordo com a descentralização política-administrativa de cada esfera de governo, ocasionando a divisão em níveis de complexidade de atendimento e de recursos disponíveis para cada região (BRASIL, 2017).

Não à toa as ações e os serviços de saúde que compõe o SUS são amplos, englobando atenção primária, média e alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológicas, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica, todos eles geridos de forma solidária e participativa entre a União, os Estados e os Municípios (BRASIL, 2017).

A atenção primária é o primeiro nível de acesso ao serviço público de saúde e equivale ao grupo de ações que visam prevenir doenças, promover o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde de forma integral, utilizando de tecnologias de baixa densidade (BRASIL, 2011).

Como os procedimentos de saúde não se esgotam na atenção primária, são ofertados à população os níveis de serviços de média e alta complexidade, sendo de média complexidade os serviços que demandam a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos para diagnóstico e tratamento, a exemplo de cirurgias ambulatoriais, procedimentos trauma-ortopédicos, radiodiagnóstico, ultrassonografia, anestesia, prótese, e de alta complexidade aqueles serviços que envolvem alta tecnologia e alto custo, como assistência ao paciente oncológico, ao portador de doença renal crônica, cirurgias vasculares e cardiovasculares, neurocirurgias, entre outros (BRASIL, 2011, p.11-12).

Apesar de a nova roupagem dada pela CF/1988 à saúde fincar as bases para um melhor aproveitamento das políticas públicas sanitárias, por meios dos princípios da regionalização e hierarquização, permanecem os desafios sobre como executá-las, mormente em razão da desigualdade de acesso e da ausência de informação adequada dos seus usuários.

Torna-se, portanto, basilar investir na consciência de cada cidadão no sentido de que a saúde é de interesse de todos, fomentando o envolvimento da comunidade nos assuntos de gestão e controle do SUS, em consonância com o princípio da participação popular, uma das diretrizes do SUS, a seguir abordado.

## **A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO SUS**

Embora o SUS tenha sido instituído a partir da CF/1988, e regulamentado na década de 90, deve-se observar que a criação do Conselho Nacional de Saúde – CNS é anterior, datando de 1937, por meio da Lei n.º 378, de 13 de janeiro de 1937, sendo, juntamente com o Conselho Nacional de Educação, órgão de cooperação, assistindo ao então Ministério da Educação e Saúde Pública.

Em um primeiro momento, portanto, o CNS limitava-se às questões internas, haja vista que “O Estado não oferecia assistência médica integral à população, a não ser em casos especiais, como tuberculose, hanseníase e doença mental” (BRASIL, 2019, p. 2).

Quando do seu regulamento, por meio do Decreto n.º 34.347, de 08 de abril de 1954, que aprovou o regimento interno do CNS, este passou a ser órgão do Ministério da Saúde – que a esta altura já tinha se dissociado do Ministério da Educação –, com a “[...] finalidade de assistir o Ministro de Estado na determinação das bases gerais dos programas de proteção à saúde” (artigo 1º do Decreto n.º 34.347/1954).

Os membros do CNS eram designados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado, devendo entre eles possuir pessoas de notória capacidade em assuntos relativos à saúde (artigo 2º do Decreto n.º 34.347/1954).

Já pela década de 1970, e com a onda do movimento de reforma sanitária no Brasil, o CNS teve sua atuação ampliada, passando a “[...] examinar e emitir parecer sobre questões ou problemas relativos à promoção, proteção e recuperação da saúde, que sejam submetidas à sua apreciação pelo Ministro de Estado [...]” (artigo 1º do Decreto n.º 67.300/1970).

Finalmente, na década de 1990, já com o novo modelo de saúde proposto a partir da criação do SUS, na CF/1988, com vistas ao acesso democrático à saúde, novas atribuições foram acarretadas ao CNS, que passou a ter mais membros, incluindo usuários (50%), trabalhadores da saúde, gestores e prestadores de serviços de saúde – estes somando os outros 50% (BRASIL, 2019, p. 2).

A Lei n.º 8.080/1990, em seu artigo 7º, VIII, ao dispor “[...] sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes [...]”, trouxe como um dos princípios do SUS a participação da comunidade nas ações e serviços de saúde.

Na sequência, a Lei n.º 8.142/1990, ao dispor sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, instituiu as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde como efetivas instâncias de controle social, porquanto funcionam como verdadeiros instrumentos de ação, de interlocução e de influência popular na gestão do SUS, aperfeiçoando o controle social por meio da fiscalização, do fornecimento de informações e da reivindicação do cumprimento de políticas públicas (BRASIL, 2019, p. 2).

A Conferência de Saúde deverá se reunir a cada quatro anos para avaliar a situação da saúde, propondo diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, com a representação de vários segmentos sociais, e será convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde (artigo 1º, §1º, da Lei n.º 8.142/1990).

O Conselho de Saúde, por sua vez, é um órgão colegiado de caráter deliberativo e permanente que atua na formação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na respectiva instância, inclusive no que diz respeito aos aspectos econômicos e financeiros. O Conselho de Saúde, enquanto órgão colegiado, é composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, e suas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (artigo 1º, §2º, da Lei n.º 8.142/1990).

Além das pessoas já citadas, o CNS também é integrado por “[...] movimentos sociais, instituições governamentais e não-governamentais, entidades de profissionais de saúde, comunidade científica, entidades de prestadores de serviço e entidades empresariais da área da saúde”. Essa multiplicidade de atores no CNS já permite inferir a razão dele ser chamado de

controle social na saúde, uma vez que, ao fiscalizar, acompanhar e monitorar as políticas públicas de saúde, leva as demandas da população ao Poder Público (BRASIL, 2019, p. 1).

Como se vê, a participação popular e o controle social no SUS encontram-se legalmente assegurados em diversas legislações no ordenamento jurídico pátrio. Nada obstante, o usuário do SUS ainda se encontra em posição de vulnerabilidade no contexto da saúde pública, quer seja pela falta de acesso ou acesso tardio a medicamentos e tratamentos de alto custo, quer seja por questões burocráticas associadas à prestação da saúde no SUS.

## **A VULNERABILIDADE NO CONTEXTO DA SAÚDE PÚBLICA À LUZ DA BIOÉTICA DA PROTEÇÃO**

A CF/1988 estampa uma concepção ampla sobre saúde, uma vez que perpassa pelas ideias de ausência de doença, de prevenção da enfermidade, ao tempo em que relaciona a noção de saúde a qualidade de vida, de modo que a saúde pública se preocupa “[...] com a saúde e o bem-estar de indivíduos e populações de humanos, considerados em seus contextos (ou ambientes) naturais, tecnológicos, sociais e culturais), e relacionamos com a cultura dos direitos humanos [...]” (SCHRAMM, 2017, p. 1533).

Nota-se que pensar acerca de saúde é voltar-se de forma inconsciente para a doença, seja de modo a preveni-la, seja para revertê-la, ou para de alguma forma alcançar o bem-estar, reconhecendo-se a existência de que grupos em situação socioeconômica precária está mais propício a desenvolver doenças, inclusive em nível incapacitante, e, de forma inversamente proporcional, têm menor acesso aos cuidados de saúde os quais, quando prestados, têm a qualidade questionada (LORENZO, 2006, p. 300).

A proteção ao indivíduo vulnerado ou suscetível pode ser concebida, portanto, em duas dimensões: negativa e positiva:

(1) uma proteção “negativa”, entendida como conjunto de medidas de prevenção contra o adoecimento e as ameaças em geral que afetam (ou podem afetar) a qualidade de vida de uma população de indivíduos humanos;

(2) uma proteção “positiva”, entendida como aquilo que “promove” e favorece o autodesenvolvimento humano, e que é uma condição necessária para o exercício de sua autonomia (SCHRAMM, 2017, p. 1536).

Gadamer (2006, p. 113-114) ensina que o estado de falta, de desarmonia, de desequilíbrio, de perturbação até o restabelecimento do equilíbrio vital transfere à noção de saúde um caráter oculto, que varia e se revela em cada indivíduo a partir das suas condições biológicas e ambientais.

Por certo, o estado de desarmonia vital citada pelo referido autor é capaz de colocar o sujeito na condição de vulnerabilidade, o que abarca o sentido etimológico da “susceptibilidade de ser ferido” (NEVES, 2006, p. 158), seja pelo estado de debilidade física e emocional em razão da doença, como também em razão do indivíduo se encontrar no estado de dependência do amparo estatal e da família para o tratamento da enfermidade até a recuperação e promoção do seu bem-estar e, por fim, pela ausência de informação e de domínio da técnica para, por si só, enfrentar a doença.

Precisamente no contexto da saúde pública, a vulnerabilidade pode ser conceituada da seguinte forma: “[...] o estado de sujeitos e comunidades nos quais a estrutura de vida cotidiana, determinada por fatores históricos ou circunstanciais momentâneos têm influência negativa sobre os fatores determinantes e condicionante de saúde” (LORENZO, 2006, p. 300).

Com base neste conceito, a redução da vulnerabilidade no contexto da saúde pública, portanto, depende, necessariamente, da formulação e da implementação de políticas públicas que

combatam as desigualdades sociais, visando reduzi-las. Essas políticas públicas deverão, ainda, contemplar a saúde nas dimensões de promoção, proteção e recuperação (LORENZO, 2006, p. 300-301) e, inclua-se, a prevenção.

Para tanto, as políticas públicas deverão ser desenvolvidas segundo, ao menos, quatro fases: “1) reconhecimento de uma demanda social; 2) tomada de decisão para execução de uma política pública dirigida àquela demanda; 3) planejamento das ações e cálculo de custo; 4) implementação, manutenção e supervisão da política em curso” (LORENZO, 2006, p. 303).

Sem dúvida são vários e amplos os desafios enfrentados pelos Poderes Executivo e Legislativo a fim de tornar real a previsão no texto constitucional acerca da redução de riscos, proteção, promoção e recuperação da saúde, de forma universal, gratuita e integral, mormente porque os recursos necessários para manter e gerir o sistema de saúde idealizado pela CF/1988 são finitos, contrapondo-se a insaciabilidade das necessidades humanas.

Um desses desafios é o desenvolvimento de estratégias, pelos planejadores e gestores das políticas públicas de saúde, na busca ativa de demandas sociais, uma vez que os grupos vulneráveis têm dificuldade para organizar-se e reivindicar o atendimento às suas demandas (LORENZO, 2006, p. 304-305).

Outro desafio (e que será tratado com mais vagar no capítulo seguinte) tem a ver com o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo pelo Poder Público, sendo por vezes tardio ou inexistente esse fornecimento em virtude de questões burocráticas associadas à prestação da saúde no SUS. É o que pondera Têmis Limberger (2010, p.222) no que diz respeito à estrutura burocrática capaz de tornar a prestação sanitária algo penoso e estressante:

É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via crucis” fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

É dentro desse contexto que a bioética volta a sua proteção ao tema da promoção da saúde pública, a fim de que as escolhas trágicas inafastáveis nas políticas públicas de saúde possuam legitimidade moral e social, por meio da equidade (SCHRAMM, 2017, p. 1531).

Em particular, a BP [Bioética da Proteção] pretende ocupar-se da moralidade das atividades práticas da SP [Saúde Pública], entendidas como pertencente ao campo amplo da biopolítica e que, no Brasil, devem ter em conta a proposta do Sistema Único de Saúde (SUS) que em princípio garante acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país, mas que deve confrontar-se com inúmeras críticas acerca das contradições e dilemas envolvidos na ação governamental efetiva no campo da saúde. Considerando que tais atividades devem ser geridas “pragmaticamente”, isto é, preocupando-se com os efeitos concretos – sobretudo os “daninhos” – que resultam da adoção de uma determinada política, e verificando se tais efeitos estão de acordo com a eficácia e a efetividade na realização de seus programas acerca da saúde e do bem-estar da população, e se são “sustentáveis” tanto do ponto de vista econômico e social como ambiental, sem esquecer que a saúde do mundo é indivisível e constitui um bem comum que é necessário e possível expandir em toda parte (SCHRAMM, 2016, p. 1532).

A Bioética da Proteção, portanto, permite uma “[...] reflexão ética sobre a justiça sanitária em situações de escassez”, de modo a exigir uma divisão equitativa de serviços sanitários disponíveis a todos, o que preleciona a seleção de parâmetros de distribuição dos recursos com adoção de critérios relacionados à justiça distributiva, cujos fundamentos traduzidos por Rawls

visam prestigiar em situações de escassez o interesse da maioria (SCHRAMM, 2017, p. 1533; RAWLS, 2008, p. 17-18).

A pretensão de acesso democrático ao SUS encontra-se diretamente relacionado com o ideal de macrojustiça uma vez que as escolhas que importam à saúde pública almejam alcançar o maior número de usuários desse sistema.

Ainda que trabalhem com a suposição da existência de um governo sensível às demandas sociais, com vontade e independência política para intervir e com honestidade no uso dos recursos próprios, a qualidade e eficiência das políticas estariam em relação de dependência com, ao menos, três outros aspectos do contexto sociopolítico: a) a quantidade e variabilidade de necessidades geradas pelos grupos vulneráveis; b) a incapacidade dos grupos mais vulneráveis em tornar visíveis suas necessidades; c) as exigências epistemológicas para a adequação da formulação e implantação das políticas públicas de saúde à diversidade cultural e às estruturas de vida cotidiana dos grupos alvos (LORENZO, 2006, P. 303-304).

Desse modo, o Estado deve adotar políticas públicas sanitárias capazes de garantir a oferta de serviços de modo eficiente; um corpo de profissionais de saúde atualizados e atentos ao atendimento humanizado; ampliar as redes credenciadas a fim de facilitar o acesso, a utilização de equipamentos modernos e o uso de tecnologia; viabilizar o financiamento de pesquisa na área sanitária, inclusive fomentando campanhas sanitárias sobre o que é o SUS e os serviços contemplados pela rede credenciada, bem como quais os procedimentos para acessá-la; implantar técnicas de gestão e financiamento que permitam reduzir a burocracia, viabilizando, assim, de forma crescente, a integração do sistema sanitário.

## **O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PELO PODER PÚBLICO**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, em 17/03/2010, acompanhando à unanimidade o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, estabeleceu, à época, a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação da saúde, asseverando o relator que o alto custo do tratamento ou do medicamento registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA não é capaz, por si só, de impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

O caso em questão referia-se a jovem de 21 (vinte e um) anos de idade portadora de doença neurodegenerativa rara cuja medicação prescrita foi o Zavesca (miglustat), tratamento orçado, à época, em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, tendo, nos autos, provas do estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento prescrito. Em que pese à época da concessão da tutela antecipada o medicamento não se encontrasse registrado na ANVISA, esta ocorreu posteriormente, no curso do processo.

A União argumentou que o medicamento não constava do Protocolo Clínico do SUS e que o uso do medicamento era ineficaz, o que também não prosperou, em virtude da ausência de comprovação da ineficácia do fármaco, considerando, inclusive, que este foi prescrito por médico habilitado e é recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos.

Eis que o tema da judicialização da saúde continua atual, diante, sobretudo, da morosidade estatal e da burocracia associada ao fornecimento do medicamento e/ou tratamento no contexto da Saúde Pública, de modo que comumente pacientes e familiares se socorrem do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, enquanto o ente federativo, não raras vezes, argumenta a existência de grave lesão à ordem e à economia em caso de prestações individuais no âmbito judicial, sobretudo diante do alto custo a que pode estar associado o medicamento e/ou

tratamento pretendido, discutindo-se até mesmo a possibilidade de o Estado ser obrigado judicialmente fornecer ou não o medicamento não registrado na ANVISA, bem como a responsabilidade dos entes na prestação da saúde.

Sobre o dever do Estado de fornecer medicamento não registrado na ANVISA (Tema 500), o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 22/05/2019 (acórdão divulgado em 24/10/2019), fixou a tese de que o Estado, via de regra, não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos experimentais, salvo se em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro, portanto ultrapassando em demasiado o prazo máximo de 90 (noventa) dias disposto na Lei n.º 13.411, de 28 de dezembro de 2016.

E mesmo em caso de mora irrazoável da ANVISA, ainda se faz necessária a presença de três requisitos, a saber: (i) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo quando se tratar de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Nesses casos de demandas envolvendo medicamentos sem registro na ANVISA, estas deverão ser propostas necessariamente em face da União. Foi a tese fixada a partir do *leading case* Recurso Extraordinário – RE 657718, originário de Minas Gerais, no qual a recorrente, Alcirene de Oliveira, pretendia, em face do Estado de Minas Gerais, o medicamento Mimpara 30mg (Cinacalcet), o qual veio a ser registrado pela ANVISA em 2013, posteriormente ao protocolo do recurso, em 19/09/2011.

Em 17/11/2011, a repercussão geral já havia sido reconhecida e em 18/12/2016, como o medicamento já estava, a esta altura, registrado na ANVISA, foi implementada medida acauteladora determinando o fornecimento do medicamento, no prazo de 48h (quarenta e oito horas), sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Apenas em outubro/2017, portanto quase um ano após o deferimento da medida liminar, foi que o Estado de Minas Gerais disponibilizou o medicamento. Antes, contudo, que a tese fosse fixada pelo STF, e o recurso fosse julgado, em 2019, a recorrente veio a óbito.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado na prestação da saúde, o Plenário do STF, por acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico divulgado em 03/06/2019, já tendo anteriormente reconhecido a repercussão geral no RE 855.178, originário de Sergipe, acerca da responsabilidade solidária dos entes estatais acerca da assistência à saúde, incluindo medicamentos e tratamentos médicos, fixou a tese, por maioria, de que o interessado poderá demandar em face de qualquer dos entes federados, isolada ou conjuntamente, no que diz respeito à prestação da saúde, cabendo ao Poder Judiciário, segundo os critérios de descentralização e hierarquização, direcionar o cumprimento segundo as regras de repartição de competências, determinando, ainda, o ressarcimento àquele que tiver suportado o ônus financeiro (Tema 793).

O *leading case* citado consiste em Recurso Extraordinário interposto pela União em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que manteve a sua condenação quanto ao ressarcimento ao Estado de Sergipe pelo custeio da medicação Bosentana (Tracleer 62,5mg / 125 mg) à autora, Maria Augusta da Cruz Santos, que veio a falecer no curso do processo.

Em síntese, invocando o princípio da descentralização, a União argumentou que cabe exclusivamente aos órgãos locais a obrigação de fornecer e custear os medicamentos, pretendendo, com isso, afastar a responsabilidade solidária na promoção da saúde, uma vez que



tinha sido condenada a cofinanciar 50% (cinquenta por cento) da aquisição e fornecimento do medicamento almejado nos autos.

*Data vênia*, tendo em vista o quanto disposto no artigo 198, §1º, da CF/1988, acerca do financiamento do SUS pelos entes federativos, sendo este de competência comum, fixou-se, justamente, a tese da responsabilidade solidária desses nas demandas prestacionais do direito à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos e do custeio de tratamentos médicos adequados que se façam necessários ao demandante. À autoridade judicial caberá, quando da determinação do cumprimento da prestação, observar as regras de repartição de competências, determinando, se for o caso, o ressarcimento àquele que suportou o ônus financeiro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A CF/1988 alçou o direito à saúde à categoria do direito fundamental, ao tempo em que, por meio da criação do SUS, viabilizou o acesso gratuito, universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

O SUS encontra-se organizado em níveis de atenção (básica, média e especializada), segundo os níveis de complexidade, podendo-se pensar na construção de uma pirâmide, na qual a base é a atenção primária, o meio é a atenção secundária e o topo a atenção terciária.

Na atenção primária se encontram as unidades de saúde, também conhecidas como “portas de entrada” do sistema para os níveis superior, com maior complexidade.

Na atenção secundária estão os serviços ambulatoriais, com especialidade clínica e cirúrgicas, e os de apoio, no que diz respeito ao diagnóstico e à terapêutica, sendo comumente prestados por hospitais gerais, inclusive com atendimento de urgência e emergência.

Na atenção terciária, por sua vez, estão os serviços hospitalares de maior complexidade.

Os entes federativos são solidariamente responsáveis na prestação da saúde pública (Tema 793, STF), sendo a União a principal financiadora da saúde pública e a responsável por planejar, criar normas, avaliar e fiscalizar o SUS.

Aos Estados, por sua vez, além da elaboração da política estadual de saúde, cabe apoiar as ações da política nacional de saúde, coordenando as ações do SUS no Estado, além de também cofinanciar a saúde, além dos recursos repassados pela União.

Já os Municípios, com foco maior na prestação da saúde local, é o principal responsável pela atenção básica à saúde da população, uma vez que mais próximo das demandas de cada população específica, cabendo, portanto, administrar os serviços de saúde da cidade, com aplicação de percentual de sua receita na área da saúde, além dos repasses do Estado e da União.

No que diz respeito à prestação de medicamentos, tem-se que o Poder Público não está obrigado a fornecê-lo quando este for experimental (Tema 500, STF), salvo em caráter excepcional, em caso de mora injustificada e desarrazoada da ANVISA e desde que haja pedido de registro no Brasil, exceto para medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; haja registro do medicamento em renomadas agências do exterior; e inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

A prestação da saúde pelo Poder Público, portanto, perpassa por uma análise de custos, na medida em que os recursos são limitados e as demandas de saúde são muitas e plurais.

Outrossim, deve-se ter em vista que no nível de atenção terciária, a alta complexidade das ações e serviços do SUS implicam a utilização de tecnologias de ponta e exigem a atuação de

profissionais cada vez mais qualificados e especializados, o que igualmente importará em uma elevação dos custos.

A vulnerabilidade dos usuários do SUS, portanto, vai muito além das noticiadas e longas filas de espera e regulação, dentre outros problemas burocráticos, como o próprio acesso a medicamentos constantes de listas oficiais, elaboradas a partir da Relação Nacional de Medicamentos, mas que não são distribuídos ou não o são de forma regular, podendo, inclusive, vir o paciente a óbito pela espera do medicamento.

Diante do estado de vulnerado ou da suscetibilidade do usuário do SUS a sofrer danos, aplica-se a Bioética da Proteção, uma bioética de genealogia Latino-americana, como forma de refletir, eticamente, sobre a justiça sanitária em situações de escassez, tal como cotidianamente se vivencia no SUS.

A fragilização política e econômica do acesso aos serviços e às ações de atenção especializada, reflexo, por vezes, das desigualdades sociais e da conotação pejorativa associada ao SUS, faz com que o usuário do SUS fique em posição vulnerável, apartado do processo de construção e de fiscalização das políticas públicas de saúde quando, ao revés, o SUS tem como uma de suas diretrizes a participação da comunidade.

Pensada a imoralidade na prestação pública de saúde, sustenta-se que os usuários do SUS sejam atuantes no processo de tomada de decisões em saúde pública, devendo, pois, por meio de ação conjunta dos gestores de saúde e dos entes federativos, promover a capacitação daqueles para que tenham condições de mitigar a vulnerabilidade, viabilizando o agir autonomamente na saúde pública.

## REFERÊNCIAS

ALVES, João Vitor de Souza. **Efetividade, Direito à saúde e Decisão**: uma análise hermenêutica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. 2330 fl. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

BRASIL. **Lei n.º 378, de 13 de janeiro de 1937**. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Rio de Janeiro, Presidência da República. DOU 15.01.1937.

BRASIL. **Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, Presidência da República. DOU de 31.12.1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselho Nacional de Saúde**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/apresentacao-cns>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravados: Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Relator e Presidente: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 17/03/2010. Brasília, Diário de Justiça Eletrônico do dia 29/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 657.718-MG**. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 22/05/2019. Brasília, Diário de Justiça Eletrônico do dia 24/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 855.178-SE**. Recorrente: União. Recorrida: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23/05/2019. Brasília, Diário de Justiça Eletrônico do dia 04/06/2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011**. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Brasília, DOU 24.10.2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/sus20anosfinal.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. **SUS 20 anos: a saúde do Brasil/Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus\\_20anos\\_saude\\_brasil.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_20anos_saude_brasil.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FURLANETO, Felipe Carnelossi. Direito à saúde e a iniciativa privada o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. **Revista de Direito Privado**. vol. 2/2010, abr-jun, p. 185 - 243, 2010.

GADAMER, Hans-George. **O caráter oculto da saúde**. Petrópolis: Vozes, 2006.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.6, p. 217-231, 2010.

LORENZO, Cláudio. Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 2, n. 3. p. 299-312, 2006.

NEVES. Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**. v.2, n. 2, p. 156-12, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

PICORELLI, Luiz Fernando. O papel da participação comunitária no SUS. **Revista de Direito e Medicina**. Vol. 1/2019, jan-mar, p. 1-38, 2019.

RAWS, John. **Uma teoria da Justiça**. Traduzido por Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética de proteção: uma ferramenta para a avaliação das práticas sanitárias? **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 22. p. 1531-1538, 2017.

# O POTENCIAL DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN PARA A ANÁLISE DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**José Lenho Silva Diógenes**

Doutor em Sociologia (UFC). Professor Adjunto do Departamento de Estudos Interdisciplinares (UFC).

## INTRODUÇÃO

Convencionou-se observar as políticas públicas como processos de resposta aos problemas públicos, isto é, estados de coisas que regulam as relações entre normas, práticas, recursos financeiros e burocráticos para atingir objetivos (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013; SECCHI, 2017). Seguindo-se essa construção, neste trabalho, tentar-se-á apontar algumas evidências do nível de complexidade da formulação de políticas públicas, a partir de duas abordagens que discutem o tema da desigualdade (COSTA, 2019; MEDEIROS, 2019).

Na sequência, destaca-se o potencial explicativo da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para a redução da complexidade que envolve a análise da formulação de políticas (LUHMANN, 2000, 1996b, 1998b, 2005, 2006, 2011). Considera-se, que as políticas públicas são produto de comunicações de uma rede de pessoas, organizações privadas, não-governamentais, estatais, nacionais, internacionais e sistemas sociais que dão suporte às tomadas de decisão demandadas pela resolução dos problemas públicos.

A referência à formulação indica uma diferenciação no processo das políticas em fases – formulação, implementação e avaliação. A partir disso, tenta-se demonstrar o aumento da complexidade da formulação de políticas com a inclusão de temas como interseccionalidade e desigualdades entrelaçadas. Em face disso, chama-se a atenção para o potencial de risco de moralização das análises dessa fase, por argumentos indiferentes à distinção manifesto latente.

Resgatam-se reflexões sobre interseccionalidade e desigualdades entrelaçadas para evidenciar como esses temas amplificam a complexidade da formulação de combate às desigualdades. Os resultados do estudo apontam para a confirmação do elevado potencial da perspectiva luhmanniana para a abordagem e análise da formulação de políticas públicas, especialmente, tendo em vista sua elevada capacidade para reduzir a complexidade e a universalidade de seus constructos teóricos. O argumento central do texto é que a teoria dos sistemas de Luhmann é suficientemente complexa para enfrentar a tarefa de realizar uma análise socio-científica, portanto, vinculada à distinção manifesto/latente (LUHMANN, 2000, 1996b, 1998b, 2005, 2006, 2011).

## FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO ÀS DESIGUALDADES

Uma política pública é um processo altamente complexo, difuso e desconexo. Predomina, na literatura sobre o tema, a perspectiva de análise que sugere observar as políticas públicas em fases sequenciais e interdependentes. Nessa perspectiva, a fase da formulação é o momento em que se observa a emergência de problemas públicos, dos objetivos, estratégias, métodos, programas, ações e mecanismos de solução (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013; SECCHI, 2017). É inerente essa fase a redução da complexidade consistente na existência de inúmeras demandas e limitações para o estabelecimento das prioridades da agenda política.

É típico da formulação a conceitualização de indicadores, instrumentos governamentais e suas dinâmicas, isto é, diversas formas de se referir a realidades que não são totalmente

redutíveis enquanto as políticas públicas são formuladas. Do ponto de vista do conhecimento das políticas, esses elementos assumem diferentes classificações, a depender do sistema social de referência, como por exemplo, os instrumentos econômicos, baseados na relação custo-benefício, os coercitivos, ancorados na autoridade e no poder; e, os instrumentos focados na comunicação e na circulação de informação. De um modo geral, pode-se dizer que um mundo de coisas entra em jogo para as políticas públicas em geral (SPÍNOLA; OLLAIK, 2019).

Seja qual for o caso, a fase da formulação impõe uma redução dos elementos da realidade que pesam sobre os tomadores de decisão, de maneira que, quando se lança um olhar retrospectivo para realizar a análise dessa fase, corre-se o risco de partir da plausibilidade da política dada para atingir os objetivos e transformar a realidade social. Esse tipo de análise se expõe ao risco de desconsiderar as possibilidades contingentes à época em que a formulação se atualizou como sistema, ficando-se preso ao discurso político vigente ou sujeito a realizar mero julgamento moral da formulação.

Esse risco é potencializado pelo simples fato de, ao se tentar problematizar uma formulação, radicalizar-se a própria complexidade, na medida em que se tenta reconstruir o passado sem que as seleções realizadas para isso sejam orientadas moralmente. Além disso, vejamos como o desenvolvimento de novas perspectivas sobre a desigualdade intensificam a complexidade da fase da formulação de políticas públicas de enfrentamento à desigualdade. Observe-se que a definição tradicional de desigualdade social foi construída em referência às diferenças nas chances individuais de acesso e posse de bens sociais e, atualmente, têm-se reconhecido a necessidade de desenvolver uma perspectiva interdependente de abordagem do tema para refletir as políticas redistributivas do Brasil.

Fala-se, então, em desigualdades entrelaçadas para fazer referência a aspectos específicos das desigualdades, com foco nas seguintes questões: desigualdades de quê? desigualdades entre quem? desigualdades quando? desigualdades onde? Com base nisso, acredita-se ser possível uma melhor compreensão de políticas redistributivas como o Programa Bolsa Família, as cotas de acesso ao ensino superior e a política de correção do salário mínimo. Em síntese, conclui-se que a análise convencional baseada nas diferenças individuais de renda e riqueza sofre limitações importantes e que a abordagem das desigualdades entrelaçadas permite matizar esses limites, além de tornar visíveis outras insuficiências e ambivalências (COSTA, 2019).

A ênfase dessa abordagem é que uma ótica interdependente da desigualdade estende a investigação das desigualdades de oportunidades para as de posições ou resultados, contemplando as desigualdades socioeconômicas, socioecológicas e de poder. Isso requer a adoção de pressupostos epistemológicos como conceber raça, etnicidade etc. não como coisas dadas, mas como processo de construção do âmbito institucional e das relações cotidianas; compreender regimes de desigualdades<sup>1</sup> como instrumentos capazes de explicar que as desigualdades persistem ao longo da história e que a transição de um regime histórico de desigualdade a outro não implica um completo desaparecimento das desigualdades criadas em um regime anterior; e, adotar as abordagens do sistema-mundo permitem abordar as desigualdades macroestruturais globais (COSTA, 2019, p. 57).

---

<sup>1</sup> Um regime de desigualdade engloba quatro dimensões: i) lógicas de estratificação e redistribuição definidas como estáticas (sociedades de castas), dinâmicas (sociedades de classes) ou combinadas (classe e adscrições de gênero, etnoraciais etc.); ii) discursos políticos, científicos e populares, segundo os quais os indivíduos ou grupos interpretam e constroem suas próprias posições e as dos outros na sociedade; iii) estruturas legais e institucionais (por exemplo, leis segregacionistas, leis multiculturais ou políticas antidiscriminação); e iv) modelos de convivência na vida cotidiana (formas conviviais integradoras ou segregadoras) (COSTA, 2019).

O trabalho de Sérgio Costa revela o potencial explicativo da adoção de uma perspectiva entrelaçada das desigualdades, tendo-lhe permitido concluir que as políticas destinadas a reduzir as desigualdades de classe (Bolsa Família e aumento real do salário mínimo) promoveram melhorias mais substantivas do nível de renda de um número maior de negros e mulheres, em comparação com as criadas exclusivamente para diminuir desigualdades vinculadas a gênero e raça (ação afirmativa)<sup>2</sup> (COSTA, 2019, p. 70). Assim como, permitiu-lhe registrar a necessidade de políticas que alterem, estruturalmente, a distribuição da renda e da riqueza, por meio de reformas profundas como a tributária, agrária, urbana etc. (IDEM, p. 71).

Em relação à análise convencional das desigualdades, baseada nas variações individuais de renda e riqueza, pode-se dizer que esse novo tipo de abordagem das desigualdades permite identificar limites importantes no impacto redistributivo das políticas públicas. Contudo, embora ele contribua significativamente para o enfrentamento da desigualdade, aumenta radicalmente a complexidade da formulação dessas políticas. Colocam-se em jogo o caráter histórico, relacional, multidimensional e interdependente das desigualdades para pensar a redistribuição de recursos materiais, ambientais e de poder na sociedade contemporânea. Como se não bastasse, incrementa-se a complexidade na medida em que se reconhece a necessidade de acionar um conceito de interseccionalidade à formulação de políticas.

O conceito de interseccionalidade indica que há dimensões nas condições de subordinação e marginalização sociocultural que só podem ser reveladas quando considerados seus efeitos combinados e simultâneos. Vários são os desafios teóricos e metodológicos para a mobilização dessa noção para a análise de políticas públicas, especialmente no que diz à compreensão do reforço mútuo de diferenciais de poder como gênero, raça, classe ou outros. Sua adoção remete a cruzamentos entre normatividades e marcadores de identidades, evidenciando a necessidade de identificar situações concretas de injustiças relativas a condições combinadas, entrelaçadas e mutuamente referidas (MEDEIROS, 2019).

Nesse caso, também, aumenta-se exponencialmente a complexidade com a necessidade de reconceitualizar temas com raça, gênero e classe, evitando-se leituras unilaterais e superficiais de múltiplas formas de dominação, de subordinação, e análises meramente aditivas das formas de opressão. Impõe-se problematizar dicotomizações como negro/branco, homem/mulher, razão/emoção etc, de modo a tentar compreender como matrizes de dominação que operam em todos os níveis das relações sociais, desde o individual até o socioestrutural, emergem da natureza interconectada das opressões estruturadas por diferenças (MEDEIROS, 2019).

A perspectiva interseccional trabalha com a ideia de mapeamento social para compreender a configuração de privilégios e desvantagens a que estão sujeitos indivíduos e grupos situados em diferentes pontos do mapa social. A isso relaciona a compreensão de que privilégios, vantagens e desvantagens são criados e mantidos a partir de padrões distintos de distribuição de recursos de poder, direcionando-se a análise para a interseção entre identidades sociais, especialmente de minorias sociais, e sistemas, ou estruturas, de dominação e discriminação. Com isso, reforça-se o interesse por questões de diversidade e diferença, ensejando várias tentativas de sintetizar os principais avanços e dificuldades no uso da interseccionalidade como fundamento teórico e metodológico para as pesquisas acadêmicas de um modo geral (MEDEIROS, 2019, p. 83-84).

Contudo, esses esforços se deparam com um paradoxo: ora uma busca por elementos e dimensões irreduzíveis e incomparáveis; ora para dimensões transversais, compartilhadas e estruturalmente reproduzidas das formas de desigualdade e dominação (MEDEIROS, 2019, p. 87).

---

<sup>2</sup> O autor considera que, menos que reduzir desigualdades materiais, ações afirmativas em favor de negros, indígenas ou mulheres são fundamentais para mitigar as assimetrias de poder e combater o racismo e o sexismo presentes nas instituições e nas relações cotidianas (COSTA, 2019p. 70).

Isso decorre da natureza aberta e inclusiva da interseccionalidade, que enseja vários modelos de análise e pressupostos metodológicos, podendo-se identificar três focos principais de estudos interseccionais: o aspecto da inclusão, que coloca em evidência as particularidades da condição de vida de determinados grupos; os processos de racialização, de exploração econômica e de *performance* de gênero; e, os sistemas.

Seja qual for o caso, a interseccionalidade direciona as políticas públicas específicas para contextos de desigualdades múltiplas e duradouras e permitir elucidar áreas pouco conhecidas e estudadas dos contextos em que essas desigualdades são produzidas, reproduzidas e agravadas. Contudo, os desafios à incorporação desse paradigma nas políticas públicas ainda são muito grandes e envolvem desde dificuldades técnicas e operacionais até possíveis incompatibilidades entre a lógica complexa da ideia de interseccionalidade e a natureza padronizada e simplificadora das políticas de grande abrangência, como as políticas de combate à desigualdade, à discriminação e à pobreza (MEDEIROS, 2019).

As políticas públicas operam por um processo de redução da complexidade para conseguir oferecer respostas palpáveis aos problemas que afetam a população. A superação das dificuldades existentes passa pela necessidade de se encontrarem caminhos conceituais e metodológicos que consigam dar conta da ampliação da complexidade que ocorre com a emergência desses novos paradigmas. Com relação a isso, a teoria dos sistemas de Luhmann pode ser um rico instrumento de análise para a redução da complexidade que envolve o tema e, nesse sentido, tenta-se a seguir pontuar alguns elementos da teoria dos sistemas sociais que evidenciam isso.

## **ELEMENTOS DA TEORIA DE SISTEMAS PARA A ANÁLISE DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS**

É muito difícil reduzir a uma síntese os elementos da teoria dos sistemas de Luhmann, uma construção extremamente complexa desencadeada pela compreensão de que a sociedade moderna demanda uma semântica peculiar, capaz de explicar como os sistemas sociais se tornaram autorreferenciais e como eles, dessa forma, produzem informações no contexto contemporâneo. Vários conceitos-chave da semântica desse marco teórico, como observador, mundo, tempo, sentido, forma, informação e conhecimento não poderão ser aqui aprofundados. Destaca-se que os conceitos da teoria dos sistemas são formas de redução da complexidade da sociedade moderna<sup>3</sup>, tenta-se aqui conferir inteligibilidade ao argumento central do texto tocando em algumas questões que serão abreviadas sob a forma perspectiva teórica luhmanniana (LUHMANN, 1998a, 1993, 1996b, 1998b, 2000, 2005, 2006, 2011).

Nessa perspectiva, as políticas públicas se compõem exclusivamente de comunicações e sedimentações estruturais de comunicações, embora possam desaguar em interpretações normativas, como se os temas por elas tratados devessem ser como são. Consideram-se políticas públicas como formas desenvolvidas no meio do sentido através da comunicação e que as chamadas fases das políticas dependem do relacionamento de possibilidades de comunicar expectativas e de torná-las conhecidas na comunicação. Destaca-se, também, que um observador externo não pode nomear, a seu bel prazer, quaisquer acontecimentos como políticas públicas, sem levar em consideração a forma como elas próprias os concebem. Todas os elementos que integram políticas públicas descansam em decisões que podem ser observadas e recordadas como decisões, isto é, em relação a outras possibilidades (LUHMANN, 2000, 1996, 1998b, 2005, 2006, 2011).

---

<sup>3</sup> Complexidade "como dinamismo, como excesso de possibilidades, como presença de múltiplas alternativas, como reino de diferenças" (IZUZQUIZA, 2008, p. 10).

Certo é que, nessa linha de reflexão, não existe algo no mundo ontologicamente<sup>4</sup> prefigurado que possa ser descoberto e nomeado como políticas públicas, tendo em vista o permanente deslocamento e reconstrução nos quais elas estão envolvidas (LUHMANN, 1993). Todo e qualquer intento compreensivo que procurem esclarecê-las coloca em jogo "un operar con distinciones" [que] sólo se realiza cuando se recurre a una distinción determinada, a saber, la de sistema y entorno (LUHMANN, 1998, p. 89). A fixação de sentido decorrente da utilização dessas distinções enseja a emergência da semântica que retroalimenta as discussões sobre o tema e produz a ilusão de que políticas têm uma essência na qual se ancora os discursos mais apaixonados. Daí a importância de fixarmos o modo pelo qual, no presente trabalho, são feitas referências às políticas públicas para observá-las.

Na perspectiva luhmanniana, observar é simultaneamente indicar e distinguir a realidade, isto é, um acontecimento instantâneo produtor de uma forma: "se puede considerar que el distinguir y el indicar son, en realidad, una única operación" (LUHMANN, 2016, p. 31). Indicar é designar um lado, e não o outro daquilo que se observa, é "constituir uma operação paradoxal, porque atualiza uma dualidade como unidade; de uma tacada, digamos" (LUHMANN, 2011, p. 177). Assim, obtida a diferenciação de uma política pública, sua capacidade de dotação de sentido depende de assimetrias, como por exemplo, formulação/não formulação, dentro/fora, direita/esquerda ou sistema/entorno (LUHMANN, 2016a, p. 31). Destaque-se que, nessa linha teórica, distinções não são diferenças objetivas mas construções para a descrição de fenômenos como o direito, a ciência, a arte e, porque não dizer políticas públicas (LUHMANN, 1996b, 1998b, 2006, 2016a).

Não se concebe o domínio dos objetos de conhecimento "como um conglomerado de coisas, análogo a fatos que possuam uma forma definida" (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 188). Consequentemente, não se concebe as políticas públicas como um conjunto de partes que compõem um todo, mas como uma série de distinções que estabelecem linhas de intersecção entre si. Por isso, o foco da atenção do observador são diferenças entre o que se mantém fixo (identidade) e o que é diferente (diferença) e, ao observá-las dessa forma, considera-se que elas não têm qualidade de substância, abandonando-se todo tipo de dedução e causalidade que conduziram o pensamento lógico-empírico (LUHMANN, 1998b; 2016a). Isso também implica uma "des-subjetivación de lo social, donde las referencias a cerebros o conciencias son desplazadas a sistemas compuestos por comunicaciones, diferenciados funcionalmente, operativamente cerrados y autorreferenciales" (ARNOLD; ROBLES, 2004, p. 54). Com isso, confere-se um lugar de destaque ao tempo.

A perspectiva luhmanniana é fortemente marcada pela temporalidade, reconhecendo toda observação como uma operação que nunca se encontra em dois pontos temporais simultaneamente. A observação que ocorre no plano de todos os sistemas sociais é uma observação de segunda ordem e não "é uma presença divina, embora pressuponha simultaneidade de ambos os lados da diferença e, consequentemente, a simultaneidade do mundo" (LUHMANN, 2011, p. 158). Como nenhum observador poder observar enquanto observa os dois lados da diferenciação, o observador sempre está sujeito a um ponto cego: "um ponto de

---

<sup>4</sup> Na abordagem luhmanniana, a ontologia é "um esquema de observação: uma teoria, uma maneira de pensar, uma hipótese, e não uma afirmação da realidade, com a qual todos teriam de concordar, contanto que observassem razoavelmente" (LUHMANN, 2011, p. 150). Embora o conhecimento se refira quase imediatamente à realidade, de forma que, o que conhecemos remete à ideia do existente, não é suficiente para afirmar o caráter 'ôntico' ou de 'essência' da realidade. Por isso, a sociologia sistêmica afirma que a realidade tem um caráter puramente operativo e, por decorrência, que todo sistema que opera é real, tem um lugar no mundo. A realidade não é do campo do ser e o mundo não é um receptáculo do que nele acontece como se fosse um grande armazém da realidade (LUHMANN, 1996, p. 71).



invisibilidade, que garante a unidade da diferença" <sup>5</sup> (LUHMANN, 2011, p. 160). Esse ponto cego somente pode ser observado através de uma observação de segunda ordem, que alcança apenas o passado, jamais o presente atual (LUHMANN, 2000, 2005a). A sociedade moderna é marcada por "uma permanente observação da observação, como expressão da circulação do ponto cego" (LUHMANN, 2011, p. 172).

A par dessa compreensão, o foco da teoria dos sistemas é reorganizar informações sobre o mundo social em um nível emergente da realidade, focando no sentido, na linguagem e na comunicação (ARNOLD, 2004a, 2004b; LUHMANN, 2016a). Consideram-se os resultados de toda investigação como indicações sobre a realidade e não descobrimentos desta e que não é a razão que fundamenta o conhecimento, mas as teias de argumentação por meio das quais as comunicações, as relações e os processos observados são descritos e validados no âmbito social. Assim, focam-se observações realizadas no âmbito dos sistemas como construções da realidade através de processos de indicação, distinção e descrição condensadores de significados que ingressam na sociedade como um mundo de sentido comum (ARNOLD-CATHALIFAUD, 2006; LUHMANN, 1998b, 2016a). Com base nisso, pode-se dizer que qualquer política pública é sempre contingente, no sentido de que "o que é dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) o é 'à luz de um possível estado diferente'" (LUHMANN, 2011, p. 169).

Chama-se a atenção para o fato de que, no cotidiano, as repetições das construções de sentido sobre as políticas públicas acabam conferindo uma espécie de objetividade e autenticidade ao conhecimento, como se elas fossem o que temos acesso através do sentido (ARNOLD; ROBLES 2004; LUHMANN, 1998b). A perspectiva luhmanniana se coloca precisamente como uma alternativa para romper com isso, assumindo uma qualidade tóxica, corroendo o modo de observação de primeira ordem. Como registram os intérpretes de Luhmann, seu pensamento pode ser lido como uma forma de "socavar antiguas autodescripciones de la sociedad moderna [...] para fundar una ética de la contingencia" (FARÍAS; OSSANDÓN, 2009, p. 3). Ele almeja compreender como e por quem o conhecimento sobre o mundo social é produzido e quanto tempo a ilusão criada por ele pode durar <sup>6</sup> (ARNOLD, 2006). Tenta-se observar como o mundo foi observado e proporcionar ganhos de informação sobre pontos cegos, esforçando-se por registrar formas e distinções não reconhecidas (ARNOLD-CATHALIFAUD, 2006).

Com isso, verificam-se quais contingências não foram levadas em consideração, com o interesse de explicar o âmbito dos efeitos não reconhecidos pelo sistema observado (LUHMANN, 2011; ARNOLD, 2006). Para que isso ocorra, pode-se dizer que o potencial explicativo da teoria de sistemas para pensar as políticas públicas em sua complexidade e contingência depende, como pontua Luhmann sobre os objetos da sociedade moderna, do abandono de conceitos ideais e da lógica de descrição monocontextual<sup>7</sup> da complexidade (LUHMANN, 2006a).

---

<sup>5</sup> De acordo com o próprio Luhmann, o tema do *ponto cego* é abordado no livro *Observing Systems* de Heinz von Foerster, onde se afirma que "não só não se vê o que não se vê, como o *não ver* é condição de possibilidade do ver" (LUHMANN, 2011, p. 171).

<sup>6</sup> Conferir o seguinte fragmento original: "second-order observation has a toxic quality. It alters one's immediate contact with the world, eroding the mode of first-order observation, which it nonetheless retains. It plants the seeds of suspicion within the life-world (in the Husserlian sense) without being able to leave that world. While the first-order observer could still cherish the hope of penetrating beneath the surface and grasping a Being beyond appearance, the second-order observer harbors suspicion about this "philosophical" project. He is not particularly fond of wisdom and know-how, nor does he love knowledge. Rather, he wants to understand how knowledge is produced and by whom, and how long the illusion might last" (2000, p. 95-96).

<sup>7</sup> Contextualidade é um domínio lógico de uma estrutura estritamente valorada em dois valores. A lógica aristotélica, por exemplo, é monocontextual: apenas o "ser" e o "não ser" seriam possíveis: ou algo é conforme determinada lógica, ou não o é, de forma que uma terceira opção não seria possível. Descrição policontextual é aquela que considera o universo como uma intersecção de um número ilimitado de contextualidades duplamente valoradas, isto

No contexto das sociedades complexas, não é possível à ciência se conformar apenas "interrumpir el continuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad" (LUHMANN, 2006a, p.22). Sua função não é exclusivamente assegurar uma descrição correta (não errônea) da realidade, mas proporcionar formas refinadas de produção e tratamento de informações internas ao sistema científico, permitindo-o surpreender-se a si mesmo. Isso requer uma releitura do que se compreende por metodologia. Na perspectiva luhmanniana, a ficção metodológica segundo a qual se deve recortar um objeto de pesquisa para depois analisá-lo, separando-o do restante da realidade, não satisfaz as características de sociedades hipercomplexas.

Esta tendência da metodologia tradicional põe entre parênteses que aquilo que é recortado como objeto "*está regulada por los mismos sistemas sociales*, además de que la utilización del sentido en los sistemas sociales siempre *lleva aparejadas referencias a lo desconocido, a lo excluido, a lo indeterminado, a las carencias de información, a la ignorancia*" (LUHMANN, 2006a, p.22). Assim, a própria teoria sistêmica se propõe a ser um recurso metodológico para processar informações das complexidades próprias da sociedade contemporânea e, dentre elas, da formulação de políticas públicas.

Nessa perspectiva, toda informação é uma diferença que faz a diferença, uma concepção genérica que abrange tudo aquilo que modifica o estado próprio de um sistema social "a través de la introducción de una diferencia" (LUHMANN, 2005, p. 141). Informação denota uma seleção, um evento irrepetível, que, como acontecimento, ocorre apenas uma vez, e somente no lapso mínimo necessário para sua aparição. Não se trata de algo que possa ser transportado de um sistema a outro e deve ser interpretada à luz da noção de temporalidade, indicando que a instantaneidade e surpresa sempre são inerentes à informação: "uma informação cujo caráter de surpresa se repita, já não é *informação*" (LUHMANN, 2011, p. 140). Encerrado um acontecimento, as informações produzidas em um sistema permanecem sob a forma de redundâncias (LUHMANN, 1996b, 2011; CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996).

Redundâncias são conhecimentos nos quais o valor de surpresa, a informação mesma, encontra-se reduzida, na medida em que elas se fixam em identidades na forma de palavras, conceitos, números etc., condensando, sintetizando sentidos decorrentes da reiteração de referências a um lado de uma diferença que se constitui como um limite próprio relativamente independente do contexto (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 88 e 136; LUHMANN, 2011, p. 141; 2016a). Não se tratam de cópias, imitações, reflexos ou representações de uma realidade existente em si mesma, mas de organizações de diferenças por meio das quais se procura obter informação acerca do mundo (LUHMANN, 1998b, p. 390). Toda identidade resulta do processamento recursivo de informação: "las identidades no 'subsisten', tienen unicamente la función de ordenar las recursiones de tal manera, que en todo procesamiento de sentido pueda recuperarse y anticiparse lo que es utilizable reiteradamente" (LUHMANN, 2006a, p. 29). As identidades surgem de condensações seletivas e generalizações que corroboram "que aquello que se distingue de lo otro puede designarse como lo mismo" (LUHMANN, 2006a, p. 29).

O mundo social e sua ordem, aí inseridas as formulações de políticas, desprendem-se da ordem físico-química através de diferenciações fixadas comunicativamente. Estabelecidas tais diferenças, formam-se identidades de sentido, que organizam as expectativas sociais na proporção em que viabilizam a realização de referências a algo que permanece relativamente estável e é

---

é, uma pluralidade de contextualidades, ou seja, uma situação de policontextualidade. Luhmann considera que a lógica monocontextual não é suficiente para pensar contextos hipercomplexos, que reclamam várias lógicas, de vários códigos diferenciados formadores de várias contextualidades, cada uma com seu respectivo par ordenado "conforme/em desconformidade" (LUHMANN, 2006a).

disso que pode surgir a ilusão de que uma identidade seja a qualidade de um objeto, como se fosse algo dado no mundo (LUHMANN, 1998b; 2016a; 2011). Seja informação, seja redundância, trata-se sempre de uma construção de um observador que trabalha o sentido e que surge quando formas assinalam lados em um mundo indiferenciado, deixando em aberto a possibilidade de cruzamento de um lado a outro<sup>8</sup> da forma (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 89).

Desse ponto de vista, é o referir que diferencia as políticas públicas, produzindo formas. Como ato inaugural de uma forma, uma referência a algo fixa a própria forma sobre as políticas da qual a observação pode se orientar e estabelecer distinções, indicando um lado e não o outro como foco de atenção. Como indicação a algo já diferenciado, referência se converte em observação e indica que o observador busca obter informação sobre aquele lado da forma, ensejando com isso a produção de uma semântica (LUHMANN, 2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que sobressai na análise da formulação de políticas públicas, quando se tem como pano de fundo a teoria dos sistemas, é a seguinte: *como observar as decisões que integram a formulação das políticas, de modo a compreender se a observação dos observadores que as construíram contemplam a complexidade da desigualdade?* A vantagem de tentar compreender essa questão orientado pela teoria dos sistemas é que esta fomenta o exercício de uma diferença básica inerente à própria política e, com isso, enseja uma autorreferencialidade da análise que evita os conceitos aflorarem de maneira normativa ou moralizante (LUHMANN, 2005a, 2061).

Como diferenças não são normas, mas formas de diferenciar o pertencente/o não pertencente à análise, isto é, são formas sem conteúdo essencial capazes de dotar de sentido a formulação abordada através da negação<sup>9</sup> de seu contrário, de modo que, os conceitos inerentes surjam como conceitos através da negação de si mesmo e não por intuição ou tradição (LUHMANN, 1996b, 2000). Com isso, retira-se a substância ontológica da formulação, fazendo-se justiça à realidade da sociedade moderna, que, como demonstrou Luhmann (1998b), está diferenciada em sistemas funcionais autorreferenciais especializados na atribuição de lados de diferenças para promover o distanciamento das fontes de informação dos interlocutores na comunicação.

## REFERÊNCIAS

ARNOLD, Marcelo. Introducción a las epistemologías sistémico/constructivista. In: Osorio, F. (Ed). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemología constructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004a, pp. 7-15.

---

<sup>8</sup> A realidade não se cria de novo em cada interação linguística. A construção da realidade vai muito além de um determinismo linguístico. O poder, a fé, o dinheiro, a verdade, o amor, as disposições de sentido que proveem as semânticas culturais, ou mecanismos simbióticos que incluem a gestualidade e a cinestésica, jogam importante papel nas configurações da realidade social, mas pressupõem a linguagem e, paradoxalmente, só com ela pode-se experimentar e vivenciar socialmente conteúdos de sentido não linguisticamente comunicados (ARNOLD, 2006b, p. 228).

<sup>9</sup> Segundo Luhmann, "toda negacion potencia (y con esto conserva) lo que explicitamente niega, y con ello reestablece aquel *unmarked space* en el cual se incrusta mediante una distincion toda operacion, aun aquella que niega" (LUHMANN, 2006, p. 31-32). A negação é sempre uma operação específica que pressupõe a identidade do que nega, justamente por isso, sempre é possível afirmar-se o que se nega.

- ARNOLD, Marcelo. Recursos para la Investigación sistémico/constructivista. In: Osorio, F. (Ed). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemología constructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004b, pp. 16-25.
- ARNOLD, Marcelo. Fundamentos de la observación de segundo orden. In: **Metodologías de investigación social**. Introducción a los oficios. CANALES, Manuel. Santiago: Lom Ediciones, 2006, pp. 321-348.
- ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Lineamientos para un programa sociopoiético de investigación. *En*: FARÍAS, Ignacio; OSSANDÓN, José (eds.) **Observando sistemas**. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann. Santiago: RIL Editores, Fundación SOLES, 2006, 219-240.
- ARNOLD, Marcelo; ROBLES, Fernando. Explorando Caminos Transilustrados más allá del Neopositivismo: epistemologías para el siglo XXI. In: Osorio, F. (Edit.). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemología constructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004, pp. 26-45.
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. traducción de Miguel Romero Pérez e Carlos Villa lobos. Barcelona: Anthropos, 1996.
- COSTA, Sérgio. Desigualdades, interdependência e políticas sociais no Brasil. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2019, p. 53-78.
- FARÍAS, Ignacio; OSSANDÓN, José (eds.). **Observando sistemas**. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann. Santiago: RIL Editores, Fundación SOLES, 2006.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad**. México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introdução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1996a.
- LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. 1ª. ed. en español. Barcelona: Anthropos, 1996b.
- LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Traducción de Jostein Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998b.
- LUHMANN, Niklas. **Art as a Social System**. Translated by Eva M. Knock. Stanford: University Press, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Niklas Luhmann. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005a.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005b.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla México: Anthropos, 2005c.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de lasociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate, bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla. 1a. ed. en español. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder, 2006a

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Edições Vega, 2006b.

LUHMANN, Niklas. **Intrudção à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Traducción de Pedro Piedras Monroy. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2016a.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

MEDEIROS, Rogério de Souza. Interseccionalidade e políticas públicas: aproximações conceituais e desafios metodológicos. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2019, p. 79-104.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SPÍNOLA, Paulo Asafe Campos; OLLAIK, Leila Giandoni. Instrumentos governamentais reproduzem desigualdades nos processos de implementação de políticas públicas? In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2019, p. 329-348.

# AS BARREIRAS DO PUNITIVISMO ESTRUTURAL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DAS MAZELAS SOCIAIS HERDADAS PELO CÁRCERE NO BRASIL

**Maria Júlia Poletine Advincula**

Advogada. Graduada em Direito (UNICAP). Integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia e Coletivo Graúna de Justiça de Transição.

**Isabela Maria Pereira Paes de Barros**

Graduanda em Direito (UFPE). Extensionista (aSIDH). Secretária acadêmica (PEMUN).

## INTRODUÇÃO

Na academia, Niklas Luhmann é constantemente lembrado como um dos mais importantes teóricos sociais do século XX. Nascido em uma família de classe-média alemã, em dezembro de 1927, Luhmann foi prisioneiro das forças americanas durante a segunda guerra mundial. Após o evento catastrófico, o teórico estudou direito em Freiburg, de 1946 a 1949 (BECHMANN; STEHR, 2002), e trabalhou por 10 (dez) anos como funcionário público nas repartições de Hanover (SILVA, 2016). Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos em Harvard e passou um ano trabalhando com Talcott Parsons.

Um dos quotes mais emblemáticos do já falecido teórico fora antes de sua entrevista para professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até sua aposentadoria. Na ocasião, Luhmann fora perguntado sobre que matéria gostaria de trabalhar na referida universidade, respondendo sobre a “teoria da sociedade moderna; duração: 30 anos, sem custas”. Consequentemente, seu resultado fora exatamente esse: trinta anos de estudos, com mais de 14.000 páginas publicadas sobre tais assuntos (BECHMANN; STEHR, 2002); as quais ele insistia que podiam ser lidas sem que a ordem dos capítulos fosse obedecida (ALBUQUERQUE, 2019).

Considerando, então, a história de vida e a obra deixada por este autor, o presente artigo tem por objetivo fazer uma análise sócio-histórica dos problemas herdados pela cultura carcerária brasileira, deveras punitivista com negros e pobres, costumeiramente marginalizados em países ocidentais. Nesse sentido, aplicar-se-á a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, para demonstrar, assim como na circularidade dessa ideia, que o sistema brasileiro perpetua e retroalimenta essas exclusões às minorias supramencionadas.

Nesse sentido, em um primeiro momento, busca-se fazer uma exposição da teoria luhmanniana, demonstrando suas bases e fazendo uma breve digressão sobre seus fundamentos teóricos, para que as linhas de partida que serão utilizadas neste trabalho sejam bem compreendidas. Posteriormente, faz-se-á uma exposição do legado carcerário deixado pela cultura punitivista estatal, desde a época colonial à atualidade. Por fim, resta analisar esse panorama sob a ótica da teoria dos sistemas sociais, demonstrando sua aplicabilidade.

## A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

A jornada do autor para uma melhor compreensão da teoria dos sistemas sociais iniciou-se com uma série de ensaios no final dos anos 1960, e posteriormente, na década de 1980, em monografias (BECHMANN; STEHR, 2002), momento em que se inseriu mais profundamente na teoria do sistemas sociais (SILVA, 2016); perpassando por temas como direito, ciência e arte. A evolução intelectual dos seus estudos culminou com a publicação do livro “A Sociedade das

Sociedades”, em 1997, composto de uma recapitulação de toda sua construção teórica em vida, e o guia perfeito para a compreensão da teoria moderna dos sistemas. Contudo, a verdadeira compreensão da teoria dos sistemas sociais encontram-se na obra “Sistemas Sociais: as delineações de uma teoria geral”, obra máxima do autor sobre o tema (BECHMANN; STEHR, 2002).

Assim, Luhmann situa os sistemas sociais em uma escala de abstração da Teoria Geral dos Sistemas, sendo esta localizada em um nível mais amplo e generalista, para abarcar todas as outras. O segundo nível são as teorias dos organismos das máquinas, dos sistemas psíquicos e dos sistemas sociais, que não será visto aqui. Ademais, o terceiro é o da Teoria da Sociedade, enquanto o quarto é o da Teoria Geral do Direito ou da Economia, que dão uma especificidade maior à Teoria Geral da Sociedade (ALBUQUERQUE, 2019).

Ainda sobre a teoria, o conceito de observação, como será visto, insere-a em um paradigma construtivista, já que as realidades são construções dos observadores (ALBUQUERQUE, 2019). fazendo com que Luhmann traga elementos da teoria de Parsons, seu mentor.

Assim, no presente tópico, ver-se-á as bases que foram criadas pelo autor para a própria compreensão de sua teoria dos sistemas, a qual será dada maior ênfase ao final da exposição. Posteriormente, passar-se-á para a aplicação dos ensinamentos luhmmerianos na análise da herança colonial escravista.

## AS BASES DA TEORIA DOS SISTEMAS

As bases da Teoria Geral dos Sistemas de Luhmann nascem da ideia de que o sistema é um todo diluído em partes, no qual há uma diferença entre este e o ambiente (ALBUQUERQUE, 2019), chamado por vezes de “entorno”. Nesse sentido, importa destacar que a teoria deste autor não se amparou em buscar uma unidade para conceituar a sociedade, mas sim encontrar diferenças entre o “dentro” e o “fora”<sup>1</sup> (ALBUQUERQUE, 2019). Além disso, essa teoria também tem como base a comunicação; a forma como nos relacionamos, nos comunicamos e, posteriormente, como isso afeta os sistemas sociais. Nesse âmbito, algumas digressões sobre o ato de conversar necessitam ser feitas, antes de se avançar no assunto.

O ato de conversar começa com a escolha do assunto sobre o qual se quer debater. Não há como conversar sobre algo que jamais se pensou, imaginou ou se tem algum tipo de informação; criando um limite ao social humano. Posto isso, para seguirmos em um mesmo debate ou para mudar o viés da conversação, necessariamente incluímos informações e realizamos novas seleções do que queremos discutir, realizando consensos e dissensos. Assim, a conversa é, na Teoria Geral dos Sistemas, recursiva, pois “promovemos constantes referências ao seu tema, a cada nova informação partilhada” (SILVA, 2016, p. 46), sem necessariamente mencionar a ideia da conversa em si. Além disso, ela tem, ainda, seu caráter de heterorreferente, pois há o ingresso constante de novas informações na conversa (SILVA, 2016), de forma que ela se retro-alimenta.

Em linhas gerais, a comunicação é realizada por meio de três etapas didáticas, ou seleções: informação (“Information”), partilha (traduzido do alemão, “Mitteilung”) e compreensão (também do alemão, significando “Verstehen”) (SILVA, 2016; ALBUQUERQUE, 2019). Assim, a sociedade é a “multiplicidade de conversas conversadas ao longo de milênios, mesmo tempo em que é a finitude das possíveis conversas futuras” (SILVA, 2016, p. 50). Nesse sentido, ainda referenciando a

---

<sup>1</sup> Nesse aspecto, a teoria luhmanniana também é rica em demonstrar que o que é conceituado como “dentro”, um “espaço virtual” demarcado, pode ter diferenças dentro de si. Isso seria, portanto, a chamada *re-entry*, ou reentrada da forma (ALBUQUERQUE, 2019).

obra de Luhmann, Silva (2016) discorre sobre como a comunicação seria o núcleo, a célula da sociedade.

Nesse sentido, a comunicação é o objeto da Teoria Social de Luhmann e é o ponto de partida da Teoria dos Sistemas Sociais. Como elemento do social, então, a comunicação é relacional, ou seja, circular-reflexiva, e não algo isolado em si mesmo; assim como acontece com os sistemas sociais, que se autorreferenciam (SILVA, 2016). O propósito da comunicação é estabelecer fronteiras e sistemas, os quais vão ser mantidos por si mesmo (BECHMANN; STEHR, 2002), fazendo com que os sistemas possam se retroalimentar. Nesse sentido, o observador é, em si mesmo, um sistema, distinto de seu ambiente (ALBUQUERQUE, 2019), porquanto o analisa e o interpreta à sua maneira.

Assim, importa relembrar do conceito de abismo gnoseológico já demonstrado por João Maurício Adeodato, qual seja, o problema de como conhecemos o mundo, aplicado em âmbito jurídico. Nesse sentido, com o intuito de caracterizar os obstáculos da cognição humana, o referido autor aponta que existe uma incompatibilidade entre as três unidades do conhecimento do homem, quais sejam, o evento real, a ideia ou pensamento e a expressão linguística ou simbólica (ADEODATO, 2009). Dessa forma, e retornando para a análise de Luhmann, importa pontuar que quem enuncia ou partilha algo não detém o domínio sobre a informação emitida, tampouco sobre como isso será internalizado e compreendido pelo receptor; tudo isso é desenvolvido na e pela própria conversa, que resolve-se por si mesma. Tudo depende da subjetividade dos agentes e da passagem de experiências para expectativas de maneira descoordenada (SILVA, 2016).

Contudo, ao longo das formações das sociedades, criaram-se mecanismos para aumentar a probabilidade do sucesso da comunicação, facilitando-a. Nesse aspecto, surge a linguagem oral, a linguagem escrita e os meios de comunicação generalizados. Junto com esses meios, o papel das estruturas de memória criam uma temporalização que permite que o observador construa relações entre eventos do passado e do presente, criando uma autopoiese e fazendo com que o sistema se retroalimente e se reproduza continuamente (ALBUQUERQUE, 2019).

De volta à Teoria da Sociedade, para Luhmann, o sentido (“Sinn”) é o meio no qual as comunicações e pensamentos tomam forma. Em tal viés, esse elemento se divide em três dimensões, para fins didáticos (temporal, material e social), criando distinções entre passado e futuro, interno e externo (com referência ao ambiente) e alter e ego (com referência às pessoas). Ou seja, o sentimento funciona como a motivação pela qual os indivíduos agem e dão importância às situações às quais vivem.

## **A TEORIA DOS SISTEMAS: ALGUMAS PERCEPÇÕES**

Em tal aspecto, importa dizer que, para Luhmann, a diferenciação social e a formação de sistemas são as características básicas da sociedade moderna. Isso significa, então, que a teoria dos sistemas e a teoria da sociedade são mutuamente dependentes. Nesse sentido, a sociedade não é uma mera soma de todas as interações sociais que nela ocorrem, mas um sistema de uma ordem mais complexa, de um nível diferenciado, determinado pela diferenciação do sistema e do seu entorno (BECHMANN; STEHR, 2002).

Essa diferenciação entre sistema e entorno e, principalmente, a conceituação de sistema, é o ponto de partida para se entender a teoria luhmeriana. A proposta do teórico é, então, descrever os fenômenos sociais como interações, organizações e sociedades em “sistemas”, considerando que o mais importante não são os objetos que constituem esses sistemas, mas as diferenças entre eles. Isso porque, para dar características a algo, seria necessário, primeiro,



distinguir isso do que lhe é diferente. Por exemplo: falar de passado apenas faz sentido quando há um momento presente, distinto, que possa ser tomado como referência. Assim, o processo de distinção e consequente rotulação das coisas seria o começo da percepção e reconhecimento da teoria dos sistemas, sendo inevitável à ela (BECHMANN; STEHR, 2002).

Nessa teorização sobre sistemas sociais, Luhmann busca distanciar-se da antiga tradição europeia, por meio da qual o homem era posto como elemento central da sociedade. Assim, o teórico estabelece três pontos de partida para sua teoria da sociedade: 1) a sociedade não se consiste em pessoas, uma vez que estas pertencem ao entorno; 2) a sociedade é um sistema autopoietico, que consiste em comunicação e nada mais; 3) a sociedade só pode ser completamente compreendida pela ideia de “sociedade global”. Nesse sentido, retirar o homem do centro da sociedade contribui para a visão de descentralização da cosmologia humana (BECHMANN; STEHR, 2002).

Dessa forma, a separação sistêmica mental e social de Luhmann sobreposta à ideia do “homem social” faz com que a sociedade seja uma ordem *sui generis*, impossível de ser descrita de maneira sociológica. Essa distinção também possibilita a compreensão do relacionamento entre a sociedade e o homem, e seu curso histórico - o ser humano é posto no ambiente da sociedade, do lado de fora desta. A comunicação, então, permite que a sociedade tenha seu caráter autopoietico e que realize sua própria manutenção, só sendo possível de alterá-la pela comunicação em si (BECHMANN; STEHR). Os sistemas sociais podem, então, observar a si mesmos, sendo capazes de distinguir-se do ambiente; criando sua autorreferência.

Essa criação de uma teoria dos sistemas sociais por meio da comunicação não leva em consideração as barreiras e fronteiras territoriais dos Estados (BECHMANN; STEHR, 2002). Além disso, ao entender que os sistemas são autorreferenciais, Luhmann diz que estes são operativamente fechados, por reconhecerem suas operações e reproduzi-las; e cognitivamente abertos, por reconhecerem o ambiente, serem sensíveis a ele e dele buscar se distanciar (ALBUQUERQUE, 2019).

Para a teoria dos sistemas sociais autorreferenciais (TSA), o sistema jurídico e o sistema científico atuam como parte de um sistema maior, a sociedade. Assim, funcionam como auto-observações do sistema geral, atuando como reflexão; descrevem o sistema e indicam a unidade de sua diferença (ALBUQUERQUE, 2019).

## **A SANÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS**

A ideia de sanção jurídica é ampla, e geralmente está relacionada à ideia de ordem social. Nesse sentido, sua qualificação varia de acordo com a importância dada à ação que deve ser sancionada. Assim, a sanção pode ser entendida, muitas vezes, como uma violência física, e, principalmente, como uma forma de poder (ALBUQUERQUE, 2019). A noção comum de sanção, muitas vezes abstrata e vaga, criada por pensamentos positivistas e idealistas conflitantes, nem sempre se aplica ou consegue ser suficientemente analisada pela Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Em tal viés, ainda que não estudado por Luhmann profundamente, a sanção da pena privativa de liberdade (PPL), estudada pelo direito penal, pela sociologia e pela criminologia penetra em um campo vasto da TSA, como um instituto que determina a exclusão de pessoas (ALBUQUERQUE, 2019). Os institutos demonstrados por Luhmann, como a memória e a comunicação, contribuem, então, para a perpetuação dessas estruturas de poder estudadas pelas

ciências criminais. Assim, a temporalização das estruturas, por exemplo, faz com que as relações de causa e efeito e a imputação de sanções sejam perpetuados no tempo (ALBUQUERQUE, 2019).

Nesse paradigma, a noção comum de sanção pressupõe uma ideia de ordem social. Essa noção tem algumas características, como pontuado por Albuquerque (2019, p. 69): “uma relação subentendida (...) entre ações individuais, nas quais (...) existe uma assimetria que indica a sanção como favorável à ordem”. Assim, tomando como bases os estudos de Parson, nota-se como a noção comum está alinhada com a racionalidade da ação, e como forma de restaurar a ordem ou compensação. Ao longo do tempo, essa noção foi ampliada, alcançando a vagueza que tem na contemporaneidade (ALBUQUERQUE, 2019).

Luhmann descreve o modo como a sanção se relaciona com a generalização das expectativas normativas e da ligação entre os sistemas político e jurídico. Além disso, a sanção seria uma forma reação ao desapontamento com algo ou alguém, para manter a expectativa normativa. Para Luhmann, ademais, os conflitos seriam sistemas parasitários de outros sistemas, sendo integrativos e, por isso, tomando as comunicações destes. O sistema imunológico da sociedade seria, nesse viés, um mecanismo utilizado para tentar minimizar esses conflitos (ALBUQUERQUE, 2019) - sendo, portanto, facilmente visto como uma espécie de sanção *lato sensu*. Contudo, para a TSA, a sociedade e o conflito não seriam antagônicas, mas reflexivas, por quanto um depende do outro para o reestabelecimento de suas estruturas (ALBUQUERQUE, 2019). Nesse sentido, deve-se adiantar uma reflexão: até que ponto essa reestruturação, considerando penas como a restritiva de liberdade, são de fato benéficas para a sociedade?

Assim, as sanções, na TSA, estariam relacionada às estruturas de comunicação simbolicamente generalizadas identificadas pelo teórico, criados para motivar as ações - verdade, amor, poder e dinheiro. Em tal aspecto, as estruturas que importam para o caso em análise são as duas últimas: o poder, porque relacionado à obediência aos comandos e à violência física; e o dinheiro, relacionado ao problema de escassez de recursos. Desta forma, tais sanções têm relevância para os sistemas político e jurídico, porquanto servem de meio para manutenção do poder soberano, no primeiro; e no segundo, para preservar as normas e os códigos de conduta, criando uma dicotomia lícito/ilícito. Neste último caso, cria-se uma obrigatoriedade de tornar as expectativas jurídicas iguais na dimensão social, temporal e material (ALBUQUERQUE, 2019). As sanções negativas servem para esse mantimento da paz.

## **BREVE HISTÓRICO DAS MAZELAS SOCIAIS HERDADAS PELO CÁRCERE**

O racismo em nossa formação nacional é uma herança maldita do colonialismo, trazida junto às embarcações ibéricas carregadas de exploradores, degredados, mercenários e estupradores<sup>2</sup>, que posteriormente foram abarrotadas de africanos em situação de escravidão. É certo que as intervenções da Coroa portuguesa, além de dar causa à miscigenação do Brasil, definiram como seriam estabelecidas as relações de poder e exploração sob seu comando. O sustentáculo da lógica colonial, assim, fica a cabo das teorias raciais; teorias que acabam por converter em naturais questões culturais, sociais e históricas. Foi a intelectualidade europeia a criadora de justificativas racistas-científicas, racionais e cristãs para encobrir o interesse político e econômico da dominação territorial e da riqueza na América e África.

Em relação a tais justificativas, foi no século XIX que boa parte delas teve uma maior vazão no país - herança do europeu caucasiano, as teorias científicas biológicas afirmavam a existência de raças superiores. No Brasil, o psiquiatra Raimundo Nina Rodrigues aparece com seus escritos

---

<sup>2</sup> A pluralidade do Brasil nasce com o estupro das índias e, mais à frente, das mulheres negras escravizadas.

de uma criminologia racista e higienista de caráter antropológico, com grande aporte em teorias lombrosianas, colocando a figura do biotipo do homem negro como um criminoso nato, assim como as crianças negras. Essas ideias acabaram por causar um imenso medo quanto à abolição da escravidão (BERTULIO, 1989), por exemplo.

Rodrigues, ao defender sua tese de superioridade das raças, reduziu o negro à beira da marginalização social, pois defendia veementemente a inferioridade física e mental dos pretos e mestiços, utilizando-se também dos discursos de Garofalo e Ferri. O eugenismo de Rodrigues serviu para fomentar o higienismo do início do século XX, pós-abolição, sob a justificativa racista de que “os negros africanos são o que são: nem melhores nem piores que os brancos: simplesmente eles pertencem a uma outra fase do desenvolvimento intelectual e moral” (RODRIGUES, 1957, p. 114). Segundo ele, seria necessário a criação de um Código Penal próprio para todas as raças não-eugênicas, por serem “selvagens” e atrasadas intelectualmente.

Assim, nosso Direito Penal e Processual Penal nasce sob óticas colonizatórias e é desenvolvido em moldes excludentes e deterministas. É legítimo afirmar, por fim, que todas as ideias racistas foram construídas a partir das ciências biológicas e da antropologia, ambas orientadas com uma base de justificativa da intervenção que se fazia e teria continuidade por séculos.

## HIGIENIZAÇÃO RACIAL APÓS 1988

A abolição da escravidão não foi um ato de benevolência e de reconhecimento das atrocidades cometidas durante os séculos de escravização: pelo contrário, foi uma decisão pressionada por exigências de uma ordem hegemônica mundial, principalmente a Inglaterra, interessada em uma abertura maior do mercado internacional. Mas, com a liberdade dada aos antigos escravizados, surgiu a problemática da absorção daquele contingente social, como o acesso a saneamento básico, moradia, estudo e formas de desenvolvimento diversas. Deixados de lado, sem qualquer auxílio governamental, a sua não inserção no campo do trabalho livre acaba por delegar-lhes apenas o campo informal de trabalho e as periferias - ou mesmo os morros, como denuncia Carolina de Jesus.

Eu estava pagando o sapateiro e conversando com um preto que estava lendo um jornal. Ele estava revoltado com um guarda civil que espancou um preto e amarrou numa árvore. O guarda civil é branco. E há certos brancos que transforma preto em bode expiatório. Quem sabe se guarda civil ignora que já foi extinta a escravidão e ainda estamos no regime da chibata? (JESUS, 1963, p. 96).

Verdadeiramente despejados, passam a ter a imagem de mendigos (contravenção penal abolida há apenas dez anos), vadios (vadiagem também era uma contravenção penal em nosso antigo código penal), capoeiristas (prática, também, criminalizada), enfim. Logo, o Direito Penal e sua *longa manus* trazia o controle repressivo e punitivo, desde cedo, para essas classes marginalizadas.

Sendo assim, por conta da ideia higienista, apoiada firmemente na noção de que os negros deveriam ser presos, observa-se um novo tipo de domínio sobre seus corpos, controle este que encontrou muito espaço dentro da preconceituosa sociedade brasileira. A população negra sofreu verdadeiro “despejo” após a promulgação da Lei Áurea (JESUS, 1963). Não houve nenhum tipo de apoio governamental, ou políticas públicas voltadas ao amparo daqueles que acabavam de se tornar livres; paulatinamente, foram ocupando as ruas e, logo em seguida, os grandes centros.

Os cortiços, muito bem descritos na obra do Pai do Realismo, Aluísio de Azevedo, se tornaram o refúgio daquelas famílias descendentes dos ex-escravos. Sem conseguir empregos efetivos, vendiam pequenos produtos ou trabalhavam como engraxates, lavadeiras, cozinheiras (os famosos quitutes, geralmente feitos com receitas africanas) e cuidadoras. Um triste paralelo pode ser feito aqui com a noção da remissão, do trabalho como forma de diminuir a pena, lógica ainda presente dentro de nosso sistema de justiça criminal. O marginalizado “vadio” deve trabalhar para sobreviver. Então, a ideia era devolver a liberdade do negro, mas tomar, em troca, sua dignidade.

## **PRIVILÉGIO, BRANQUITUDE E BRANQUIDADE**

No âmbito penal, vemos a mão estatal recair sobre os mais pobres (de maioria negra)<sup>3</sup>, mesmo que o crime não seja um privilégio destes, mas um dado comum em todas as classes e meios sociais. Neste diapasão, são criadas diversas formas de delimitação da vida social da negritude. Direito e Estado defendem privilégios raciais, contribuindo com a reprodução do racismo e, em consequência, para a formação dos estereótipos carregados pelos negros desde quando trazidos da África. Tais afirmações encontram por base a realidade socioeconômica do país, a invisibilização das condições de vida dos mais pobres (maioria esmagadora negra) no que diz respeito às políticas sociais e vulnerabilidade.

A herança colonial, de acordo com Damasceno (2017), não foi extinta com a independência, tampouco foi modificada a situação de segregação racial e marginalização, praticadas agora em âmbito interno. Houve uma modificação de nomenclatura, na qual se evidencia países dominantes econômica e culturalmente e países satélite. No quesito raça, poder hegemônico mantém-na como eixo fundamental. As diferenças fenotípicas são levadas em consideração na divisão do mundo de forma hierarquizada; o elemento suspeito é negro, sendo essa suspeição uma construção social de séculos, daquelas teorias raciais que visitamos mais acima.

Ainda no quesito das teorias, devemos colocar aquelas que versam sobre a inferiorização, desumanização e subalternização da figura negra, as quais se encontram mais relacionadas com um cunho ideológico do que científico e antropológico, diferentemente das afirmações feitas à época.

Partindo para o ponto antropológico, em relação, por exemplo, à cultura afro, observa-se como o preconceito continuou existindo – e foi ampliado. A capoeira, forma de expressão cultural africana, considerada também como brincadeira ou modo de defesa, sofreu uma tentativa de extermínio no final do século XIX pelas políticas estatais opressoras, que objetivavam um paulatino processo de aculturação. Dois anos após a Abolição, sua prática foi tipificada como crime, presente no Capítulo XIII do Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, o primeiro após o fim da Monarquia, no qual “os vadios e capoeiras” eram apontados como criminosos.

O conceito de delito, apesar de muito amplo, pode ser definido pela tipificação normativa das condutas socialmente reprováveis que, por atingirem bens jurídicos, sofrem a intervenção direta do Estado “tutor”. Porém, ao estudar sobre crime, devemos ter consciência de que as motivações ideológicas, normalmente consideradas como impessoais, trazem invariavelmente consigo a marca do tempo e do lugar (ANDRADE, 1997). Mesmo tendo sido efetivada no plano

---

<sup>3</sup> De acordo com dados do Infopen (2016-2017), 64% dos detentos daquele período seriam negros, totalizando cerca de dois terços da população carcerária brasileira.

normativo, a escravidão nunca deixou de existir no subjetivo – isto é, nos ideais punitivos e dentro da consciência social.

## O PERFIL CARCERÁRIO BRASILEIRO

Fazendo parte das estruturas estatais de poder, o Direito Penal não poderia se afastar da lógica de controle das subjetividades, de segregação, de perpetuação das heranças coloniais (mais especificamente da ideologia de uma raça superior). O controle repressivo penal é essencial para a manutenção da colonialidade enquanto forma de controle social e manutenção dos privilégios.

Toda a discussão da Criminologia Positiva e a utilização das teorias lombrosianas, as quais primam por uma construção um tanto patológica do criminoso através de características físicas e biológicas (o que se aproxima da construção das teorias racistas), acaba por colocar o fator raça como principal fator criminógeno dentro de seu cruzamento com os fatores sociais e econômicos. O próprio Nina Rodrigues, segundo Damasceno, apela para uma gestão diferencial do crime a partir de critérios raciais, já que enxergava nos negros uma raça inferior e propensa à delinquência (2017, p. 103). Na mesma linha da raciocínio,

Ela[s] parece[m] ter sido construída por ideólogos transvertidos de cientistas, devido à presença de uma maioria populacional negro/mestiça no país e de um possível conflito a ser gerado a partir da exigência desse grupo dos seus direitos de cidadania e de respeito às suas diferenças étnico/culturais. Aceitar as diferenças pressupõe atribuir-lhes igualdade de direitos e oportunidades. O respeito às diferenças implica numa reciprocidade na igualdade de relações. Como não é possível estabelecer relações recíprocas de direitos e respeito em um sistema baseado na exploração do outro, desenvolve-se ideologias de dominação, objetivando a desconstrução da identidade étnico/ racial/cultural, da auto-estima e do reconhecimento dos valores e potencialidades do oprimido (SILVA, 2007, p. 95).

Conclui-se, portanto, que a clientela do Sistema Criminal é um reflexo de todos os fatores trabalhados. Não é coincidência que a camada negra e pobre esteja atrás das grades, mas sim uma questão de desigualdades sociais pautadas nas questões de raça, classe e gênero de forma concomitante, questões essas que são fragilizadas da condição humana de uns e servem de blindagem para outros.

## NOÇÕES DE INIMIGO, PROCESSO DE DESUMANIZAÇÃO HISTÓRICA DO NEGRO E SELETIVIDADE PENAL

A elite dominante, ao longo da história, mostrou que é capaz de alimentar estigmas sociais com o cruel intuito da marginalização dessas classes consideradas inferiores, sobretudo para que sejam “capturadas” mais facilmente pela mão punitiva estatal. De acordo com Baratta (1999), o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, com tendência a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Sendo assim, a norma penal positivada é aplicada, via de regra, aos mais vulneráveis, sendo eles presa acessível do filtro sistemático. Haja vista a função não-declarada da seletividade penal, tais características discriminatórias são capazes de definir o perfil de quem será condenado pelo *jus puniendi* – antes mesmo da prática do ato delitivo –, e daqueles que continuarão imune a ele, tendo em conta os privilégios gozados pelo topo da pirâmide social. Zaffaroni e Pierangeli debatem sobre essa ideia ao explicarem que (2011, p. 73):

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado

como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Em outra análise, o criminólogo argentino fala que a noção de inimigo se dirige a indivíduos que, por seu “comportamento” - ou talvez simples existência – externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro direito penal de exceção (ZAFFARONI, 2007). Fica claro que nosso sistema de justiça criminal, sempre seletivo, escolhe pessoas para compor o padrão de “elemento suspeito”.

Esse padrão, baseado na cor, ainda serve para camuflar os delitos daqueles estratos sociais considerados mais poderosos. Se o Direito Penal fosse um filtro de café, as pessoas teriam tamanhos diferentes; alguns grãos conseguem passar, mas outros são retidos. Os que ficam, são como uma resposta à sociedade punitiva; os que vão, estão acima dela - a presunção de inocência nunca funcionou para os corpos negros, e a ampla defesa é quase um mito. Como se defender de uma condição inerente ao “ser”, às suas raízes, à sua ancestralidade?

## **UMA CRÍTICA ÀS RAÍZES PUNITIVAS: A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS SISTEMAS LUHMANNIANA**

“O negro construiu um país para outros; o negro construiu um país para os brancos”, frase de Joaquim Nabuco, exposta na primeira página de *Sociologia do Negro Brasileiro*, demonstra como o papel da população negra foi de extrema importância para fundar o Brasil como Nação, apesar desta sempre ser interpretada do ponto de vista antagonista, como mera força de trabalho. A supramencionada citação à Joaquim Nabuco demonstra um pouco da comunicação outrora delineada por Luhmann. As três etapas didáticas desse ato são facilmente perceptíveis: a informação encontra-se no conteúdo da frase, de que o país fora construído pelos negros para pessoas brancas; a partilha, por outro lado, resta justamente na intenção de compartilhar essa informação; enquanto a compreensão, por fim, é o aspecto subjetivo do conteúdo, ou seja, a forma como a mensagem é recebida pelo receptor.

Nesse panorama, os brancos sempre foram enaltecidos, tendo sido maculados como símbolos positivistas, para a construção da ideia de “República Branca”. Tiradentes virou mártir republicano, e não existem heróis negros na história do Brasil. Sobre esse processo de branquitude, explica o sociólogo que já não se procura mais a destruição pura e simples dos pólos de resistência, como se fazia com o quilombo, mas cria-se, em cima desta situação conflitante, a filosofia da assimilação e da aculturação, de um lado, e do embranquecimento, do outro (MOURA, 1988; 1989).

É dessa forma, então, que tais comunicações são perpetuadas ao longo da história brasileira, demonstrando a circularidade de discursos racistas e preconceituosos desde o Brasil Colônia. As já expostas ideias de Nina Rodrigues, Garofalo e Ferri demonstramos pensamento de séculos posteriores, amparados nas ideias coloniais de separação de raças e de hierarquização de umas sobre as outras, com o homem branco sempre tido como superior.

O jornalista Sérgio Buarque de Hollanda, ao escrever *Raízes do Brasil*, além de desmistificar a ideia de “homem cordial”, assumindo que a suposta cordialidade do brasileiro camufla, antes de tudo, um povo muito preconceituoso, acreditava ser o Brasil um país ainda preso à economia escravocrata, com os trajes modernos de uma grande democracia burguesa (HOLLANDA, 1973). É fato que nossos ideais democráticos, a ideia de igualdade em si, esconde como somos opressores de berço. Assim sendo, Abdias do Nascimento explica que o termo “democracia racial” - a falsa

ideia de uma comunhão harmônica entre as raças - está dotado das características intocáveis de um verdadeiro tabu (NASCIMENTO, 1978). Na mesma linha, Foucault, em sua obra clássica *Vigiar e Punir*, explica que o herói negro é aquele criminoso reconciliado, o criminoso dos folhetins, das novelas, dos almanaques, das bibliotecas azuis, que representa o exemplo que não deve ser seguido, trazendo toda uma memória de lutas e confrontos. (FOUCAULT, 2001).

Abdias do Nascimento, ativista dos direitos civis das populações negras, aqui continua o raciocínio anterior de criticar a supremacia do pensamento branco sobre as questões de raça. Por conta da – aparentemente – “inocente” atenuação das mazelas do passado brasileiro, continuamos a reproduzir discursos dominantes, inclusive dentro da Academia, sem atentar às falas daqueles diretamente envolvidos no processo. Isso porque a perpetuação de discursos racistas e a ideia luhmanniana de que o sujeito não está inserido na sociedade, mas em seu entorno, faz com que as vozes de ativistas minoritários não seja suficiente para um paradigma verdadeiramente transformador. Essa ideia de estar, o indivíduo, na parte de fora da sociedade faz com que, muitas vezes, sejam ignoradas, de forma covarde, as lutas sociais que acontecem até hoje, e o grito dos que foram silenciados e esquecidos pelo tempo, pelos livros de história e pela justiça. Abdias é fervoroso crítico de *Casa Grande & Senzala*, uma das obras mais ovacionadas no que diz respeito à sociedade colonial, por acreditar que comporta ideias completamente atenuadoras da real violência e repressão daquele momento histórico.

Freyre cunha eufemismos raciais tendo em vista racionalizar as relações de raça no país, como exemplifica sua ênfase e insistência no termo “morenidade”. **Nesse sentido, o discurso, que perpetua as estruturas sociais outrora mencionadas, não se trata de ingênuo jogo de palavras, mas sim de proposta vazando uma extremamente perigosa mística racista cujo objetivo é o desaparecimento inapelável do descendente africano,** tanto fisicamente quanto espiritualmente, através do malicioso processo de embranquecer a pele negra e cultura do negro (NASCIMENTO, 1978, p. 43).

A crítica de Nascimento é válida, e pode-se notar os diversos eufemismos de Freyre quando, em trechos de sua obra, diminui-se toda violência sofrida pelas negras e negros, criando uma relação de “amizade” entre senhor e escravo. É o que pode ser visto abaixo:

(...) No canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a influência negra. Da escrava ou sinhama que nos embalou. Que nos deu de mamar. Que nos deu de comer, ela própria amolegando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado (FREYRE, 2002, p. 301).

O negro não foi um animal domesticável, utilizado para cuidar da casa, das crianças; ele foi estuprado, espancado e violentado fisicamente – levou chibatadas, sua voz tolhida e sua liberdade sequestrada desde a partida forçosa dos portos africanos. Pariu mestiços, foi capturado pelo Capitão do Mato, dormiu no chão da senzala. Ainda assim, alimentou a economia açucareira, serviu como base de toda uma Colônia e posterior Império. Na República, foi perseguido, teve sua cultura proibida, fugiu para os morros em busca de moradia, por não ser bem-vindo na cidade. Seus descendentes, até hoje, são analisados não por suas qualidades, suas competências – mas pela cor que possuem. São perseguidos: em lojas, em seleções de emprego, em universidades.

Nesse aspecto, ainda que a comunicação, em Luhmann, seja um ato que depende do Ego e do Alter - emissor e receptor -, tendo um caráter subjetivo de acordo com a relação de ambos e o contexto em que a ação ocorre, a perpetuação de discursos de mesmo viés faz com que seja mais comum e fácil a assimilação dessas informações no imaginário social. É assim, então, que se perduram as estruturas sociais que fazem com que a sociedade sempre esteja alimentando essas informações, propagando-se discursos preconceituosos contra os negros. Seja em 1500, seja em

2010, a ideia continua presente, ainda que, atualmente, mais sutil - a ideia da superioridade branca, e da inferioridade negra.

Os papéis sociais impostos, os meios de comunicação generalizados e a linguagem oral também contribuem para esse ciclo. Esses instrumentos, tidos como estruturas de memória e que se sobrepõem ao indivíduo, mero espectador alheio à sociedade e relegado ao entorno, permitem que o observador construa relações entre o antes e o agora, passado e presente, e reproduza essas estruturas sociais. Também esses instrumentos permitem que se crie uma identidade social do sistema em que se está inserido que seja distinta dos demais.

É nesse viés que surge a ideia da pena privativa de liberdade como um instrumento criado no interior dos sistemas sociais que padecem dessas mazelas retratadas. A PPL aparece como uma forma de retirar as pessoas indesejadas do convívio social, criando uma ideia de ordem e paz social que é mantida pela comunicação e pela mídia. É a forma mais cruel de sanção, relacionada às estruturas de poder e ao sistema jurídico; por meio dela, afasta-se os negros da sociedade, excluindo-os das interações e instâncias mais importantes do sistema.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme preceitua a Teoria dos Sistemas, a complexidade do modelo escravocrata acabou por influenciar toda uma estrutura carcerária. De acordo com a ideia luhmanniana, os fenômenos sociais nascem das organizações impostas pela sociedade em verdadeiros sistemas; quanto ao cárcere (chamado, inclusive, de *sistema* carcerário), é possível se colocar um determinado tipo populacional - o negro - no sistema fechado da marginalização, dentro do qual é praticamente impossível sair, já que se mostra alimentado como em um movimento autopoietico. Os muros da cadeia são, também, invisíveis, na medida em que todos aqueles indivíduos, ao saírem, continuam assumindo o mesmo papel, carregado de um estigma – ex-presidiário, marginal, bandido, etc, pois a ressocialização é praticamente inexistente e as oportunidades são reduzidas. O que muda, na verdade, é o ambiente no qual se encontra, mas continuam dentro daquele sistema de violência e preconceito, assumindo o mesmo papel de oprimido.

Mesmo os que nunca chegaram a sequer frequentar o cárcere, acabam por nascer já fadados a, muito provavelmente, provarem algum tipo de discriminação muito similar (a ideia do elemento suspeito, das teorias lombrosianas do fenótipo do criminoso, enfim). A noção de "sociedade global", trazida pelo filósofo, inclusive é sustentada a partir da crítica de que a América Latina, com suas veias abertas, ainda sofre muitos reflexos da exploração dos colonizadores e acaba por afetar todos os países colonizados, unidos pelas fronteiras e também pelas opressões político-sociais.

Em relação à ideia de sanção, refletida principalmente na pena privativa de liberdade, serve de manutenção de um poder: mas, apenas o daqueles que, hegemonicamente, funcionaram como os opressores (brancos detentores de posses, terras, cargos, conhecimento, sobrenomes e classes sociais prestigiadas). Já os "inimigos", refletidos na grande parcela negra que é maioria no sistema carcerário, existe para que outros (brancos) tenham seus privilégios e direitos resguardados ou protegidos, no sistema da exclusão social constante. Existe uma seletividade, assim como o seu reflexo na dimensão social, temporal e material.

Ao estudar História do Brasil, principalmente pelo olhar do colonizador, daquele homem branco que teve a chance de estudo, que criou discursos ilegítimos sobre um passado que não é seu, nunca teremos a verdade real. O que nos é palpável, observando as consequências de séculos de opressão, é observar, principalmente na dinâmica dos presídios e delegacias, das favelas, das ruas, como o negro continua inimigo do sistema. Como ele é elemento suspeito. Como as



chibatadas viraram surra policial. A história é cíclica, porém não deve repetir os mesmos erros, o mesmo genocídio. O negro foi institucionalmente liberto; mas suas correntes, na crença popular, nos pré-julgamentos, na justiça e nos estigmas, continuam intactas.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. L. **Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, C. D. de. **O Controle Penal entre a modernidade e a colonialidade**. In: Andrade, Camila Damasceno de. Do trabalho ao cárcere: criminalização e encarceramento feminino em Santa Catarina (1950-1979). Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, pp. 41-115.

ANDRADE, M. da C.; DIAS, J. de F.. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECHMANN, G.; STEHR, N. **The Legacy of Niklas Luhmann**. Society. January/february 2002. Disponível em: [http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/luhmann\\_02.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_02.pdf). Acesso em 18 de nov. 2019.

BERTULIO, D. L. de L.. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação (mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 33ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

HOLLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. 7 ed. Rio de Janeiro, José Olympo, 1973.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de Despejo**. Edição Popular, 1963.

MOURA, C. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

MOURA, C. **História do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

NABUCO, J. **Minha formação**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

NAFARRATE, J. T. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

NASCIMENTO, A. **O Genocídio do Negro Brasileiro – Processo de um Racismo Mascarado**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S/A, 1978.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006 353 p. ISBN 85-336-2282-1)

RODRIGUES, R. N. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

SILVA, Ana Célia da. Branqueamento e branquitude: conceitos básicos na formação para a alteridade. In: NASCIMENTO, AD., e HETKOWSKI, TM., (orgs). **Memória e formação de professores**. Salvador: EDUFBA, 2007. 310 p. ISBN 978-85-232-0484-6. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/f5jk5/pdf/nascimento-9788523209186-06.pdf> Acesso em 14 de novembro de 2017.

SILVA, A. S. da. **Dez lições sobre Niklas Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Volume 1 – Parte Geral. 9ª ed. Editora: Revista dos tribunais, 2011.



# GP 11

**DIREITO E DISCURSO: DESIGUALDADE EM CONFLITOS  
E LUTAS POR RECONHECIMENTO DE IDENTIDADES  
ÉTNICAS, RACIAIS E RELIGIOSAS**

**Coordenação:**

Mônica Rugai Bastos (FAAP)

Douglas de Castro (FGV-SP)

Danielle Mendes Thame Denny (UNISANTOS)



## A PROIBIÇÃO DO VÉU ISLÂMICO NA FRANÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO UTILITARISMO DE STUART MILL

**Carolina Piccolotto Galib**

Mestra em Direito (UNIMEP). Professora (PUC-Campinas).

**Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini**

Mestra em Direito (UNIMEP). Professora (PUC-Minas).

### INTRODUÇÃO

Liberdade, igualdade, fraternidade. Famosa tríade, base da Revolução Francesa e responsável por uma transformação de um mundo novo. Da revolução, vieram documentos importantes como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Constituição Francesa de 1848, os quais influenciaram não só a Europa como outros continentes (COMPARATO, 2013, p.148).

A revolução foi firmada sobre aspectos burgueses que defendiam o ideal de uma liberdade privada, sem a intervenção do Estado na vida da família ou profissional. Com isso, o sistema econômico capitalista pode prosperar a partir do século XIX, principalmente com a revolução industrial (COMPARATO, 2013, p.159-160).

Nessa mesma época, na Inglaterra, a doutrina utilitarista, defendida principalmente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, anuncia ideais de bem estar máximo, de moral eudeminista, que visa o alcance da felicidade. Não por acaso que na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 e na Declaração de Independência dos Estados Unidos há menção ao direito à busca da felicidade ou *right to pursuit of happiness*.

No entanto, a doutrina liberal utilitarista foi colocada à prova a partir dos atentados de 11 de setembro, e novamente, EUA e França, se unem em propósitos. Inicia-se o combate ao terrorismo e ao islã no território dos países do Norte Global, a partir do debate sobre a proibição do uso de símbolos religiosos islâmicos nestes países (COLLARES, 2011).

Até que, em 11 de abril de 2010, na França, entra em vigor uma lei que proíbe o uso dos véus integrais, a *burca* e o *niqab* em espaços públicos. Mais tarde, referida lei também será analisada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Feita breve introdução sobre o tema, o presente trabalho tem como objetivo analisar o caso de proibição do uso do véu islâmico na França, sobre aspectos do utilitarismo. Pretende-se refletir também sobre o contexto social e político da liberdade de gênero, uma vez que a mulher

muçulmana é a principal vítima da proibição da lei francesa. Para tanto, foi utilizada a metodologia de estudo de caso amparado por revisão bibliográfica.

## A LEI FRANCESA E A PROIBIÇÃO DO ISLÃ

A França, como país que ao longo de sua história se importou com valores de liberdade, discute há anos como lidar com a questão entre religião e Estado. O princípio da laicidade foi previsto na Declaração de Direitos do Homem de 1789, a qual, em seu artigo 10, dispõe que *ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei* (BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS).

Em 1905 houve a declaração oficial da laicização do Estado francês com a promulgação de lei que separava Estado e Religião. A partir disso, o país inicia a regulamentação do tema, com destaque à lei promulgada em 2004 (LEGIFRANCE) que proíbe sinais vestimentas que manifestem opção religiosa nas escolas.

Por laicidade entende-se o princípio que garante a liberdade de consciência, o exercício de cultos, o respeito ao direito do cidadão escolher de forma livre sobre ter ou não religião (DOMINGOS, 2008).

Importante mencionar que a França, como um dos países que mais discute a questão sobre liberdade religiosa, é responsável por abrigar a maior comunidade muçulmana da Europa. Atualmente, na França, existem cerca de 5 milhões de muçulmanos, dados que classificam o país como o que possui a maior população de fé islâmica no ocidente (CINGANEIRO, 2016).

No entanto, a direito à liberdade religiosa, que possui suas bases na tolerância, foi, de certa forma, posta em questão com a promulgação de uma lei que proíbe o uso de adereços que escondem o rosto, pelo então presidente Nicolas Sarkozy.

Assim, em 11 de abril de 2011, passou a vigorar no país uma lei que proíbe o uso de véus que cubram todo o rosto em espaços públicos. A lei aprovada institui multa de 150 euros para aqueles que usarem véus integrais, bem como multa de 30.000 euros e um ano de prisão para aqueles que forcem alguém a usá-lo (SCHUCK, 2013). Além disso, a lei foi responsável por alterar o Código Penal e previu pena de um ano de prisão para os que impõem o uso do véu por meio de ameaça, violência, coação, abuso de autoridade ou de poder. Além disso, se houver coação de pessoa menor ou em razão do sexo, a pena será de 2 anos de prisão e multa (RODRIGUES JUNIOR, 2014)

Segundo o artigo 2º da lei espaço público são: vias públicas, lugares abertos ao público, sendo autorizado o seu uso quando a veste se enquadrar em uma conduta exigida ou autorizada por lei ou por regulamento, quando seu uso se der em razão de saúde ou caráter profissional, bem como, for parte de atividades esportivas, manifestações artísticas ou tradicionais (RODRIGUES JUNIOR, 2014).

Existem vários tipos de véus islâmicos. O *hijab* usado sobre a cabeça e os ombros, o *jilbab*, cobre a maior parte do corpo deixando a mostra rosto e mãos. Por sua vez o *niqab* cobre integralmente todo o corpo e rosto, deixando a mostra apenas os olhos e, por fim, a *burca*, que apenas deixa os olhos a mostra a partir de uma tela (SCHUCK, 2013). A lei francesa proíbe o uso dos véus totais, isto é, da *burca e niqab*, o que, acredita-se, afeta o direito de aproximadamente 2 mil mulheres muçulmanas que fazem uso destes tipos de véus.

Segundo o Professor Otavio Luiz Rodrigues (2014) o Conselho Constitucional da França emitiu decisão que tomou como paradigma os artigos 4º, 5º e 10º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como no inciso 3º do Preâmbulo da Constituição da República de 1946, o qual prevê a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Sobre referida decisão, destacam-se os argumentos das diversas situações de dissimulação do rosto humano, e tal prática poder-se-ia constituir um perigo à segurança pública e um desrespeito às exigências mínimas de vida em sociedade; a prática insere as mulheres em uma situação de inferioridade que é incompatível com os princípios de igualdade e liberdade, agindo o legislador de acordo a equilibrar a tensão entre ordem pública e direitos constitucionalmente protegidos ((RODRIGUES JUNIOR, 2014).

Com o objetivo de amparar seus direitos de liberdade religiosa, uma cidadã francesa que professa a fé muçulmana, levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos pedindo para que referida lei fosse afastada.

Em sua argumentação, sustentou que faz uso da *burqa* e *niqab* por motivos de ordem religiosa, cultural e convicções pessoais, enfatizando que seu marido ou qualquer outra pessoa de sua família não obriga a usar tal vestimenta. Além disso, argumentou que não é sempre que faz uso do véu, mas que deseja ter o direito de escolha de utilizá-lo ou não, de acordo com seus sentimentos espirituais, como por exemplo, durante eventos religiosos. A sua intenção não é não de incomodar os outros, mas sim, de alcançar uma paz interior (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS).

Frisou também que o seu pedido não é no sentido de garantir que ela permaneça com a vestimenta quando for submetida a revista de segurança, como em bancos, aeroportos, alegando que concorda em mostrar seu rosto quando fosse necessário para questões de identificação (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS).

O Governo francês argumentou, em suma, que apesar da lei trazer uma limitação, ela se mostra necessária em uma sociedade democrática. Além disso, um dos objetivos da lei é assegurar a segurança pública. Também expôs a importância de se observar o mínimo que exigências para a vida em sociedade, nos seguintes termos:

More so than any other part of the body, the face expresses the existence of the individual as a unique person, and reflects one's shared humanity with the interlocutor, at the same time as one's otherness. The effect of concealing one's face in public places is to break social ties and to manifest a refusal of the principle of "living together" (*le "vivre ensemble"*) (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, parágrafos 81 e 82).

Em 1 de julho de 2014, a Corte Europeia decidiu, por 15 votos a 2, que a lei questionada não é contrária a Convenção Europeia de Direitos Humanos, documento do sistema regional europeu de Direitos Humanos. Isso porque, apesar de gerar efeitos negativos sobre as mulheres muçulmanas, existe uma justificativa objetiva e razoável para sua adoção, conforme trecho a seguir:

161. The Court reiterates that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and there is no discriminatory intent (...). This is only the case, however, if such policy or measure has no "objective and reasonable" justification, that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised (ibid., § 196). In the present case, while it may be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 has specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wish to wear the full-face veil in public, this

measure has an objective and reasonable justification for the reasons indicated previously (see paragraphs 144-59 above).

162. Accordingly, there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 or Article 9. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, parágrafos 161 e 162).

Esclarece-se que a o artigo 8, 9 e 14 da Convenção Europeia (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM) versam, respectivamente, sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar, liberdade de pensamento de consciência e religião e, a proibição da discriminação.

No que diz respeito ao entendimento das organizações internacionais sobre o tema, em 2018 o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas analisou o caso e decidiu, após receber queixas de duas mulheres que foram multadas por vestirem o *niqab*, que ocorreu violação de Direitos Humanos em razão da proibição da lei francesa, reconhecendo que os países podem exigir que os indivíduos mostrem seus rostos, mas a proibição geral do *niqab* vai além deste propósito. (ONUBR).

Um argumento a se destacar por parte do Comitê de Direitos Humanos da ONU é o fato de que a proibição, ao invés de proteger as mulheres, pode ter o efeito contrário, isto é, de confiná-las em suas casas, gerando uma marginalização e impedindo o acesso à serviços, uma vez que dificilmente com a lei as muçulmanas deixaram de usar as vestimentas, uma vez a motivação pelo uso é de ordem religiosa (ONUBR).

## O DIREITO DA MULHER E O USO DO VÉU ISLÂMICO

Usar ou não burca ou *niqab* é uma decisão única e exclusiva da mulher usuária. Entender o uso como uma submissão se equipara a proibição por se compreender que o meio pode colaborar para problemas de segurança nacional. Afinal, em ambos os casos há um cerceamento da liberdade de escolha e de religião da mulher, além de um tratamento discriminatório por equiparar quem usa a alguém que comete crimes, o que fere completamente os valores prezados pela França.

É certo que nem sempre a mulher tem uma livre escolha por ser, por vezes, influenciada pela família e pelo marido. Todavia, se a ideia levantada pela França é que a mulher tem autonomia sobre seu corpo, como proibir o uso de algo que, para ela, pode ser importante e capaz de expor um determinado pensamento ou posição religiosa? Tal situação feriria completamente aquilo que tanto se defende, como mencionado.

Em complemento a isto, Ferreira (2013) afirma que:

O projeto do governo francês se justifica por sua defesa da República, mas cabe refletir se sua implementação garante autonomia às mulheres muçulmanas. Nesta senda, considerar que toda mulher que usa burca ou *niqab* é submissa e deve ser “salva” pelos ocidentais é tão violento quanto obrigá-la a usar tal vestimenta. É importante dizer que o véu não subtrai o pensamento, e a ausência dele não é significado de autonomia. Na França, vivem mais de cinco milhões de muçulmanos, mais ou menos duas mil mulheres usam essas vestimentas (burca e *niqab*), o que não justifica tal reação. Ao fazer tais proibições, estamos deixando de reconhecer e de respeitar as diferenças étnicas e religiosas. A desculpa de proteger essas mulheres não convence a comunidade, nem os Direitos Humanos. São dois os motivos elencados para a proibição do uso dessas vestimentas em público: primeiro, por questão de segurança, o que leva à associação entre o uso da burca e do *niqab* e o terrorismo; segundo, por ferir as tradições e costumes de um país (liberdade das mulheres), neste caso a França. No entanto, a proibição do uso dessas vestimentas islâmicas tenta esconder certo “discurso civilizacional” e “ideológico”. (FERREIRA, 2013).

Além disso, o fato de se permitir o uso de vestimentas específicas a alguns religiosos e vedar a burca e o *niqab* as muçulmanas é uma postura discriminatória, o que é visível na ideia de multiculturalismo, pois, em que pese se aceite inúmeras religiões e culturas, a discriminação da mulher é presente em todas elas. Neste sentido, Schuck (2013) ressalta que “os direitos das mulheres poderiam ser seriamente afetados, porque quase todos, senão todos, os grupos culturais são fundamentalmente patriarcais na estrutura e ideologia”, sendo certo que acabam promovendo ou concordando com diferença entre os sexos e com a ideia do homem como o que determina práticas.

Em complemento a isto, Schuck ainda dispõe:

Ao investigar os debates que destacam a importância da laicidade para a manutenção do republicanismo francês, Louisa Acciari (2012) vê no movimento político de “defesa da laicidade” em nome dos direitos das mulheres um enfoque quase absoluto em torno da questão do véu islâmico. Enquanto a laicidade exigiria o igual tratamento e respeito às religiões, a postura pró-laicidade do Estado francês parece aplicar-se mais a algumas religiões do que outras. Tal postura acaba por restringir a prática da religião muçulmana em detrimento de outras religiões, e especificamente, restringe a liberdade religiosa das mulheres muçulmanas (...) (SCHUCK, 2013)

(...)

Embora o uso da burca não possa ser comparado a práticas tais como a mutilação de genital feminina, a lei de proibição da burca ainda não pode ser invalidada, pois, por ora, a citação de Nussbaum apenas mostra que a analogia não é perfeita. Ao justificar a aplicação da lei de proibição como medida necessária para a promoção da dignidade e do bem-estar da mulher, o Estado reconhece que a mulher que porta os véus integrais não tem a mesma dignidade dos homens e também reconhece que a promoção da equidade de gênero é um valor importante para os cidadãos franceses acostumados com ideais republicanos. Todavia, precisamos verificar se o Estado também está atento às possíveis violações da igualdade de gênero nos demais grupos culturais e religiosos. (SCHUCK, 2013)

É evidente, ainda, que muitos maridos impõe o uso do véu islâmico às suas mulheres, o que novamente contribui para a ideia da posição privilegiada do homem em face da mulher e da vulnerabilidade dela na sociedade internacional, motivo pelo qual é uma minoria que precisa ser protegida. Possibilitar que a própria mulher faça escolhas que entenda mais oportuna a si e que represente seu pensamento e sua vontade, é uma forma de tentar combater a desigualdade tão presente na sociedade, daí a importância de se criticar e não aceitar o posicionamento francês, até porque muitas mulheres usam o véu por desejarem e não por serem obrigadas, como é o caso da ação interposta na Corte de Direitos Humanos.

Por essa razão, a vedação do véu islâmico representa um retrocesso a liberdade de escolha da mulher e destaca que, mesmo diante do reconhecimento e possibilidade do multiculturalismo, a posição privilegiada do homem ainda é uma realidade.

## **UTILITARISMO DE MILL NO CASO DO USO DO VÉU ISLÂMICO**

Bentham é o principal autor do pensamento utilitarista por colocar o ser humano sobre dois focos: a dor e o prazer. Estes sentimentos são capazes de ditar comportamentos e, para Bentham, a norma se vincula aos referidos pontos, a fim de distinguir o certo do errado.

Assim, Bentham buscava responder os motivos pelos quais se deve obediências a leis. A ideia é que o respeito se dá em virtude das melhores consequências ou resultados provenientes de um contrato, haja vista que, pautando-se no prazer e na dor, entendia que se procurava satisfazer os prazeres individuais em busca de uma dor coletiva (felicidade para o maior número).



John Stuart Mill, que também pertence a essa corrente de pensamento, tem a ideia de que o utilitarismo deseja que a felicidade seja de todos. Eloi Fabian complementa isto ao sustentar que:

O utilitarismo não é individual, pois visa a multiplicação da felicidade e a compatibilidade entre o benefício dos indivíduos com o bem do mundo. Com esta afirmação Mill procura refutar os críticos que acusam o utilitarismo de tornar os homens frios e pouco solidários, preconizando apenas as consequências e arrefecendo os sentimentos morais dos indivíduos. O erro dos críticos do utilitarismo é avaliar as pessoas e não suas ações. Preocupam-se exclusivamente com a moralidade das ações tentando perceber se a ação é reflexo de um caráter virtuoso. Esquecem as outras belezas do caráter que tornam um homem digno de amor e admiração. O utilitarismo faz passar ao primeiro plano o interesse da humanidade pela repressão e prevenção da conduta que viola a lei moral, portanto, não julga caráter e individualidades. Para o utilitarismo milliano, o desejo social ideal é viver em unidade com os semelhantes. Isto precisa estar fundado no interesse comum, na cooperação, fazendo dos interesses alheios os seus próprios interesses (FABIAN, 2016).

No entanto, Mill tem ideias que divergem das discussões de Bentham, seja pelo fato de que entende que alguns prazeres são superiores, como os intelectuais<sup>1</sup>, seja porque, no pensamento de Simões (2013):

Mill argumenta, em sua filosofia moral e política, sobre a importância da liberdade e da espontaneidade humana. Seu princípio da individualidade, contrariamente ao princípio do individualismo benthamiano, parece ser teleológico e normativo. Ao afirmar a centralidade da individualidade humana em seu pensamento, Mill não admite sua redução ao simples prazer e dor ou a qualquer outra coisa; ao afirmar a importância do desenvolvimento de si, ele identifica o bem-estar do indivíduo a uma sorte completamente diferente da concepção de felicidade de Bentham, o que o conduziu a conclusões que são muito distintas da geração anterior de utilitaristas (SIMÕES, 2013).

A despeito da liberdade, Mill diz que ela somente encontra limitação na ideia de dano. Ou seja, a intervenção na liberdade somente ocorre a partir de quando há dano alto referente ou a terceiro. Mas, para Mill, a intervenção, que pressupõe uma ação que impeça a realização da liberdade e que causa dano, não encontra respaldo, somente a interferência, que é o aconselhamento ou a sugestão.

Simões enaltece bem este ponto ao afirmar que:

Em outras palavras, a sociedade pode interferir na liberdade de qualquer indivíduo tão somente para evitar danos a terceiros (harm to others), mas não pode fazê-lo sob o fundamento de que seja para o bem dessa pessoa; ou seja, a justificativa paternalista é, aqui, descartada. Da mesma forma, desde que a pessoa não cause danos a terceiros, sua liberdade deve ser garantida. Isto é verdadeiro mesmo no caso em que tais interferências pudessem produzir grandes ganhos globais em felicidade. Apesar da aparente tensão entre seu utilitarismo e liberalismo, Mill deixa claro que seus argumentos para a liberdade individual são, em última análise, dependentes do princípio da utilidade (SIMÕES, 2013).

Em outras palavras, para Mill, a liberdade individual é capaz de levar a felicidade e, para tanto, ele defende a liberdade de opinião, justificando que o efeito da discussão é capaz de demonstrar o caráter de cada um (a individualidade), tanto que a liberdade e a diversidade

---

<sup>1</sup> Mill acredita que os prazeres intelectuais superam os físicos e, conseqüentemente levam a felicidade. Ou seja, para ele, a felicidade não advém de qualquer prazer, mas somente dos considerados superiores, até porque os inferiores apenas levam a satisfação. Em complemento, Simões dispõe: “Poderíamos avançar na análise que Mill realiza e afirmar que o homem é, então, feliz, se faz a experiência de um maximum de prazeres elevados. Assim, afirma-se que alguém é feliz se realiza os desejos que julga importante. Mas, quando Mill considera que o homem não pode ser feliz sem ter a experiência do prazer intelectual, parece estar se distanciando da concepção hedonista de prazer e substituindo-a por uma concepção eudemonista”. (SIMÕES, 2013).

individual é o que leva ao progresso da sociedade. Ressalta que caso o princípio da liberdade fosse adotado, os indivíduos exerceriam livremente sua vida, adquirindo experiências individualizadas que podem levar a felicidade, só que deixa a exceção que seria os danos a terceiros.

Assim, só é possível ter um governo que crie limitações a liberdade individual se houver uma maximização da felicidade geral, sem que se acabe com os interesses dos demais.

No caso da proibição do uso do véu islâmico, se está diante, primeiramente, de uma desigualdade, o que já se prostra contrariamente a posição de Mill que preza pela igualdade. Afinal, outras religiões, como autoridades religiosas católicas, podem sair as ruas com batinas, por exemplo, ou com a vestimenta apropriada, como das freiras, por quê isto não é possível usar o véu islâmico se é da vontade da pessoa e é o que a faria feliz?

Entende-se que, para Mill, isto não faria sentido, justamente por ele desejar, ainda, a felicidade geral. Ora, o uso do véu não deixa aqueles que não são da mesma religião mais felizes ou mais infelizes, ao contrário, nada muda na vida destas pessoas. Já para as que creem, poder usar é algo que as deixa mais feliz e realizadas, de forma que a vedação não encontra respaldo- isto pode ser visto no caso da cidadã francesa que levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, como já suscitado.

Outro fator que corrobora com isto é que, para Mill, só é possível limitar a liberdade caso haja danos a terceiros. Daí, novamente, se pergunta: que tipo de dano um mero uso pode ocasionar? Acredita-se que nenhum. Supor que a burca e os *niqab* são abrigo para terroristas e homens bomba, se trata, realmente, de uma suposição e que não necessariamente ali é que se esconderia eventuais apetrechos, mesmo porque, como diria, os padres também poderiam esconder explosivos em sua batina, se esta for a lógica (CALEGARI,2014).

Além disso, Mill sempre foi defensor, inclusive, da liberdade religiosa, tanto que cita o caso dos mórmons em uma de suas obras (CALEGARI, 2014). E, fazendo um comparativo, se ele entendia que proibir a poligamia poderia ocasionar mais ou menos felicidade as mulheres, o mesmo se aplica ao uso ou não do véu, da burca e do *niqab*. É uma escolha da mulher usar ou não, não cabendo ao Estado proibir, até porque, a partir da ideia de Mill, o dano a terceiro ocorre com a proibição, já que tem mulheres que, por conta da fé que professam, entendem e querem usar, sendo a vedação um constrangimento em sua liberdade e um dano em sua escolha e, conseqüentemente, em seu psicológico que poderá ficar abalado.

A vedação é uma forma de intolerância e não uma medida de proteção como alguns buscam justificar. Não há argumento para a proibição e, se o Estado diz prezar pelo o que conquistou ao longo de sua história, “liberdade, igualdade e fraternidade”, um ato deste se põe totalmente contra o que se prega e demonstra que não se tem um Estado Democrático, mas um Estado opressor, o que se pode dizer que seja um sinônimo de retrocesso desta sociedade.

## CONCLUSÃO

Soa contraditório que um Estado que preza há anos pela igualdade, liberdade e fraternidade, tenha normativas que se ponham contrárias ao que se entende por um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a própria liberdade e igualdade.

A proibição das mulheres da religião muçulmana de utilizarem os véus totais, sob a justificativa de tal medida ser necessária para a garantia da segurança da sociedade, não encontra fundamentação razoável em estados democráticos, sobretudo os que adotam a laicidade como princípio.

O uso dos véus totais não representa um dano social e, portanto, não há motivo para a restrição de direitos fundamentais, no caso, o direito à liberdade em suas diversas facetas, para compensar tal dano. Ao contrário, a proibição elucida que não há tanta preocupação com o direito de escolha da mulher.

Mill somente aceita a restrição nestes moldes, ou seja, quando há dano, mas, aqui, não se entende que uma suposição representa um dano. Afinal, não há o que se falar em um dano efetivo a terceiro, só uma mera ideia de que as pessoas responsáveis por atentados terroristas podem esconder seus armamentos dentro de suas vestimentas, como a burca.

Enfatiza-se que é uma suposição, justamente porque outras pessoas e até religiosos, como padres e freiras, poderiam fazer o mesmo com suas roupas. Não existem razões para sustentar esta restrição, tampouco uma ameaça à paz ou a segurança de um Estado, ao contrário, há tanto um ato que pode ser visto como discriminatório e que trata de forma diversa aqueles que se vestem de determinada maneira e, por consequência, acaba-se impondo um modo de se vestir, justamente para poder permanecer em um Estado sem ser preso.

A vedação do uso do referido véu causa danos a quem, por crença ou costume ou religião, deseja usá-lo. Fere-se a liberdade por mera suposição e viola-se um direito de terceiro pela atitude de um Estado. Ou seja, a norma não foi criada para evitar danos, pois ela mesma acabou gerando o dano.

Mill preza pela igualdade e pela felicidade da maioria. Por esta razão, é notório que o ato não preza pela maioria, haja vista qual a diferença para a sociedade de ter pessoas usando ou não o véu? Para os que professam a fé há sim diferença de poder usar se for da vontade deles, ao contrário dos que não acreditam na referida religião. A questão da igualdade esta intimamente ligada aqui, uma vez que a liberdade religiosa é violada apenas neste caso, o que não ocorre para as demais religiões.

Portanto, tendo por base a concepção de Mill, entende-se que a vedação do uso do véu islâmico suprime a liberdade de expressão e a manifestação religiosa, causando dano as mulheres que, muitas vezes, se sentem constrangidas por não usar o véu, um verdadeiro prejuízo e uma manifestação de intolerância de uma sociedade que há anos é fundada na liberdade, igualdade e fraternidade.

## REFERÊNCIAS

CALEGARI, Priscilla de Oliveira. **A proibição do véu islâmico sob à ótica da liberdade em Stuart Mill**. Disponível em: <[https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4205/1/priscilladeoliveira\\_calegari.pdf](https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4205/1/priscilladeoliveira_calegari.pdf)>. Acesso em: 11/09/2018.

CIGANEIRO, Jake. **Proibição da Burca segue sendo polêmica da França**. DW. Publicado em: 11.4.2016. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/proibi%C3%A7%C3%A3o-da-burca-segue-sendo-pol%C3%AAmica-na-fran%C3%A7a/a-19178841>>. Acesso em: 10/09/2018.

COLLARES, Valdeli Coelho. O Véu depois do 11 de setembro. A identidade e o direito das mulheres islâmicas. **Revista Aurora**. v. 5 n. 1 2011. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1703>>. Acesso em: 10/09/2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. VIII Edição. São Paulo, Saraiva, 2013.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 10/09/2018.

Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2243835/11%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-145466%22%5D%7D>>. Acesso em 10/09/2018

DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. **Escola e Laicidade: O Modelo Francês**. Interações. Cultura e Comunidade. v.3. n.4 p. 153-170, 2008.

FABIAN, Eloi Pedro. **Utilitarismo e liberalismo político em John Stuart Mill**. Disponível em: <<http://filosofazer.ifibe.edu.br/index.php/filosofazer/article/view/189/200>>. Acesso em: 09/09/2018.

FERREIRA, Francirosy Campos Barbosa. **Diálogos sobre o uso do véu (hijab): empoderamento, identidade e religiosidade**. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/6617/4864>>. Acesso em: 28.nov.2019

LEGIFRANCE. **Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&dateTexte=>>>. Acesso em: 10/09/2018.

ONUBR. **Comitê da ONU conclui que proibição de véu na França violou liberdade religiosa de duas muçulmanas**. 24/10/2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/comite-da-onu-conclui-que-proibicao-de-veu-na-franca-violou-liberdade-religiosa-de-duas-muculmanas/>> Acesso em: 20/11/2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Um Novo “caso do véu” no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (parte 1)**. Consultor Jurídico. Direito Comparado. 2 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-02/direito-comparado-outro-veu-europa-parte>>. Acesso em: 09/09/2018.

SCHUCK, Elena de Oliveira. **A Proibição da burca na França: reflexões sobre a justiça a partir de uma perspectiva feminista**. Disponível em: < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/102189> >. Acesso em: 10/09/2018.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/12909>>. Acesso em: 09/09/2018.

USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10/09/2018.



**Coordenação:**

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (USP/UNIP-SP)

Lucas Fucci Amato (USP/EDB-SP)

Gabriel Ferreira da Fonseca (FACSAL/UNICEUSA/TCE-BA)

Luiz Felipe Rosa Ramos (USP)



## LIMITES AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

**Ana Beatriz de Araújo Lucena**

Graduada em Direito (UNICAP)

### INTRODUÇÃO

O combate à elisão fiscal abusiva é um tema de interesse e repercussão mundial. Não é à toa que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com o apoio do G20, lançou o projeto BEPS, que, em tradução livre, visa evitar a erosão da base tributável e o deslocamento de lucros para países de tributação favorecida (ROSENBLATT, 2017, p. 214). A ideia é fomentar a cooperação entre as jurisdições, o que parece mais apropriado quando considerado o *modus operandi* empreendido em planejamentos tributários abusivos.

Não se questiona o direito do particular de organizar seus negócios da maneira que lhe for mais conveniente, inclusive considerando os custos com as obrigações tributárias. Estas, por sua vez, são delimitadas por contornos rígidos, em razão da extraordinária importância do princípio da legalidade no ramo da tributação.

Contudo, o que se percebe é a estruturação de negócios com o intuito de contornar a redação da hipótese de incidência. Ou, ainda, forçar um encaixe em benefício fiscal. O lançamento tributário é prejudicado pelo manejo dos institutos disponibilizados pelo Direito, pelo aproveitamento dos significados subjacentes aos conceitos, das lacunas e dos problemas interpretativos das leis. Isso, não só da legislação interna, mas também com previsões de tratados internacionais e de ordenamentos jurídicos estrangeiros. É a crise do formalismo (GRECO, 2011, p. 16).

Como contrapeso, todas as estratégias antielisivas perpassam a análise da realidade substancial dos negócios empreendidos. Seja pelo combate da fraude à lei (Espanha) ou pela verificação do propósito econômico (EUA), o olhar sempre vai além do que está formalizado, buscando uma interpretação mais pragmática dos fatos. Caso contrário, a atuação da autoridade fiscal ficaria engessada, e seria demasiado ingênua frente às ardilosas montagens negociais.

Exatamente por isso, ganha relevância a análise da relação entre forma e substância. Os atos procedimentais adotados passam a ser analisados buscando a compatibilidade com o resultado final do negócio, e com a lógica existente dentro da estrutura operacional, e também dentro do mercado comercial.

No Brasil, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, pretendia, expressamente, trazer uma norma geral de combate aos planejamentos tributários abusivos. Não obstante, a redação dada ao parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional não foi efetiva esse objetivo. O dispositivo teve a finalidade questionada pela utilização do verbo “dissimular”, associado à simulação relativa, e, portanto, à evasão fiscal. Além disso, ao determinar “observância de procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, era dúvida quanto à sua aplicabilidade.

Diante de entendimentos controversos, é valioso ter noção do posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais quando diante de um planejamento tributário questionado. Ou seja, se, e como, a substância real dos negócios é extraída para além dos invólucros formais pela administração fiscal.

Para tanto, a jurisprudência do órgão foi filtrada a partir das construções “substância sobre a forma”, “prevalência da substância”, “prevalência da essência” ou “prevalência da forma”, além de termos mais livres, como “verdade real” e “artificialidade”, associados com “planejamento tributário” ou “elisão fiscal”, dentro do lapso temporal de 2013-2019.

A análise foi qualitativa, priorizando a contribuição pela compreensão das linhas argumentativas do CARF, pelo menos quanto à identificação de abusos, à possibilidade de desconsiderar o negócio jurídico envolvido e aos fundamentos válidos para tanto.

Considerando as polêmicas que permeiam o parágrafo único do art. 116 do CTN, é esperado que futuramente haja a sua regulamentação, ou sua revogação, para introdução de nova norma antielisiva. Desse modo, o conhecimento do panorama real da atuação da administração pública soma para um debate mais palpável, de maior efetividade. Espera-se que o presente trabalho contribua nesse ponto.

## **PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Os limites do direito ao planejamento tributários são discutidos há décadas, e nem por isso o tema deixou de ser popular.

De um lado, os mais liberais e/ou formalistas, defendem a inexistência de abuso quando os negócios estão dentro da legalidade. Do outro lado, o Estado, apoiado por outros contribuintes, revolta-se contra os chamados “paraísos fiscais”, seja pelo prejuízo à arrecadação, seja pelo sentimento de violação à justiça fiscal.

Ocorre que a abordagem dicotômica é contraproducente.

Em verdade, o próprio espírito do Estado Democrático de Direito é o de pluralidade e conciliação. Os referenciais de justiça dos direitos humanos resultaram na reaproximação das pautas de Direito, Filosofia e Economia, favorecendo uma abordagem sistemática, finalística e pautada em princípios éticos (TORRES, 2013, p. 14).

Passa a vigorar a jurisprudência dos valores como vertente interpretativa do Direito (TORRES, 2013, p. 14), o que, no que se refere à tributação, significa uma ponderação entre as perspectivas do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar social com relação aos interesses do Fisco e à autonomia da vontade privada.

Já ficaram superados os preconceitos no sentido de dar ao direito tributário uma interpretação em critérios apriorísticos, segundo os quais o intérprete deveria buscar sempre a solução que melhor atendesse ao interesse do Fisco (*in dubio pro Fisco*), fundada na prevalência do interesse público, ou sempre a que favorecesse o indivíduo (*in*

*dubio contra Fiscum*), apoiado na regra de respeito à propriedade do indivíduo (AMARO, 2010, p.233).

Assim sendo, nem liberdade total, nem proibição total, aos contribuintes seria reconhecido o direito ao planejamento tributário, mas este não seria ilimitado, podendo ser considerado abusivo.

Os institutos do Direito Civil, pautados na liberdade negocial e autonomia da vontade privada, estão disponíveis aos jurisdicionados para que organizem sua vida do modo que entenderem mais conveniente. Se houver mais de um caminho para realizar o mesmo negócio jurídico, é incogitável obrigar o contribuinte a escolher o mais oneroso, inclusive do ponto de vista fiscal.

Exatamente por isso, a elisão fiscal, por si só, reflete a economia lícita de tributos decorrente do comportamento previsível de operacionalizar negócios da forma mais econômica possível.

O que se questiona é a legitimidade de negócios elisivos que “driblam” a redação da hipótese de incidência por meio de inserção de operações negociais meramente formais. Ou ainda, de estruturas que possibilitam o encaixe forçado em situação fiscal mais benéfica.

Na elisão abusiva, o fato gerador é realizado, mas o lançamento tributário é prejudicado pelo contorno da descrição legal do fato imponible ou do benefício fiscal, o que aconteceria por meio do manejo de institutos disponibilizados pelo Direito, pelo aproveitamento dos significados subjacente aos conceitos, de lacunas ou de problemas interpretativos das leis – seja do ordenamento interno, seja a partir do diálogo com dispositivos internacionais.

[...] a liberdade absoluta do contribuinte levou a uma infinidade de estruturas negociais e reestruturações societárias que, com propriedade, foram consideradas meramente “de papel”. A prevalência da forma levou da perspectiva da legalidade, à veiculação de praticamente quaisquer conteúdo desde que através da lei em sentido formal; e da perspectiva da liberdade de auto-organização ao surgimento de “montagens” jurídicas sem qualquer substância econômica, empresarial ou extra-tributária (GRECO, 2011, p. 14).

Os defensores ávidos do princípio da legalidade, da reserva de lei formal e da reserva absoluta da lei criticaram o combate aos planejamentos tributários, defendendo a impossibilidade de valorar negócios particulares para fins de tributação:

Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência de *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos. A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal (XAVIER, 1978, p. 37).

A interpretação acima pretendia, sobretudo, a segurança jurídica, na medida em que afastava a possibilidade de surpresas. O jurisdicionado, de fato, tem direito de saber exatamente qual comportamento enseja o dever de recolher tributos.

O princípio da legalidade tem extraordinária relevância no Direito Tributário, porquanto necessário para proteger o patrimônio do contribuinte de eventuais arbitrariedades estatais. As obrigações tributárias são delimitadas por contornos rígidos. Se o contribuinte não incorre na hipótese de incidência, não há o que se falar em pagamento de tributo.

Por outro lado, apesar de bem-intencionado, o enaltecimento acrítico da legalidade formal propicia a legitimação das montagens negociais artificiais estruturadas tão somente para evitar o



pagamento de tributos devidos, porquanto formalmente legais. É como se possibilitasse ao contribuinte aproveitar-se do princípio que veio, justamente, para protegê-lo.

Por fim, criou-se a consciência de que a criatividade deve ser prestigiada, mas é importante reagir contra a mera esperteza de quem quer levar vantagem como se o indivíduo vivesse isolado, tendo o mundo submetido à sua disposição ou predação (GRECO, 2011, p. 15).

Assim, o combate à elisão fiscal abusiva é tido como forma de reestabelecer o equilíbrio nos encargos tributários, impedindo que o contribuinte que demonstre a capacidade econômica para efetivar o pagamento do tributo obtenha vantagem injusta.

É o espírito conciliador a jurisprudência dos valores, harmonizando os princípios da legalidade e da capacidade contributiva (TORRES, 2013, p. 14).

A elisão abusiva prejudica os Estados, na medida em que contribui para o *gap* fiscal; mas também é causa de indignação popular, principalmente quando considerado o perfil de alguns contribuintes envolvidos em esquemas elisivos:

A experiência demonstra que, além dos problemas relativos à pura e simples sonegação fiscal, há uma tendência natural de que uma parcela dos contribuintes **(geralmente aqueles com mais capacidade econômica e maior acesso a jurisdições estrangeiras, especialmente os paraísos fiscais)** procure desviar-se de suas obrigações tributárias, recorrendo, dentro de uma aparente legalidade e **com o apoio técnico de assessores especializados**, a esquemas negociais artificiosos (planejamentos tributários abusivos), que manipulam e distorcem normas jurídicas em busca de vantagens econômicas indevidas (GODOI, 2012, p. 118, grifos nossos).

Nesse contexto, Marco Aurélio Greco evidencia uma verdadeira reconfiguração do princípio da isonomia, corolário do princípio da capacidade contributiva:

A própria ideia de quebra da igualdade tributária foi revista; se, no regime da CF/67, havia quebra de isonomia quando o tributo foi exigido discriminatoriamente de alguém, **no modelo da CF/88 o prestígio da capacidade contributiva como princípio tributário explícito aponta haver quebra da isonomia também quando o tributo não é exigido de alguém que manifestou a capacidade contributiva contemplada na lei.** Daí os dois sentidos que podem ser extraídos do art. 150, II, da CF/88: (i) como proibição de exigências discriminatórias e (ii) como proibição de não exigir tributo de todos que se encontrem em situação equivalente (GRECO, 2011, p. 15, grifos nossos).

A pauta não é mais “se” ou “por que” combater os abusos, mas “como”.

## A BUSCA PELA VERDADE REAL

A elisão fiscal depende da racionalização do que está implícito nas palavras utilizadas no texto legal para descrever o fato imponible. É a partir dos significados por trás de cada termo utilizado na hipótese de incidência que será escolhido o modo de realizar o negócio jurídico elisivo, evitando recair na descrição formal positivada. Estratégia análoga para obter benefício fiscal indevido.

Em razão desse *modus operandi*, nenhum ordenamento jurídico está imune dos abusos, de modo que cada país tenta controlar o fenômeno ao seu modo. Na Alemanha, por exemplo, consolidou-se a proibição de abuso da forma jurídica; na Espanha, a vedação de fraude à lei; na Argentina, a desconsideração da personalidade jurídica; nos EUA, o teste do propósito comercial (TORRES, 2005-06, p. 15-19).

Ocorre que, independente da teoria adotada, todas as abordagens demandam uma interpretação dos fatos para além do invólucro formal visualizado.

Logo, embora haja a doutrina específica da *substance over form*, originada nos Estados Unidos, em 1935, a partir do precedente *Gregory v. Helvering*, o raciocínio de sobrepor a substância à forma é pressuposto de qualquer método de combate à elisão abusiva, exatamente por ser o ponto de partida que possibilita racionalizar a função de cada ato existente dentro da estrutura global do negócio.

Para melhor compreensão da lógica operada, ganham relevância os estudos sobre a relação entre a forma e a substância:

Em sentido amplo, é possível definir forma, no Direito, como um arranjo sistemático e finalístico de elementos que compõem uma determinada unidade jurídica, ao passo que a substância compreende os componentes materiais dessa unidade jurídica funcional.

[...]

Deve haver uma lógica e uma coerência internas entre os elementos que integram esse arranjo finalístico [...]. Caso contrário, o arranjo torna-se um simples agrupamento caótico e não propriamente a adoção de uma determinada forma (CARVALHO, 2016, p.48).

Ou seja, não basta a validade isolada de cada ato, seria preciso certificar-se da coerência do diálogo entre eles, bem como a pertinência de sua realização no contexto real que os rodeiam. Não faria sentido a adoção de uma forma cujos atos procedimentais não desempenhassem função útil no alcance do objetivo, que, por sua vez, consubstanciaria a substância do negócio.

Exatamente por isso, não há regra no sentido de que a adoção de uma forma inovadora implica ilicitude. O que importa é a presença dos elementos relativos à adequação, pertinência e idoneidade, que devem existir para que a relação entre forma e substância seja harmoniosa, e não conflituosa (CARVALHO, 2016, p.52).

É aí que entra a busca por razões extra tributárias quando da interpretação dos fatos praticados pelo contribuinte: para encontrar sentido naquela forma adotada.

A abordagem suscita críticas por supostamente adentrar nos propósitos e intenções do contribuinte ao adotar determinada forma de estruturação comercial. O lançamento tributário estaria evadido por subjetivismos, o que é abominado no Direito Tributário.

No entanto, refutar categoricamente a interpretação fática terminaria paralisando a autoridade fiscal quando diante de estruturas flagrantemente artificiais.

O propósito sempre se refere a critérios subjetivos, seja de forma direta, quando se trate da intenção ou do estado mental do contribuinte, ou mesmo indireta, quando se pretende objetivo, por cuidar de considerações sobre razões, objetivos, efeitos e consequências dos atos e negócios jurídicos. Normas gerais antielisivas mais modernas buscam se basear em testes baseados nos resultados, ainda que não se possam evitar inferências a respeito da intenção dos contribuintes. **Ler a mente do contribuinte e provar os seus motivos é impossível, de modo que tais inferências são baseadas em presunções, comumente estabelecidas em uma lista de fatores externos para reduzir a discricionariedade da autoridade fiscal** ao identificar os propósitos envolvidos no planejamento tributário (ROSENBLATT, 2017, p. 219, grifos nossos).

Em suma, análise substancial dos negócios elisivos demanda a visualização racional das particularidades das transações a partir de informações objetivas. E é valioso manter a mente imparcial, já que a argumentação substancial não é necessariamente enviesada aos interesses do Fisco, sendo oportunizado aos contribuintes participar da compreensão do negócio.

## **BRASIL E A JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**

No Brasil, a exposição de motivos da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 trazia, expressamente, o intuito de introduzir uma norma geral de combate aos planejamentos

tributários abusivos. A referida lei acrescentou parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional:

Art. 116:

[...]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

O dispositivo tem conhecidas problemáticas. A redação gerou dúvidas quanto à sua finalidade. O verbo “dissimular” é associado à simulação relativa e, portanto, à evasão fiscal, que não se confunde com a elisão. Nesta, os negócios são realizados às claras, em consonância com a letra da lei, enquanto a evasão pressupõe a ocultação de atos negociais e a violação de determinações legais.

A maior controvérsia, contudo, está na parte final. A ausência da regulamentação mencionada favorece a interpretação de que a aplicação está prejudicada até que os procedimentos de observância obrigatórios sejam explicitados. Some-se isso à indicação de procedimentos que culminam em lançamento tributário via lei ordinária quando o art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal reserva a matéria às leis complementares.

Nesse cenário conturbado, o presente trabalho pretende ter noção da abordagem prática do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais com relação à planejamentos tributários. Ou seja, se, e como, o órgão administrativo busca a verdade dos fatos para combater situações de abuso.

A jurisprudência foi filtrada a partir das construções “substância sobre a forma”, “prevalência da substância”, “prevalência da essência” ou “prevalência da forma”, além de termos mais livres, como “verdade real” e “artificialidade”, todos associados com “planejamento tributário” ou “elisão fiscal”, dentro do lapso temporal de 01/2013 a 10/2019.

A análise foi qualitativa, priorizando as decisões que contribuíssem para a compreensão das linhas argumentativas do CARF quanto à caracterização da elisão fiscal e à possibilidade de desconsiderar a hipótese abusiva, bem como os fundamentos e critérios utilizados para tanto.

Considerando as polêmicas que permeiam o parágrafo único do art. 116 do CTN, é esperado que haja a sua regulamentação ou revogação, para introdução de nova norma antielisiva. Desse modo, o conhecimento do panorama real da atuação da administração pública soma para um debate mais palpável, de maior efetividade. Espera-se que o presente trabalho contribua nesse ponto.

## **ENFOQUE SUBSTANCIAL NO CARF**

A partir da análise dos julgados, observa-se que, de fato, o CARF enfatiza a realidade substancial do negócio empreendido pelos contribuintes quando pretende averiguar a existência de abusividade nos negócios elisivos.

O Acórdão nº 1202-001.076 (2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - 04 de dezembro de 2013) ratifica que a licitude dos atos isolados não confere legitimidade ao planejamento tributário, mesmo que sob argumentação de liberdade empresarial de auto-organização.

Continuaria sendo necessário verificar a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico, uma vez que o “E. Conselho preza pela busca da verdade material à luz das atividades praticadas e intenções do contribuinte”. Não restando “claramente demonstrado o motivo e a finalidade - por que e para quê - das operações realizadas”, o CARF

entende ser “possível aferir que os fatos formalizados juridicamente não parecem corresponder à realidade”.

Embora a decisão mencione as “intenções do contribuinte”, observa-se uma tentativa de afastar-se de indagações diretamente subjetivas sobre as condutas dos particulares.

Em geral, a inconsistência na forma de estruturação dos negócios é aferida por meio de “**indícios incontroversos**” (Acórdão nº 9101-002.793 – 1ª Turma – 09 de maio de 2017). São informações objetivas relativas à localização, identificação da empresa, quadro societário, quadro de funcionários, confusão patrimonial, dependência financeira e estrutural que denunciam a ausência de substrato material do negócio.

A pesquisa jurisprudencial mostrou-se útil para verificar, na prática, como essa abordagem acontece, destacando-se o Acórdão nº 1001-000.799 (Turma Extraordinária / 1ª Turma – 13 de setembro de 2018).

A lide envolvia fracionamento empresarial e foi concluído que este ocorreu para possibilitar o enquadramento das empresas no SIMPLES NACIONAL e, assim, evitar o pagamento de contribuições previdenciárias. Os patrimônios das pessoas jurídicas conectavam-se por meio de contratos de serviços fictícios, ou seja, com transferência de pagamentos, mas sem comprovação da prestação de serviço.

A contribuinte tinha argumentos plausíveis quanto à independência das pessoas jurídicas resultantes do fracionamento empresarial, quais sejam: a) objetivos sociais distintos, consubstanciados na produção de sapatos em qualidade e quantidade distintas; b) inexistência de triangulação de empresas, que possuem clientes e fornecedores próprios; c) parques fabris distintos, com entradas, fardamento e relógios de pontos próprios, inexistindo comunicação entre eles.

Independentemente desses fatores, o CARF manteve o lançamento tributário, entendendo que as empresas formavam uma única unidade fabril, uma linha contínua de produção.

Na fundamentação, consta que as empresas ocupam o mesmo quarteirão e que se tratam de etapas de produção complementares (empresa A encarregada do corte e da costura, enquanto a empresa B fazia a montagem e o acabamento dos produtos. A autuada, empresa C, não possuía linha de produção, ficando encarregada do despacho dos produtos industrializados para o comprador). Verificou-se que ocorreu a transferência de trabalhadores da empresa C para a A e a B, havendo provas de que todas são responsáveis solidárias em obrigações trabalhistas. As notas fiscais contêm o mesmo número de telefone e endereço eletrônico. O comando das empresas era exercido pelo administrador e principal sócio da autuada.

Rearranjos societários análogos estavam associados ao aproveitamento de ágio interno.

O Acórdão nº 1301-002.670 (3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – 18 de outubro de 2017) resume as críticas direcionadas à dedução de tributos decorrentes de operações entre pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico envolvendo geração de ágio, principalmente pela ausência dos costumeiros riscos negociais:

O ágio interno, não dedutível para fins de IRPJ e CSLL, decorre de negócio jurídico celebrado entre partes relacionadas. Existe vínculo entre as partes quando elas estejam submetidas a controle comum, ou quando uma delas se ache submissa à vontade da outra. Nessa hipótese, **estarão ausentes as condições de mercado necessárias à livre formação do preço de alienação e de aquisição do investimento. Portanto, mesmo que não haja fraude, simulação ou conluio; mesmo que haja laudo indicando a expectativa de rentabilidade, o ágio não será suscetível de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

[...]

Uma operação de compra e venda envolvendo empresas do mesmo grupo econômico não gera riqueza nova. Não há ganho, nem perda. Eventual ganho de uma parte é perda para a outra e, dentro do grupo econômico, elas se anulam (grifos nossos).

Não obstante, uma vez que as conclusões sobre legitimidade dos negócios devem perpassar toda a estrutura societária, o aproveitamento ágio interno, por si só, não deslegitimaria o planejamento tributário, desde que houvesse coerência com a sua disposição na organização do negócio.

Foi o que aconteceu no Acórdão nº 1302-002.096 (3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 11 de abril de 2017), em que a análise substancial favoreceu o contribuinte em litígio envolvendo o instituto.

O relator entendeu que diferenças operacionais entre duas empresas inviabilizavam uma negociação direta, de modo que a constituição de uma terceira pessoa jurídica facilitaria a transação. Assim, havendo propósito nos negócios jurídicos realizados, seria plausível a geração, e, portanto, o aproveitamento, do ágio interno.

Outros negócios jurídicos foram desconsiderados pelo CARF em razão da “anomalia das operações” quando visualizadas dentro da realidade do ramo comercial. Destaca-se o Acórdão nº 1102-001.029 (1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - 11 de março de 2014):

Não bastasse a notória discrepância observada entre os valores de "venda" dos imóveis, e aqueles que serviram de base de cálculo do ITBI, **desperta atenção o preço do aluguel pactuado entre as empresas nesse primeiro contrato de locação**, quando comparado com o valor de transferência contabilizado para o mesmo ativo envolvido na operação. Por exemplo, **um mesmo imóvel transferido por R\$ 70 mil foi locado, em ato contínuo, por um valor mensal de R\$ 20 mil. Ou seja, com apenas 3,5 meses de aluguel a locadora já cobre o valor atribuído ao ativo transferido, condição essa notadamente anômala, dissociada e não usual perante as condições normais do nosso mercado imobiliário, ainda mais quando se leva em conta que na aquisição do bem locado não houve desembolso algum.**

[...]

**Se se dividir, no caso do primeiro contrato de 2008, a locação mensal total (R\$ 355 mil) pelo custo de aquisição dos 08 imóveis contabilizados naquela oportunidade (R\$ 3,8 milhões), chega-se a um percentual médio de 9%. Esse percentual é totalmente dissociado do mundo real do segmento imobiliário, no qual a remuneração mensal de imóvel comercial num mercado competitivo, como o da cidade de São Paulo, por exemplo, gira entre 0,7% a 1,1%, o que, na melhor hipótese, exigiria cerca de 100 meses para que um investidor tivesse de volta o investimento feito em um imóvel comercial.** Tal anomalia pode ser facilmente observada quando se visita o site da FGV (<http://portalibre.fgv.br/>). onde se encontra divulgada a série histórica do IGMI-C (Índice Geral do Mercado Imobiliário) – índice que mensura as rentabilidades trimestrais e anuais de retorno de capital investido em imóvel comercial (grifos nossos).

A autuação foi realizada com base na “recomposição da verdade”, sendo esta resultante da averiguação do verdadeiro substrato material do negócio.

Outras construções argumentativas replicam a ideia, como a ausência de “condições de mercado necessárias à livre formatação do preço de alienação e de aquisição de investimento” (Acórdão nº 1301-002.670), o “desvirtuamento do objetivo natural” a que se destina a emissão de debêntures (Acórdão nº 1402-002.490), as “condições atípicas de que o negócio se revestiu” (Acórdão nº 1402-002.490) ou, ainda, transações “desprovidas de características de necessidade, anormalidade e usualidade” (Acórdão nº 9101-002.880).

## ENTRE A ELISÃO E A EVASÃO NO CARF

A análise pormenorizada da estrutura operacional de um negócio não é tarefa fácil. As complexas e confusas estruturas societárias envolvendo diversos contratos, vendas de ações, *holdings*, debêntures, ágios, etc., dificultam a valoração jurídica dos fatos.

Mas o olhar global sobre o negócio é determinante, inclusive, para diferenciar casos de elisão e de evasão.

No Acórdão nº 1402-002.325 (4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 04 de outubro de 2016), por exemplo, perceber a artificialidade das empresas veículos utilizadas nas operações, ou, ainda, a elaboração de documentos formais para fundamentar a dedução de despesas inexistentes não resolveu a lide.

A decisão final sobre o tratamento dado ao negócio dependeu da constatação de que o negócio de emissão de debêntures dissimulava, na verdade, uma verdadeira integralização de capital.

Inicialmente, o negócio foi enquadrado como elisão abusiva. O relator havia considerado o critério temporal e a ausência de ocultação de informações pelo particular:

No caso concreto, não há dúvidas de que a conduta praticada pelo contribuinte enquadra-se no conceito de elisão abusiva (ou se preferir, elusão), uma vez que as provas indicam que **todos os atos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, devidamente contabilizados em calcados em documentos formalmente corretos**, e, nesse cenário, quer se enquadre tal conduta como abuso de direito (o que implica a requalificação dos fatos).

**Também não há que se falar em sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64), uma vez que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal**, excluindo-se a possibilidade de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito (grifos nossos).

O voto vencedor, por sua vez, concluiu pela ocorrência de simulação, considerando que “o fato apontado pela Fiscalização como realmente ocorrido a integralização de capital - jamais foi evidenciado pela Recorrente, mas sim acobertado atos simulatórios”:

A meu sentir, a autoridade fiscal angariou elementos de prova suficientes e aptos a comprovar suas conclusões: a operação levada a efeito foi uma integralização de capital, e não uma operação de emissão de debêntures. E frise-se que, para tanto, realizou-se uma ampla e profunda investigação, demandando praticamente três anos de procedimento fiscal, por meio do qual foi colhido um robusto conjunto probatório composto por mais de 9.000 (nove mil) folhas. Portanto, entendo absolutamente despropositados os argumentos da Recorrente de que “mesmo que a intenção e a realidade fossem de aumento de capital, este não estaria encoberto, porque transpareceria do conjunto de fatos documentados e contabilizados, através dos quais os fiscais entenderam haver aumento de capital”.

**Ao contrário do alegado em recurso, tais elementos probatórios não se encontravam “às claras” e nem permitiriam, por uma análise perfunctória (nas palavras da Recorrente) identificar a operação real praticada (integralização). Por essas razões, as conclusões extraídas da operação realizada não foram simplesmente extraídas da mera análise dos “fatos documentados e contabilizados”, mas sim pela análise conjunta de todas os elementos de prova arduamente produzidos pela equipe de fiscalização responsável pela autuação, incluindo provas não sujeitas à contabilização, como, por exemplo, documentos publicados no exterior. Portanto, o fato apontado pela Fiscalização como**

**realmente ocorrido a integralização de capital – jamais foi evidenciado pela Recorrente, mas sim acobertado atos simulatórios.**

Ocorre que não há garantia de que negócios similares receberão o mesmo tratamento quando submetidos à apreciação do CARF.

Para exemplificar, compara-se os Acórdãos nº 9101-002.880 (1ª Turma – 06 de junho de 2017) e o nº 1402-002.726 (4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 15 de agosto de 2017).

O primeiro foi assim ementado:

**ELISÃO FISCAL ABUSIVA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA.**

Embora seja lícito aos contribuintes perseguirem a redução de sua carga tributária, tal objetivo não pode ser levado a efeito mediante a prática de atos abusivos que, embora formalmente válidos, não o sejam em sua substância. Segundo o disposto no art. 187 do Código Civil os atos assim praticados são qualificados como ilícitos e, por conseguinte, não são oponíveis ao Fisco.

Considerase abusiva a economia tributária levada a **efeito mediante a transferência, a outra pessoa jurídica do mesmo grupo econômico, de parte das atividades que vinham sendo exercidas pelo sujeito passivo, quando restar provado que a outra pessoa jurídica sequer possuía as condições materiais necessárias para efetivamente desenvolver as atividades que, por contrato, lhe foram transferidas.** Neste caso a tributação deve ser realizada **abstraindo-se da existência formal da outra pessoa jurídica, prevalecendo a realidade substancial, conseqüentemente não são dedutíveis as despesas relativas a serviços cuja efetiva realização não foi comprovada pelo sujeito passivo.**

Os seguintes trechos resumem o caso do Acórdão nº 1402-002.726:

Em relação à qualificação da multa, concordo com as conclusões da DRJ quando afirma que a autuação não trata, como é óbvio, de mera inadimplência, como afirma a recorrente, mas sim, a simulação amplamente comprovada nos autos, visando a **evasão tributária**, o que justifica a qualificação das multas.

Tem-se, ainda, que no esquema simulado **houve a utilização de estruturas empresariais offshores sem qualquer atividade operacional com simulação de atividades que nunca desempenharam e, simultaneamente, oneração de despesas fictícias em sociedade empresária deficitária com o único propósito de sonegação fiscal**; o que justifica a qualificação da multa.

Ou seja, em suma, ambos trataram de contratos de prestações de serviços fictícias, elaborados para transferir lucros entre empresas de um mesmo grupo econômico para obter enquadramento em regime fiscal mais benéfico e, assim, obter economia tributária.

Contudo, no Acórdão nº 9101-002.880 o esquema foi tratado como elisão fiscal abusiva, enquanto no Acórdão nº 1402-002.726 os fatos foram considerados evasivos.

Outro ponto que chama atenção é que o enquadramento do negócio como elisivo não protege o contribuinte da pena de multa qualificada, embora a penalidade seja prevista tão somente para as hipóteses de sonegação, fraude ou conluio, consoante arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Em verdade, mesmo dentro de uma mesma turma, a penalidade pode ser afastada, em razão da inexistência de ocultação de atos negociais (Acórdão nº 1402-002.513 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - 17 de maio de 2017), ou aplicada, evidenciando o intuito conscientemente fraudulento no modo de estruturar os negócios (Acórdão nº 1402-003.815 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 20 de março de 2019).

Ou seja, mesmo quando realizado totalmente dentro da letra da lei, o tratamento como ilícito é um risco.

## CARNAVAL ARGUMENTATIVO

O Acórdão nº 1402-002.325 evidencia que a jurisprudência, desde o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, é no sentido de que “a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta dos contribuintes possa ser considerada lícita, mas não é suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico”.

Assim, não chega a ser surpresa diversos acórdãos evidenciarem a desnecessidade do parágrafo único do art. 116 do CTN para desconsiderar a estruturação de negócios jurídicos particulares.

Trecho do Acórdão nº 2801-003.958 (1ª Turma Especial – 10 de fevereiro de 2015) explica:

Não esqueço que haja na legislação brasileira o parágrafo único do artigo 116 do CTN, que introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 2001, trouxe a chamada "norma antielisiva" e teve sua constitucionalidade questionada no STF (ADIN 2.446). **Mas mesmo para os que entendem pela sua não autoaplicabilidade por causa da remissão a observância de "procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária", destaco que ensina o Professor Tesouro que nos ordenamentos nos quais não exista uma disposição antielisiva que autorize expressamente a requalificação dos negócios, as administrações tributárias e os juízes recorrem igualmente à técnica supracitada, para possibilitar assim a tributação aos negócios "elisivos". Remete especialmente ao caso da experiência francesa, onde afirma que a jurisprudência tributária do Conselho de Estado expôs a noção de "abuso de direito" (tocante aos "atos simulados") às operações jurídicas realizadas cuja regularidade não é posta em dúvida, mas que têm, como único objetivo, perseguir um tratamento fiscal mais vantajoso.** (TESAURO, Francesco. Istituzioni di Diritto Tributario. 1 parte, 9ª ed. Utet Giuridica. Milano. 2009. p. 248/250)

E, de fato, a tese do abuso de direito é popular na jurisprudência do CARF quando caracterizada a elisão abusiva, sendo associado à ausência de propósito negocial nas operações.

A figura do abuso de direito, disposto no art. 187 do Código Civil, entende ilícito o direito exercido pelo titular ultrapassando os limites impostos “pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Então, quando não há função na estrutura negocial para o fracionamento empresarial, geração de ágio ou emissão de debêntures, considera-se que se trata de mera construção formal engendrada tão somente para prejudicar o recolhimento dos tributos.

Não sendo a função desses institutos lesar direito de terceiros (no caso, o Estado), o planejamento tributário seria ilícito e, portanto, poderia ser desconsiderado pela administração fiscal (Acórdão nº 9101-002.880).

Há, contudo, algumas divergências na compreensão desses propósitos. O Acórdão nº 1402-002.337 fala em “único propósito”, o nº 9101-002.880 fala em “finalidade única ou primordial”, enquanto o nº 1401-001.675 fala em propósito “preponderante”.

Há, ainda, outro argumento popular quando há apreciação da legitimidade de planejamentos tributários, que é o de simulação.

Com o intuito de afastar a confusão com a evasão, a tese pode ser percebida em sentido amplo. A argumentação é pela evolução do conceito, consoante Acórdão nº 2402-006.180:

A valoração jurídica das situações e circunstâncias fáticas efetuada pela Fiscalização da RFB, e corroborada pela decisão recorrida, revela posição avançada sobre o conteúdo do conceito jurídico de simulação previsto no art. 167 do Código Civil Lei n. 10.406/2002.

Restou evidenciado, no caso em tela, o confronto da visão globalizante, material e causalista em face da tradicional visão formalista e voluntarista de simulação sustentada pelo Recorrente.



Nessa perspectiva, prevaleceu o conceito amplo de simulação, que, na sua essência, privilegia aspectos econômicos e operacionais, na medida em que a autoridade lançadora examinou, no caso em apreço, a causa concreta dos negócios, comparando-a com a causa típica ou a finalidade prática para a qual os negócios jurídicos foram engendrados pelo ordenamento jurídico, avaliando as operações em sua totalidade com o fito de aferir o quanto artificiosos e ausentes de substrato jurídico efetivo podem ter sido os atos e os negócios jurídicos praticados pelas empresas Saturno, IBS e IM.

Em resumo, o parágrafo único do art. 116 do CTN não embasou o lançamento tributário em nenhum dos acórdãos localizados. O que se percebe é que a argumentação favorável à arrecadação reunia argumentos advindos de teorias civilista (abuso de direito, simulação) ou de direito estrangeiro (ausência de propósito negocial). Tal fato é objeto de críticas, como será visto a seguir.

## AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL

De fato, a esmagadora maioria dos acórdãos localizados admitia o julgamento pelo CARF da validade do planejamento tributário empreendido pelo contribuinte.

Contudo, há decisões recentes pela inexistência de fundamento jurídico válido para desconsiderar negócios particulares realizados em conformidade com a letra da lei.

O Acórdão nº 1302-003.290 (3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 12 de dezembro de 2018) evidenciou doutrina de Maria Rita Ferragut quanto à inadequação do Fisco utilizar teorias civilistas em sua atuação, mais precisamente porque “havendo na legislação tributária tratamento específico para os defeitos dos atos ou negócios jurídicos, é essa legislação – e não a de natureza civil – que deverá pautar os limites da atuação do contribuinte”.

Os tratamentos específicos estariam dispostos no parágrafo único do art. 116, no art. 149, VII, no art. 150, § 4º, no art. 154, no art. 155, I e no art. 180, que contemplariam “somente as hipóteses de dolo, fraude e simulação, inclusive à relativa (dissimulação)”.

Embora tenha sido mencionado, o relator, em continuidade, isola o parágrafo único do art. 116 do CTN, pontuando que a lei ordinária regulamentadora nunca foi criada, o que “gera grande insegurança jurídica, tanto para os contribuintes quanto para a Administração Pública, deixando importantes questões relacionadas à arrecadação tributária à mercê de subjetividades”.

Por isso, decide por não aplicar o dispositivo, concluindo pela total ausência de fundamento legal para a administração tributária combater supostos abusos nos planejamentos tributários.

Evidenciou, ainda, que mesmo que o negócio jurídico questionado não tivesse propósito negocial, não caberia à administração tributária desconsiderá-lo, já que tal exigência não consta no ordenamento pátrio, mas é, na verdade, construção estrangeira:

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de que as operações realizadas não tiveram real propósito negocial advém **de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico**, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária (grifo nosso).

O Acórdão nº 1401-002.835 (4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – 15 de agosto de 2018) também é incisivo nas críticas ao teste do propósito negocial.

Em sua fundamentação, o relator evidencia que “o conceito de propósito negocial carece de fundamento legal, tornando-se absolutamente subjetivo e abrangente”, de modo que a ausência de um entendimento uniforme torna “qualquer discussão acerca da motivação para operações societárias como ao menos parcialmente subjetivas, afastando-se do princípio da tipicidade cerrada que foi base da formação do direito tributário”.

Em continuidade, pontua que “a busca da redução de incidência tributária, por si só, já se constitui em propósito negocial que viabiliza a reorganização societária, desde que cumpridos os demais requisitos”.

Embora não tenha explicitado quais seriam os demais requisitos, foram juntadas ementas que traziam que, inexistindo dolo, fraude ou simulação, a busca pela eficiência fiscal não é motivo para recriminação. Afinal, mesmo que seja o único intuito da operação, não há previsão na lei civil que trate a finalidade como ilícita.

## **INSEGURANÇA JURÍDICA E COMPORTAMENTO DOS CONTRIBUÍNTES**

Dentre os argumentos suscitados pelos contribuintes, eram constantes aqueles que apelavam para a necessidade da adoção daquela determinada estrutura societária para a sua sobrevivência do negócio. Como no caso do já mencionado Acórdão nº 1001-000.799:

**Não pode a empresa concordar com tal exclusão, haja vista que, dado às peculiaridades do caso presente, tal medida é desprovida de qualquer razoabilidade e proporcionalidade. Uma vez excluída do SIMPLES NACIONAL, a manifestante/recorrente enfrentará enormes dificuldades para o cumprimento de suas futuras obrigações fiscais, podendo, inclusive, restar inviabilizada a sua sobrevivência econômica.**

Contudo, a exposição até aqui delineada demonstra que o planejamento tributário é um caminho de incertezas. Mesmo que realizado com a utilização de formas legais, o negócio pode ser considerado evasivo ou elisivo, e o enquadramento é pouco relevante, já que há precedentes de evasão sem multa qualificada e elisão com multa qualificada.

Ocorre que, de outro lado, há a chance de a turma considerar que não há respaldo legal para desconsiderar seu negócio particular ou visualizar propósito negocial nas operações. E, por fim, ainda que tudo dê errado, os créditos tributários podem ser parcelados pelo REFIS. Cabe ao contribuinte, a depender do crédito economizado, analisar se vale a pena arriscar.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As discussões quanto aos limites do direito ao planejamento tributário arrastam-se por décadas. Nesse meio tempo, diversos países adotaram estratégias para frear os abusos, como as teorias do abuso da forma, da Alemanha, da fraude à lei, da Espanha, da teoria do propósito negocial, nos Estados Unidos.

Ocorre que, no Brasil, não há uma técnica antielisiva consolidada.

A partir do resultado da pesquisa jurisprudencial realizada, percebe-se que o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, apesar de introduzido para combater planejamentos tributários abusivos, não é instrumento efetivo. Nenhum acórdão localizado utilizou-o em suas argumentações. Em verdade, ora o dispositivo foi compreendido como inaplicável, por ausência de regulamentação, ora foi tido como dispensável para a desconsideração dos negócios particulares formalizados.

Em verdade, os lançamentos tributários eram fundados na reunião de teorias civilistas, simulação e/ou abuso de direito, em associação com construções estrangeiras, como o teste do propósito negocial. Todas são criticáveis.

A simulação, teoricamente, é hipótese de evasão, sendo tratada pelo art. 149 do Código Tributário Nacional. Por isso, o enquadramento é tecnicamente deficiente, já que a simulação pressupõe a ocultação de informações do Fisco, enquanto na elisão fiscal todos os atos estão visíveis, mas são tidos como “ocos”, apenas existente na forma. A utilização, “em sentido amplo” do conceito, por sua vez, demonstra vagueza, e inovação jurídica.

No caso da teoria do abuso de direito, a utilização é questionada por tornar o negócio completamente nulo, isto, é inapto de produzir efeitos em qualquer esfera, inclusive na civil. Dessa forma, a autoridade fiscal estaria invadindo a competência do judiciário, a quem caberia declarar o ilícito.

Já o princípio do propósito negocial é criticado por não ter previsão no ordenamento jurídico pátrio. Por advir de experiência estrangeira, não há uma definição legal do conceito passível de balizar sua aplicação no Brasil.

Tal fato, inclusive, fortalece uma tese favorável ao contribuinte: a de que a própria economia de tributos não deixa de ser um propósito para estruturar o negócio daquela forma, mesmo que alguns atos sejam desprovidos de importância substancial. A economia não deixa de ser um “propósito negocial”.

Essa perspectiva, contudo, causa inquietações quando pensada na prática. Pode-se questionar se a “economia de tributos” deveria constar expressamente como a razão do negócio jurídico, e se essa motivação, por si só, é realmente válida. Ou se somente é válida enquanto não há definição legal do conceito de “propósito negocial”, hipótese em que haveria novamente o abuso de lacuna legal. A crise do formalismo estaria andando em círculos.

De qualquer forma, o que se tem é que ao lado das decisões que entendem pela completa inexistência de fundamento legal válido para combater os planejamentos tributários, há outras que se esforçavam por argumentar pela validade do lançamento utilizando teorias civilistas e doutrina estrangeira.

É flagrante o prejuízo à segurança jurídica. O contribuinte passa a depender da sorte, de acordo com a ideologia majoritária da turma responsável por sua impugnação.

E há, ainda, outros pontos de incerteza.

Chamou atenção os enquadramentos diferentes concedidos à negócios semelhantes, como ocorreu com a lide em que contratos artificiais de prestação de serviço visavam a distribuição de lucros e, assim, o enquadramento em regime fiscal mais benéfico. A depender da turma, a estruturação tanto foi considerada elisiva, quanto evasiva, mesmo que formalmente legal.

Some-se isso ao fato de que mesmo quando elisivo, a multa qualificada pode incidir, em razão do intuito flagrantemente doloso e fraudulento do *modus operandi* empreendido. Em oposição, mesmo que enquadrado como evasivo, a multa pode ser afastada, por não ter havido violação de expressa determinação legal.

O cenário reforça a necessidade de alterações legislativas, seja para regulamentar a norma geral antielisiva brasileira, seja para revoga-la e reintroduzir uma nova. Espera-se a determinação dos critérios balizadores da atuação fiscal, bem como o esclarecimento das consequências da configuração da elisão abusiva.

Por outro lado, não há como fugir do fato de que a regulamentação do tema deve ser parcialmente aberta, de modo a possibilitar a interpretação dinâmica dos fatos. Senão, da mesma forma que o contribuinte dribla a redação da hipótese de incidência a partir do significado dos conceitos, o mesmo poderia ocorrer com os termos contidos na norma geral antielisão.

A segurança jurídica da tributação também está no cumprimento do princípio da capacidade contributiva. Logo, se a objetividade interessa ao contribuinte que comete ilícito, essa tática precisa ser remediada.

Ocorre que, independentemente da tese adotada na fundamentação da desconsideração/requalificação dos negócios particulares, é imprescindível, antes, realizar uma análise substancial dos fatos, verificando a presença de artificialidades na estruturação dos negócios.

Assim sendo, entende-se que o debate termina sendo mais produtivo quando voltado ao estudo das particularidades dos casos elisivos, do que quando visa analisar as diversas técnicas antielisivas existentes. Isso porque todas partem do mesmo raciocínio de valorização da substância.

A justeza do lançamento não depende especificamente do seu fundamento legal, isto é, se foi baseado na ocorrência de abuso de direito, fraude, dissimulação, simulação, etc, mas sim na devida verificação do aproveitamento das estruturas formais, da solidez da constatação de que o negócio visualizado era inútil, oco, e que era simplesmente uma peça para obter vantagem fiscal indevida.

Nesse sentido, o aprofundamento do estudo dos casos pela administração pública soma ao debate legislativo. Sendo o tema tão complexo, não há outro caminho senão a cooperação entre os poderes, de modo a tornar a discussão mais pragmática.

O tema é exemplo de desafio do mundo contemporâneo para alcançar uma justiça fiscal atendida com as dinâmicas comerciais atuais, não só no plano da economia interna, como mundial. Essa perspectiva deve respeitar as demandas dos dois polos, Estado e contribuinte, de modo que não haja avidez arrecadatária que tão somente some dificuldades à prosperidade do empreendedor. Não é a elisão que se combate, mas o abuso do direito à elisão.

De qualquer forma, os conflitos e atritos percebidos na jurisprudência acrescentam à busca pela melhor estratégia. Se ainda não se sabe a solução ideal, ao menos há ideia dos pontos que se precisam trabalhar internamente. O combate ao planejamento tributário caminha para tornar-se princípio de direito internacional, e é importante não isolar o Brasil desse debate.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, João Rafael Lavandeira Gândara de. **Forma e substância no direito tributário**. São Paulo: Almedina, 2016.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no direito tributário brasileiro. **Revista da PGFN**, Brasília, v.1, n.1, p. 9-18, 2011.

GODOI, Marciano Seabra de. Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil: sugestão de alterações legislativas no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 194, p.117-146, abr./jun.2012.

ROSENBLATT, Paulo. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n.2, p. 211-233, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n.4, Salvador, nov./dez.2005 a jan.2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1978.

# A REGULAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL: ENTRE AS TENTATIVAS DE TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS PELO ESTADO BRASILEIRO E A DINÂMICA IMPOSTA PELA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

**Ariel Augusto Lira de Moura**

Graduando em Direito (UNISINOS). Pesquisador-Bolsista PIBIC/CNPq vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq) sob orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

**Gustavo de Moraes Roehle**

Graduando em Direito (UNISINOS). Pesquisador-Bolsista UNIBIC vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq) sob orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

## INTRODUÇÃO

A problemática da regulação da economia é uma temática que por si só já merece enfrentamento, possuindo um histórico de desenvolvimentos teóricos e práticos não só nas ciências econômicas como também na perspectiva das ciências (e filosofias) política e jurídica. A presente pesquisa objetiva atualizar esse problema para o contexto midiático atual, qual seja, a cultura das redes.

Nesse sentido, urge o questionamento acerca de como é possível construir uma observação adequada do tema em questão a fim de dar um direcionamento para as tentativas de regulação das operações econômicas no âmbito digital. O objeto empírico que guiará o desenvolvimento desta pesquisa será, então, a tecnologia *blockchain* e as tentativas de regulação das criptomoedas.

A tecnologia *blockchain* é representativa da forma de organização da economia digital, enquanto as criptomoedas que se usam desta tecnologia representam um caso emblemático atual que está sendo enfrentado pela coordenação de organizações, não só estatais, ao redor do mundo.

A metodologia empregada apresenta-se por meio da matrix pragmático-sistêmica de Leonel Severo Rocha (2005), a qual ressalta a construção do sentido do direito a partir de sua *práxis*, aliada a uma análise da sociedade a partir dos pressupostos da Teoria dos Sistemas de Luhmann, Teubner e Vesting. Dessa forma, observar-se-á, inicialmente, como a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2007) observa os sistemas político, jurídico e econômico, inserindo-se a problemática da regulação.

Após, é feita uma transição da Teoria dos Sistemas de Luhmann (2007) para a de Thomas Vesting (2018) quando da atualização da problemática da regulação para a economia digital. Em seguida, adentra-se na análise das tentativas de tributação das criptomoedas por parte do Estado brasileiro a fim de ressaltar um processo de construção dos sentidos por meio da coordenação em rede de inúmeras organizações (estatais e não estatais, econômicas e não econômicas).

## A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DOS SISTEMAS NA MODERNIDADE

A modernidade para Niklas Luhmann (2007) é a descrição da sociedade como mundial e funcionalmente diferenciada. Para o jurista e sociólogo alemão, este termo substitui outros como “globalização” a fim de ressaltar a circulação da comunicação por todo o globo dentro de sistemas que se diferenciam pela sua função. Nesse sentido, a modernidade se inscreve no período desde

as Revoluções Liberais do século XVIII e XIX até a contemporaneidade, sendo que descrições como pós-modernidade (Lyotard) ou modernidade líquida (Bauman), a exemplos, apenas fazem sentido como autodescrições da própria sociedade na sociedade. (LUHMANN, 1995).

Dessa forma, a consolidação dos ideais iluministas se inscrevem em um contexto no qual não há apenas um referencial de sentido. Logo, os critérios de racionalidade que se ancoram na capacidade racional do indivíduo, e de sua diferenciação com relação a outros animais, não fazem mais sentido, pois não levam em conta o contexto social altamente complexo no qual está presente de modo fragmentado inúmeras racionalidades parciais que se autoconstituem. É levando isto em conta que pode-se pensar em um iluminismo sociológico na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, pois ele recepciona algumas ideias desse movimento, como a interligação entre os conceitos de racionalidade, autonomia e legitimidade, porém, operando uma forte mudança de paradigma que radicaliza o empreendimento pós-metafísico. (KING; THORNHILL, 2003).

Os critérios de integração da Antiga Europa, como o Direito Natural ou a Moral, são realizados pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados, dos quais podemos citar a validade (Direito), a verdade (Ciência), o poder (Política), o dinheiro (Economia), entre outros. Isso porque a codificação binária de cada sistema, simbolizada por esses meios, da corpo a diferenciação de sistemas autopoieticos que constroem realidade parciais próprias de acordo com a sua função. Nas palavras de Luhmann (2007, p.603):

La combinación aquí propuesta —de la teoría de sistemas sociales autopoieticos con el concepto de diferenciación funcional— nos aporta el punto de partida para una teoría de la sociedad moderna. Resumiéndolo en una fórmula: con la renuncia a la redundancia, es decir, con la renuncia a la multifuncionalidad se pueden realizar considerables logros de complejidad —y esto trae consigo, naturalmente, un gran número de problemas consecuentes. Esta descripción toma en la teoría el lugar que tenía en la sociología clásica la doctrina de la división del trabajo.

O esquema sociológico clássico da distinção entre integração e diferenciação é substituído pela distinção autopoiese/acoplamento estrutural. Isso se explica pelo fato do pensador definir a sociedade pelo seu elemento último, a comunicação, e não como se esse elemento fosse o indivíduo. Ensina Luhmann (2007, p.20) a esse respeito:

Las investigaciones que este libro presenta buscan dar el paso hacia un concepto de sociedad radicalmente antihumanista, radicalmente antirregionalista y radicalmente constructivista [...] Naturalmente no niegan que haya seres humanos y tampoco ignoran las crasas diferencias que marcan las condiciones de vida en cada región del globo terrestre. Son investigaciones que sólo renuncian a deducir de estos hechos un criterio para definir el concepto de sociedad y para determinar los límites que corresponden a tal objeto [...].

Assim, as observações sobre a sociedade moderna devem levar em conta, de um lado, a autopoiese de cada subsistema, que em relação ao sistema social diferencia-se por sua função, e, de outro, os acoplamentos estruturais que explicam a relação entre estes sistemas. Nessa perspectiva, Luhmann (2007) descreve a diferenciação conjunta de três principais sistemas funcionais, os Sistemas Jurídico, Político e Econômico.

Para além da diferenciação antiga entre *oikos* e *polis*, a medieval entre família e público, ou a moderna entre Estado e Sociedade, Luhmann (2009) define a política como um sistema que define a sua própria identidade, que (re)constrói seu próprio sentido. Esta é a definição de autopoiese, a autorreprodução de suas operações elementares com referência à um código (binário) e função próprios. Para o Sistema Político, o código é governo/oposição e sua função é a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

O Estado, nessa perspectiva, faz parte da autodescrição do sistema político global. Ele não segue o princípio da diferenciação funcional, mas sim segmenta parte do sistema político de modo territorial, como pode-se perceber no conceito científico de soberania como domínio sobre um território. A centralização da função política em uma organização central, o Estado, caminha no sentido contrário à diferenciação da sociedade em sistemas funcionais. Porém, como afirma Luhmann (2010), faz parte deste mesmo processo. É que, como ele (LUHMANN, 2007, p.603) assevera, “[...] la fijación inequívoca del primado de una forma de diferenciación determinada es más excepción que regla, y cuando eso ciertamente se logra puede exponer al sistema a impulsos de cambios evolutivos [...]”.

Devido à dinâmica da diferenciação funcional, a sociedade não é capaz de regular as relações entre os sistemas autopoietico, o que ficará relegado a evolução, ou seja, a história que agora se inscreve na memória de cada sistema de modo fragmentado. (LUHMANN, 2007). Deve-se ter em mente, aqui, os ensinamentos do sociólogo sobre a modificação de estruturas na história, expresso, a exemplo, no seguinte trecho:

[...] Quando um sistema autopoietico se fecha pela primeira vez ou afirma seu fechamento num contexto social radicalmente modificado, isso não se dá como um reorganização ao modo de um plano, mas por uma reconstrução evolutiva das instalações já existentes. (LUHMANN, 2016, p.326)

Outrossim, a diferenciação dos sistemas levam a uma padoxal situação, pois, ao mesmo tempo em que se afirma essa independência na construção dos sentidos, aumenta-se claramente a dependência entre os sistemas. Logo, é necessário adentrar no conceito de acoplamentos estruturais, os quais, para Luhmann (2007), são as estruturas desenvolvidas na modernidade justamente para estabilizar a relação entre sistemas autônomos.

A operacionalização da autopoiese dos sistemas a partir da distinção primordial sistema/ambiente ressalta o paradoxo autorreferencial percebido na auto-observação dos sistemas com a dependência, justamente, da heterorreferencialidade. O sistema apenas pode relacionar-se com seu ambiente a partir de suas próprias operações, o que significa que o ambiente social é sempre uma construção interna, porém eles dependem de sua abertura cognitiva para perceber as irritações de outros sistemas (prestações) e reconhecer o que não faz parte de sua identidade. O sistema é autônomo, mas não independente, pois “[...] a abertura só se faz possível com base no fechamento”. (LUHMANN, 2016, p.102).

Nessa perspectiva, a análise sobre o Estado de Direito na modernidade deve passar pela explanação de como Direito e Política se estruturam conjuntamente a partir da Constituição, a estrutura responsável pela estabilização da relação entre esses sistemas e que institucionaliza a demandada por controle do poder político expressa no primeiro movimento constitucional. Nas palavras de LUHMANN (2007, p.620):

O acoplamento estrutural entre direito e política se regula pela Constituição. Por um lado, a Constituição vincula o sistema político com o direito, com a consequência de que ações contrárias à lei comportam o fracasso político e, por outro lado, a Constituição faz possível que o sistema jurídico seja preenchido de inovações mediante uma legislação politicamente induzida, o que, por sua vez, se atribui como êxito ou fracasso da política. Desse modo, a transformação de direito em direito positivo e a democratização da política estão estritamente relacionados.

No Sistema Jurídico a função geral de redução de complexidade é operacionalizada pelo referência ao código direito/não direito com a especialização da função do asseguramento de expectativas normativas (contrafáticas). A integração da comunicação jurídica a partir do símbolo da validade é utilizado pela política, como explanado, a fim de transmitir a legitimidade do poder político, o que é realmente dinamizado com a burocracia estatal. (KING; THORNHILL, 2003). As



reduções de complexidade que tomam formas específicas em cada sistemas são, então, aproveitadas por todos os sistemas, sendo os acoplamentos estruturais a forma de um comunicar que não ao mesmo tempo não é comunicação. (TEUBNER, 2005).

A diferenciação do Sistema Econômico, por sua vez, é também um dos grandes impulsionadores para estruturação da sociedade moderna por meio de seus acoplamentos estruturais com o Direito e a Política. A primeira estrutura a ser lembrada que regula a relação entre o Sistema Econômico e o Jurídico é a propriedade, cuja codificação (ter/não ter) e sentido é estruturado na “[...] interrupção das exigências de consenso [...]”. (LUHMANN, 2016, p.609). Porém, esta é apenas uma distinção inicial que deve ser complementada por outra cuja função é a estabilização temporal das relações de transação, o contrato.

Isso porque a conexão recursiva das operações econômicas (transações) não se realiza apenas pela garantia da posse. É necessário, também, o auxílio da moeda. Nesse sentido, ensina Luhmann (2016, p.612):

[...] quando se trata da diferenciação da economia, prevalece o código secundário, diferente do código primário da propriedade; e cada vez mais a propriedade se valoriza do ponto de vista de um possível aproveitamento transacional, isto é, de uma fixação momentânea sem liquidez como capital invertido. Esse desenvolvimento suprime a propriedade de sua relevância política como forma de domínio político semelhante ao domínio caseiro (*oikético*) e obriga o Estado, simultaneamente nascente, a se adaptar: cobrando impostos.

Necessário se faz frisar que a função dos meios de comunicação simbolicamente generalizados não se encontra somente na integração da comunicação dentro dos sistemas como também na transmissão de complexidade reduzida. (LUHMANN, 2007). Nesse sentido, a validade, o poder e o dinheiro circulam por toda a sociedade de modo a fazer com que a confiança das pessoas (expectativas cognitivas) se direcionem a esses meios – só assim explica-se o porque da possibilidade de inimigos mortais ainda fazerem negócios um com o outro. Nessa perspectiva, sobre o dinheiro, informa Luhmann (2017, p.147):

El efecto más importante del médio dinero a nivel social general, resulta del hecho de que los pagos tranquilizan a terceros [...] La selección de una acción, esto es, al acceso a bienes escasos, es transformada por el código dinero en una simple vivencia de un tercero. La aceptan como información sobre um hecho en el que no participan.

Ainda acerca das relações intersistêmicas, evidencia-se que os interesses econômicos são percebidos pelo sistema jurídico a partir da análise da vontade dos contratantes. Com isso fica claro a importância da institucionalização da liberdade contratual para perfectibilização do acoplamento entre Direito e Economia. O acoplamento estrutural entre o Sistema Político e o Econômico, é, como ressaltado por Luhmann, os impostos. Mas a observação pelo Estado da relação entre Direito e Economia permanece como um acoplamento frouxo, pois é apenas o meio para o meio do poder político, que agora pensará em termos de intervenção. (LUHMANN, 2016).

Diante dos pressupostos elencados, a economia consegue realizar sua função, qual seja, assegurar o provisionamento futuro de condições de escasez. (LUHMANN, 2007). Ademais, deve-se ter em mente que a constituição pode ser vista como a estruturação do acoplamento entre os três sistemas aqui expostos, conforme Neves (2009), ou que, como afirma Luhmann (2016), a observação da relação entre direito e economia por parte da política pode-se realizar por meio da metacodificação constitucional, que abstrai a outro nível as relações entre economia e direito do que aquelas inscritas na propriedade e no contrato.<sup>1</sup>

---

1 Para Luhmann o acoplamento constitucional é forte em relação ao Direito e a Política, porém pode-se afirmar que a economia mantêm-se como um acoplamento frouxo para estes sistemas, ou seja, como meio e não como forma.

## REGULAÇÃO, BLOCKCHAIN E A ECONOMIA DIGITAL

A problemática da regulação inscreve-se nas próprias dificuldades da comunicação entre sistemas autopoieticos, já introduzida acima. Nesse sentido, dentro da teoria dos sistemas de Luhmann, apenas pode-se afirmar uma regulação às cegas por parte da política e do direito, ou, de outra sorte, em uma autorregulamentação da economia impulsionada por estes sistemas. É que a dupla circulação da capacidade e incapacidades de pagamento fecham o sistema econômico, como Luhmann (2017, p.224) afirma:

[...] la unidad del sistema representada en la doble circulación de los pagos con su despliegue en dirección de la capacidad y incapacidad de pago nunca puede ser política o familiar. Solo por medio de este tipo de clausura surge la posibilidad de apertura en relación con intereses que se encuentran en el entorno del sistema [...].

O sociólogo descreve a dupla circulação (metáforica) da incapacidade de pagamento em direção a capacidade de pagamento e da capacidade de pagamento em direção a incapacidade de pagamento, ambos conjuntamente relacionados por meio dos cálculos de rentabilidade. É nesse sentido que deve-se pensar a clausura operativa do sistema econômico, de um lado, e os acoplamentos estruturais com a família (trabalho) e política (impostos), de outro. (LUHMANN, 2017).

O mercado, nesse sentido, é o ambiente interno do sistema econômico, a partir do qual a economia pode-se relacionar com seu ambiente. Conforme ensina Luhmann (2017, p.152):

[...] ‘El mercado’ no es más que un limite, es la percepción del consumo desde la perspectiva de la producción y de la organización de la distribución [...] El limite actúa como un espejo que contribuye a la integración de la producción, en tanto cada empresa tiene al frente a sus competidores y a sí misma (y a sí misma como competidora de sus competidores) [...] Formulado de manera abstracta, el mercado es, en tanto limite, la *diferencia de complejidad determinada e indeterminada* (própria y del entorno) [...].

Deve-se levar em conta que “[...] una economía monetarizada no tiene que ver solo con uno, sino con dos tipos de escasez: la escasez de bienes y servicios condicionada por el mundo y la escasez artificial del dinero”. (LUHMANN, 2017, p.141). Dessa forma, percebe-se que existem, na verdade, varios mercados que se diferenciam dentro do sistema econômico. Porém, o mercado do dinheiro é de especial atenção, pois “[...] es el único que há desarrollado en sí una estructura jerárquica que filtra y limita las reacciones. Esto sucede con ayuda de una organización bancaria que fracciona y limita las operaciones del mercado del dinero [...]”. (LUHMANN, 2017, p.200).

A análise sobre as organizações bancárias e sobre o próprio sistema bancário será feita na sequência, pois, antes, deve-se esclarecer mais alguns pontos com relação ao conceito de regulação de Luhmann. A regulação é uma comunicação provinda de outro sistema (prestação), logo é percebida como irritação pelo sistema a ser regulado. Porém, ela não pode ser analisada como uma simples distinção, justamente porque ela pretende adentrar e condicionar a autopoiese do sistema a ser regulado, como aclara Luhmann (2017, p.440-441):

[...] la regulación no es simplemente una observación, no es únicamente la utilización de una distinción para la indicación de un lado y no del otro. Como regulación indica más bien un empleo específico de distinciones como esfuerzo por reducción de diferencias [...] [y] luego escogen [...] [si] son o pueden ser adecuadas y en interés de quién o son [...].

À vista disso, a regulação pressupõe uma assimetria da relação entre os sistemas a fim de cumprir a função já citada da redução de diferenças em direção a igualação dos sistemas. (LUHMANN, 2017). Um caso extremo que pode ajudar no entendimento dessa questão são os

---

Logicamente, caso se observe a partir da economia é o Direito e a Política que figuram como meio, e assim de inúmeras formas pode-se construir as observações.

Estados Totalitários, cuja assimetriação entre a Política em relação a todos os outros sistemas chegam à seu ápice dentro dos limites territoriais, de forma que as decisões políticas condicionam a autopoiese desses outros sistemas.

Gunther Teubner elucida muito bem essa questão na perspectiva de seu constitucionalismo social. Quando da análise dos Estados Totalitários, a intervenção imediata da política “[...] se dá na forma de uma consistente regulação de todos os âmbitos parciais [...]”. (TEUBNER, 2016, p.57). Porém, conforme esclarece o pensador, o Estado total leva, ainda, a diferenciação funcional em conta, mesmo que a distorça:

[...] não é consumada uma desdiferenciação completa da vida social como um todo. O programa consiste antes em sustentar uma autorregulamentação de setores sociais, assegurar o apoio de suas elites por meio da incorporação, na política, de instituições ‘privadas’, para então as instrumentalizar politicamente [...]. (TEUBNER, 2016, p.58).

A partir do exposto, percebe-se a complexidade da problemática da regulação dentro da Teoria dos Sistemas. À análise dos sistemas funcionais deve-se somar um estudos sobre as organizações econômicas para além do Estado, como será melhor desenvolvido no tópico final do presente estudo. Por hora, cabe ressaltar que são as organizações que tem a função de decidirem nos sistemas funcionais. Para Luhmann (2007) elas são também sistemas autopoieticos, mas tem a possibilidade de se comunicarem diretamente com o seu ambiente e de se estruturarem hierarquicamente.

Nessa perspectiva, a tomada de decisões são operações de redução de contingência, na qual a fixação do sentido está ligado ao próprio controle do risco, inerente em uma sociedade complexa. O mercado do dinheiro é, em especial, dependente das organizações bancárias, sendo o único mercado a estruturar essa organização hierarquizada para filtrar e limitar as reações a ele. (LUHMANN, 2017). Assim, Luhmann explicita a forma como, no sistema bancário, se desparadoxizam os paradoxos de autorreferencialidade do sistema econômico:

[...] la desparadojización del sistema es garantizada estructuralmente por una jerarquía que (como toda jerarquía) al menos debe contener três niveles: banco central, bancos de negocios y bancos de clientes (empresas, economías domésticas). Esta jerarquía asimetriza los fundamentos de la operación del sistema, diluye y diversifica la tautología negativa (paradoja) sobre la que se asienta el sistema em su totalidad [...]. (LUHMANN, 2017, p.233).

La jerarquización del sistema bancario posibilita una combinación de centralización y descentralización: de centralización del medio dinero y de descentralización de las decisiones sobre operaciones [...]. (LUHMANN, 2017, p.234).

Diante do exposto, a problemática que se insere nesse momento é saber como pode-se pensar na relação entre os sistemas político, jurídico e econômico para fins regulatórios em um contexto permeado pela comunicação digital. As decisões sobre as operações centralizadas no banco ainda é uma realidade, porém a tecnologia *blockchain* reorganiza a forma em que as decisões são tomadas pois muda a forma como as informações são estruturadas e compartilhadas, como sera explicado.

Dado que na economia digital a propriedade se concentra de forma “imaterial” e baseada na construção coordenada de conhecimento, a observação de como se geram e organizam informações dentro de uma rede descentralizada como o *blockchain* merece especial atenção. Na sua perspectiva, Castells (2017, p.135) explica a caracterização da economia como informacional:

[...] É *informacional* porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos [...].

A tecnologia *blockchain* é definida na Harvard Business Review (LANSITI; LAKHANI, 2017) como “An architectural concept that offers an open, distributed ledger that can record transactions between parties efficiently and in a verifiable and permanent way”. Essa tecnologia apresenta-se como a reunião de muitas outras em uma conformação inovadora. Nesse sentido, há a tecnologia das redes “peer-to-peer”, as quais são redes descentralizadas de trocas de informações de pessoa para pessoa. A tecnologia de criptografia, um software que transforma informações em um formato que não pode ser lido sem uma ferramenta ou informação adicional. E, ainda, à criptografia adicionam-se os “hashing algorithms”, que são como que impressões digitais que ligam os blocos da cadeia como uma corrente.

Ademais, pode-se adicionar algoritmos de consenso, os quais fazem com que qualquer informação a ser adicionada necessita da aprovação de todas as partes (pessoas ou organizações) que colaboram com a rede. A tecnologia *blockchain* reuni todas essas tecnologias para dar criação à uma base de dados imutável e descentralizada. Assim, existem infinitas possibilidades de utilização dessa tecnologia para projetos de multicolaboração. A otimização dos processos é garantida por uma cadeia protegida e com transparência de dados, pois todos tem acesso a um “livro” imutável que faz a alocação em cadeia de todas as informações já adicionadas.

Diante disso, percebe-se que as operações econômicas e a problemática da regulação devem ser analisadas dentro de uma cultura que se organiza em rede. As criptomonedas utilizam-se dessa tecnologia e acabar por enfrentar a forma tracional de geração de dinheiro centralizada em apenas uma organização. Diante do exposto, é necessário algumas explicações sobre a Teoria dos Sistemas de Thomas Vesting, pensador que dá especial atenção ao papel que os meios de comunicação exercem na própria evolução social. (VESTING, 2015).

Na sua perspectiva, os meios de comunicação não só difundem a comunicação como também são responsáveis pela formação de memória social, base para construção dos sentidos. Vesting (2015) afirma que a construção do conhecimento na sociedade é a base para construção dos sentidos e organização da comunicação nos sistemas. Assim, a autorregulação da economia, de um lado, e as tentativas de regulação da economia por meio do direito positivo estatal, de outro, devem levar em conta a forma do conhecimento social em rede.

A construção dos sentidos do direito, da política e da economia é operada de forma exclusivamente interna para Luhmann, como vêm sendo ressaltado. Os sistemas distinguem entre si e seu ambiente, operacionalizando essa diferença a partir de outras como autorreflexão/hetero-reflexão. Nessa perspectiva, toda informação é gerada de forma interna até que o sentido seja consolidado e àquela informação permaneça presente como redundância. Porém, deve-se levar em conta os ensinamentos de Vesting (2014, p.3):

Toda cognição pressupõe um conhecimento adquirido anteriormente, que não pode ser constituído pelo ato de conhecer em si. Antes que a cognição possa ser realizada, é preciso que haja um estoque de conhecimento coletivo (implícito), porque só então algum conhecimento novo poderá ser identificado, ou seja, **só assim será possível diferenciar informações de redundância** [...]. [grifo nosso].

Nessa perspectiva, as distinções-chave para construção do sentido, quais sejam, sua distinção específica, atualidade/potencialidade, e aquela relacionada à própria comunicação, meio/forma, são mais do que dois lados de uma forma (Spencer Brown). Para Vesting (2015), nos meios de comunicação está a chave para o entendimento da conexão entre as evoluções sociais e dos sistemas.

Para Luhmann (2007) os meios de comunicação estão no ambiente dos sistemas, e então figuram como o meio no qual o sistema empregará suas formas. O sentido é sempre presente (temporalizado) apenas enquanto operação do sistema. Na visão de Vesting, a história das

operações passadas, as quais formam a memória de sentido das operações internas ao sistema, é condicionada justamente pelos meios de comunicações. É por isso que em cada meio de comunicação diferente a comunicação passa a ser estruturada de forma distinção.

Luhmann (2017, p.448) chega a afirmar que “[...] a regulación no depende de que el mundo ponga a disposición una zona suficientemente preestructurada de relaciones causales como si se tratara de um depósito [...]”. Porém, se quer-se construir alguma solução para o problema da ineficácia da regulação, para além de sua morte anunciada, como trabalha Teubner (2005), deve-se considerar as tentativas de desenvolvimento do conceito de cultura midiática de Vesting (2018, p.40), pois ela vai além de estruturação causal e não é apenas uma simples tematização da comunicação:

[...] Em toda expressão linguística, deve estar disponível um sistema informacional de ordem superior, uma ‘economia da cognição’ dispersa entre indivíduos, que ‘corre’ com eles. Linguagem e comunicação existem apenas midiaticamente, e linguagem como um meio é necessariamente envolta em uma rede de conhecimento implícito [...].<sup>2</sup>

O que aqui quer-se ressaltar pode ser explanado pelo próprio conceito de policontextualidade de Teubner (2002, p.106), o qual “[...] é a introdução da pluralidade a partir da contextura, isto é, possibilidades que transcendem a binaridade [...] preparando a emergência de formas inesperadas que complementam uma determinada função social”<sup>3</sup>. Ademais, de outra forma, afirma Teubner (2002, p.13):

[...] deve haver material de sentido não-jurídico suficiente com o qual o direito consiga entender errado como jurídico. Deve haver um histórico de ‘situação com o qual é suficientemente plausível assumir que também nos tempos antigos regras legais foram aplicadas.’<sup>4</sup>

Por fim, destaca-se que Vesting (2016, p.31) vê o desenvolvimento dos sistemas, e sua conexão com práticas instituídas midiaticamente, em três estágios ligados à três “estilos de pensamento” ou “hábitos de percepção” na sociedade, quais sejam, o “burguês-liberal”, o “grupo-pluralista” e a “cultura em rede”. Segue-se, dessa forma, na discussão sobre a problemática regulatória analisando-se as tentativas do Estado brasileiro em desenvolver regras tributárias para as criptomoedas.

## **DO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO À COORDENAÇÃO EM REDE DAS ORGANIZAÇÕES ECONÔMICAS**

Um dos princípios que guiam o Direito Tributário brasileiro é aquele da estrita legalidade, o qual é consagrado como um direito fundamental pela Constituição brasileira e pela legislação infraconstitucional. Ele determina a necessidade de previsão expressa em lei anterior à incidência do tributo. Relaciona-se à ele a vedação do uso de interpretação por analogia para determinar a que incidências tributárias estariam sujeitos os fatos geradores. O jurista Geraldo Ataliba (2018), nesse sentido, afirma que “[...] a lei tributária deve – sob pena de ter-se por ineficaz – descrever

---

2 Tradução livre do original: “[...] In every linguistic expression, there must be available a higher-order informational system, an economy of cognition dispersed among individuals, that ‘runs along’ with it. Language and communication exist only medially, and language as a medium is necessarily involved in a network of implicit knowledge [...]”.

3 Tradução livre do original: “[...] is the introduction of the plurality from the contexture, that is, possibilities that transcend binarity [...] preparing the emergence of ‘unexpected’ forms that complement a determined social function”.

4 Tradução livre do original: “[...] There must be enough non-legal meaning material which law can misunderstand as legal. There must be a historical “situation in which it is sufficiently plausible to assume that also in former times legal rules have been applied”.

exaustiva e completamente a hipótese de incidência [...] em todos os seus aspectos, bem como estabelecer base e alíquota explicitamente [...]”.

A chamada obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador, que apresenta-se como qualquer situação a enquadrar-se na norma prescrita em lei a fim de gerar a obrigação tributária. Assim, é perfectibilizada a relação jurídico-tributária entre sujeito ativo (Estado) e sujeito passivo (contribuinte). Ressalta-se que a denominada “natureza jurídica do tributo” vai ser definida pelo próprio fato gerador diante da hipótese de incidência em lei. A forma do direito positivo remonta, para Vesting (2018), à cultura liberal burguesa permeada pela impressão tipográfica. No Brasil, a teoria do direito que mais orienta a prática jurídica é o neopositivismo jurídico de Kelsen e Bobbio, os quais observam o direito de forma hierárquica. Assim, afirma ROCHA (2013, p.144) sobre o sistema jurídico observado por essa matrix analítica de observação:

[...] O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema [...].

As tentativas de regulação das criptomoedas pelo Estado brasileiro perpassam por essa lógica da subsunção do fato social à norma, de forma hierárquica, modelo que se contrasta enormemente com a realidade da economia digital. Diante disso, identifica-se o porquê das autoridades estatais fazerem uso da analogia para tentar enquadrar as criptomoedas dentro das previsões tradicionais.

Portanto, a forma do direito positivo deve ser atualizada diante do novo contexto midiático, a cultura das redes. Isso porque a forma de conhecimento sistemático que era compartilhado socialmente na época de sua construção não encontra mais paralelo atualmente. Nessa perspectiva, Vesting (2018, p.513) leciona que esse conhecimento comum (implícito), que foi a base para construção normativa do direito positivo moderno:

[...] foi amarrado por mais formas auto-conscientes de conhecimento especializado ou técnico [...] Mais e mais, o conhecimento passou a ser acumulado sistematicamente dentro de organizações ou se tornou dependente de comunidades epistêmicas específicas [...].

Para construções de soluções adequadas à economia digital, a autorregulação econômica deve ser pensada de forma específica dentro de redes epistêmicas nas quais figuram inúmeras organizações. O impulso de regulação por partes de políticas nacionais e por meio do direito positivo deve levar por base um contexto social de práticas econômicas inscritas em redes extremamente técnicas e descentralizadas, como é o caso do *blockchain* que da corpo as criptomoedas.

Nesse seguimento, descreve-se abaixo as tentativas de definição e caracterização das criptomoedas por parte de organizações nacionais e internacionais. A observação dessas tentativas demonstram a dinâmica de coordenação que está sendo desenvolvida atualmente a fim de criar soluções comuns aos novos problemas da economia digital. Nesta senda, constata-se as atividades das principais organizações econômicas estatais: a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), BACEN (Banco Central) e a RFB (Receita Federal do Brasil).

A CVM é uma autarquia governamental vinculada ao Ministério da Economia do Brasil, instituída pela Lei nº 6.385/76, cuja principal competência é disciplinar o funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação de seus *players*. A autarquia tem poderes para disciplinar, normalizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado, abrangendo todas as matérias referentes ao mercado de valores mobiliários. Dessa forma, percebe-se sua

contribuição para autorregulação da economia no âmbito nacional. Essa autarquia, por intermédio do Ofício Circular nº 01/2018, externou entendimento no sentido de que criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros. Logo, isso dificulta a regulação das operações econômicas por parte do direito positivo brasileiro.

O BACEN, autarquia governamental federal integrante do Sistema Financeiro Nacional, vinculado ao Ministério da Economia e principal autoridade monetária no país, emitiu um primeiro parecer limitando-se a afirmar que as criptomoedas são “representações digitais de valor que não são emitidas por Banco Central ou outra autoridade monetária”. Esta já se apresenta como uma definição mais adequada a servir de base para estruturação jurídica.

O FMI (Fundo Monetário Internacional), por meio do texto “Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics”, trouxe recomendações às autoridades monetárias dos países de como definir o tratamento dado às criptomoedas. Recentemente, em publicação oficial, o BACEN internaliza essas recomendações e classifica a compra e venda de criptomoedas como ativos não-financeiros produzidos, sendo compilada na conta de bens do balanço de pagamentos. Ademais, definiu-se a atividade de mineração como um processo produtivo.

A Receita Federal do Brasil (RFB), subordinada ao Ministério da Economia, é o órgão responsável pela administração dos tributos federais e pelo controle aduaneiro, atuando, nesse mesmo sentido, no combate à evasão fiscal. Por meio de sua Instrução Normativa (IN) nº 1.888/19, foi definido criptomoeda como uma representação digital de valor que é denominada em sua própria unidade de conta e cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira. Esclarece-se, também, que elas são transacionadas eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, podendo ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços. Porém, foi ressaltado que elas não constituem moeda de curso legal.

Além disso, sobreveio a IN nº 1.899/19 da RFB, que trata da obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à secretaria especial da receita Federal do Brasil. Essa se mostra como uma das maiores inovações para a problemática da regulação, pois inicia uma reestruturação administrativa responsável pela captação de informações sobre as operações que são realizadas com essas moedas digitais. Nesse cenário, é possível observar que o Estado brasileiro têm a sua soberania reforçada por meio da atuação destas autarquias. Ademais, nota-se a importância de coordenação dessas organizações com outras internacionais para criação de padrões de significado acerca das moedas digitais.

A coordenação entre as organizações internas ao Estado brasileiro ainda é falha, como pode-se perceber pelas próprias tentativas de definição da natureza jurídica das criptomoedas a fim de tributá-las. O que deve ser destacado é que essa desorientação pode ser combatida com uma melhor coordenação com as organizações internacionais, pois a regulação da economia apresentar-se-a de forma autônoma por meio de redes de sentidos. No plano internacional, a OCDE (Organização da Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é uma organização central para coordenação das atividades econômicas a nível global.

Ela é a organização internacional dos 36 países que aceitaram os princípios da democracia representativa e da economia de mercado. Dessa forma, procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais, assumindo posição de liderança no desenvolvimento de soluções aos problemas de tributação no âmbito global. Destaca-se, aqui, o projeto “BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) 20” comandado pela OCDE em conjunto com o G-20 (Grupo dos representantes das 19 maiores economias do mundo e a União Europeia).

Esse projeto trata, em suma, de planos de ações desenvolvidos por estas organizações a fim de combater a evasão tributária em escala global. Dentre esses planos, destaca-se aqui o “Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy”, no qual salienta-se a impossibilidade de delimitação do setor digital para fins de aplicação de normas tributárias distintas, e não recomenda a adoção de soluções que lhe sejam específicas, mas, sim, a adaptação da legislação tributária de forma que essas transações recebam o mesmo tratamento fiscal das operações “não virtuais”.

Portanto, delinea-se uma rede específica para o tratamento das criptomoedas inseridas entre outras tantas no plano global. Os inúmeros atores coordenam-se de forma a produzirem conhecimentos e se organizarem de acordo com a novo contexto midiático da economia digital. Assim, as tentativas de tributação das criptomoedas pelo Estado brasileiro, mesmo que ainda infrutíferas, podem ter êxito no futuro, a depender as decisões tomadas para inserção e contribuição do Estado brasileiro no plano global.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar a problemática da regulação da economia digital de uma forma não só teórica como empírica. Dessa forma, a construção das observações sobre o fenômeno da regulação teve por base a Teoria dos Sistemas, com suas especificações, em Luhmann, Teubner e Vesting.

A complexidade da organização social e a inserção da problemática da regulação como um problema de comunicação entre sistemas funcionais autopoieticos já fora enfrentada por Luhmann. Porém, a afim de pensar soluções regulatórias no contexto da economia digital, desenvolveu-se a teoria dos sistemas de Vesting, pois ele constrói análises centradas nos meios de comunicação, essenciais para esse assunto.

Assim, após a explanação sobre a complexidade comunicacional e tecnológica da economia digital, representada aqui pela tecnologia *blockchain* e as criptomoedas que dela se usam, percebeu-se que as respostas apenas podem ser construídas a partir da coordenação em rede de inúmeros atores que não só o Estado. As tentativas de tributação das criptomoedas pelo Estado brasileiro mostraram-se como um excelente objeto empírico para verificar essa coordenação na prática.

## REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003.
- LANSITI, Marco; LAKHANI, Karim. The truth about blockchain. **Harvard Business Review**, Jan/2017. Disponível em:< <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Economía de la Sociedad**. Ciudad del México: Herder, 2017.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.



LUHMANN, Niklas. Why Society describe itself as postmodern?. **Cultural Critique**, Minneapolis, n. 30, p. 171-186, 1995. Disponível em:< <http://www.jstor.org/stable/135443>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória, **European journal of social theory**, v.5, n.2, 2002, p.199-217.

VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, v.6, n.1, jan./jun. de 2014, p. 2-14. Disponível em:<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.01>>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

VESTING, Thomas. O direito moderno e a morte do conhecimento comum. *In*: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

# A OBSERVAÇÃO ECONÔMICA E A FUNÇÃO DOS ATRADORES ENTRE OS SISTEMAS DO DIREITO E DA ECONOMIA NA APURAÇÃO TRANSNACIONAL DA LAVAGEM DE DINHEIRO

**Bernardo Leandro Carvalho Costa**

Doutorando em Direito (UNISINOS). Bolsista (CAPES/PROEX).

## INTRODUÇÃO

A partir da disseminação do fenômeno da globalização, cujo grande impulso ocorreu no final do século XX, a Teoria Constitucional passou a ter que tratar de problemas envolvendo Política e do Direito em escala global.

Por um lado, destaca-se a dificuldade de disseminação da proposta sistêmica de Constituição enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política para além das fronteiras dos Estados nacionais. Por outro lado, observa-se a facilidade de globalização de determinados sistemas, cujo maior exemplo é a Economia, que, de maneira autônoma, estabelece estruturas próprias de regulação a nível mundial. (TEUBNER, 2016).

Nesse cenário de fragmentação constitucional, as observações baseadas no Sistema da Economia, tendo o dinheiro como meio de comunicação simbolicamente generalizado, passam a ter primazia em uma série de atividades. Nessas condições, as perspectivas de observação jurídica, por meio do código binário direito/não direito, restam ofuscadas no cenário da globalização.

Essa perspectiva de observação permitiu por muito tempo a aceitação, por vários países, de mecanismos facilitadores para a lavagem de dinheiro que chegava do exterior. Contas bancárias com sigilo fiscal e empresas *offshore* são alguns desses exemplos. A apuração eminentemente nacional do delito de lavagem de dinheiro, sem qualquer articulação entre países, limitava a imputação desses fatos como crimes. (MACHADO, 2010).

Partindo dessa problemática, de bloqueio inicial entre observações jurídicas e econômicas, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a inclusão do fator econômico na apuração dos delitos de lavagem de dinheiro foi imprescindível para a retomada das comunicações do Sistema do Direito nesse âmbito.

Nesse ponto, utilizando-se da concepção sistêmica de *atradores*, (TEUBNER, 2005) buscar-se-á demonstrar como o ponto de vista econômico na apuração da lavagem de dinheiro promoveu uma articulação transnacional no Sistema do Direito, retomando sua eficácia social em escala globalizada nesse delito. Em síntese, os *atradores* permitem essas aproximações no âmbito do Constitucionalismo Social (ROCHA; COSTA, 2018).

Como método de análise, será utilizada a Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016), com a utilização da técnica de pesquisa de documentação indireta, revisando bibliografia nacional e estrangeira.

Para tal, em um primeiro momento, passar-se-á pela tradicional concepção de constitucionalismo, com destaques para a sua influência em autores clássicos do pensamento francês, como Carré de Malberg (1948) e seu desenvolvimento posterior na Alemanha com Jellinek (2000).

Na sequência, mas ainda no mesmo tópico, demonstrar-se-á como a concepção de constitucionalismo vinculada a existência de um documento único (Constituição) que limitasse o

poder do Estado dentro de um território soberano não restou alterada substancialmente ao longo do século XX, apesar dos relevantes debates constitucionais entre autores contemporâneos como Kelsen (2015) e Schmitt (2007). Em síntese, desde os autores clássicos até os mais influentes do último século, o Direito Constitucional permaneceu fortemente conectado à Teoria Geral do Estado.

O fator mais marcante de alteração nas estruturas de problemas vinculados ao Direito Constitucional ocorreu no final do século XX, com o avanço do processo de globalização e a disseminação de questões envolvendo relações de poder para além dos Estados nacionais. Sobre essa temática, conforme será demonstrado, uma série de autores se debruçaram para explicar o que, em síntese, se passou de denominar de pluralismo jurídico.

No Direito Constitucional, alguns autores alteraram suas concepções tradicionais de observação para adaptarem seus pressupostos teóricos aos novos desafios da globalização. Nessas propostas, destacam-se os trabalhos de Ackermann (2007) nos Estados Unidos e de Canotilho em Portugal (2008). A proposta de Canotilho, ao descrever o processo de interconstitucionalidade na União Europeia, funda-se em bases da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016).

A partir dessa proposta, demonstrar-se-á como, para além do trabalho de Canotilho (2008), as observações fundadas na Teoria dos Sistemas Sociais são imprescindíveis para observar os atuais desafios do Direito na globalização, principalmente por se destacar como uma teoria interdisciplinar. Nesse contexto, apresentando-se estudos baseados na Sociologia das Constituições, ramo de estudos que adapta a sociologia sistêmica aos pressupostos do Direito Constitucional, buscar-se-á demonstrar como os fenômenos constitucionais se manifestam para além dos sistemas tradicionais do Direito e da Política na globalização.

Por meio de tal observação, a concepção de fragmentação constitucional de Teubner (2016) servirá como base para evidenciar a manifestação de problemas constitucionais que partem do Sistema da Economia, por exemplo. Ao mesmo tempo, como solução desses problemas, será retomada a concepção de atratores evidenciada por Teubner (2005) a partir da percepção de pontos em comum na comunicação para diferentes sistemas sociais.

Além das descrições teóricas a serem realizadas ao longo do trabalho, utilizar-se-á de um problema prático no campo do Direito Constitucional que envolve a necessária contribuição de atores de outros sistemas sociais para a sua solução. Trata-se do delito de lavagem de dinheiro. Considerado, desde o impulso do fenômeno da globalização como um problema de natureza global, demonstrar-se-á como ocorreu a evolução no tratamento dessa questão a partir da articulação entre os sistemas da Economia, do Direito e da Política a nível global.

Em conclusões preliminares, utilizando-se do caso brasileiro sobre lavagem de dinheiro, demonstrar-se-á como a articulação entre comunicações econômicas e jurídicas serviu para a criação de uma linguagem comum que serve para a apuração dos delitos de lavagem de dinheiro por diversos países. Em síntese, destaca-se que essa articulação é construída a partir de uma ênfase na produção internacional de legislação sobre o tema, internalizada pelos diferentes Estados (MACHADO, 2010), com a aplicação dessa legislação pelos tribunais nacionais.

Nesse dispasão, buscar-se-á demonstrar como as concepções de fragmentação constitucional (TEUBNER, 2016) e de atratores (TEUBNER, 2005) são importantes, no âmbito da Sociologia das Constituições, para a constatação e solução de problemas de Direito Constitucional no âmbito da globalização.

## CONSTITUCIONALISMO: DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL À FRAGMENTAÇÃO

O constitucionalismo é normalmente descrito como uma técnica de limitação do poder estatal por meio de um documento único (Constituição). Como destaca Bobbio (1987, p. 117):

Costuma-se chamar de constitucionalismo à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.

Tal concepção partiu da influência de autores que conectavam o Direito Constitucional à Teoria Geral do Estado em seu nascedouro, com destaque para os relevantes trabalhos de Carré de Malberg (1948) na França e Jellinek (2000) na Alemanha.

Nesse sentido, para Malberg (1948, p. 14), o Direito Público é definido como “[...] o direito aplicável a todas as relações humanas ou sociais nas quais o Estado esteja em jogo.” (tradução nossa), ao passo que, nesse âmbito, surge o Direito Constitucional como “[...] a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado [...]” (MALBERG, 1948, p. 21).

Em tal concepção, a noção de território, um dos elementos fundamentais da Teoria Geral do Estado, é imprescindível para a caracterização da Constituição. Segundo Malberg (1948, p. 23):

[...] uma comunidade não é apta a formar um Estado se não possui um solo, uma superfície de terra sobre a qual pode afirmar-se como dona de si mesma e independente, é dizer, sobre a qual possa, ao mesmo tempo, impor seu próprio poder e rechaçar a intervenção de poderes alheios. (tradução nossa).

A partir dessa conclusão, a Constituição serviria como um documento único a regular as relações de poder dentro de um Estado soberano. Tal concepção foi de fundamental importância para a construção do pensamento jurídico-constitucional, com forte influência na divisão territorial estabelecida pelo Tratado de Westfalia (1648).

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, relevante documento na história constitucional, resta clara a influência dessa concepção, mormente na afirmação de seu artigo 16, afirmando que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (artigo 16).” (DECLARAÇÃO, 2019).

Em linha próxima a de Carré de Malberg (1948), Jellinek (2000), relevante pensador da Teoria Geral do Estado na Alemanha, destaca o surgimento dessa concepção com os estudos de Malberg (1948) na França. Ademais, em linhas semelhantes ao pensador francês, faz-se uma distinção entre direito público, que trata das relações envolvendo a organização e o exercício do poder do Estado, ente dotado de *imperium*, e privado, separado às relações entre os indivíduos.

No Direito Público, dividido entre Direito Internacional e Direito Judicial, há, pertencente a este último, o direito político em sentido estrito, consistindo no que se passou a denominar de Direito Constitucional. Tal ramo do Direito regularia o exercício do poder (*imperium*) do Estado sobre os indivíduos a ele pertencentes em uma concepção de território e soberania estatais.

Portanto, há de se concluir que, em sua gênese, o constitucionalismo, ou seja, essa técnica de limitação do poder político, surge estritamente imbricado com a Teoria Geral do Estado e seus elementos, portanto. (JELLINEK, 2000, p. 383).

Ao decorrer do século XX, relevantes debates ocorreram no âmbito do Direito Constitucional. Destaca-se a importância dada por Schmitt (2007) para a formação de uma Teoria

da Constituição. Ademais, talvez o autor mais influente no pensamento jurídico até os dias atuais, há de se mencionar as relevantes obras de Kelsen, com destaque para a Teoria Pura do Direito.

Mencionando os trabalhos dos dois autores acima citados, lembra-se que as divergências entre eles apontadas referem-se a pontos específicos da Teoria Constitucional, com destaque para a definição sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. Por um lado, para Kelsen (2003, p. 150), a defesa da Constituição deveria estar a cargo de um órgão alheio ao poder legislativo:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais- isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Por outro lado, para Schmitt (2007, p. 234), a guarda da Constituição deveria ser atribuída ao presidente do Reich: “A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão.”

Não considerando o mérito das propostas acima apresentadas, o que se pretende demonstrar é que, em momento algum, apesar das relevantes divergências, buscou-se desconectar o Direito Constitucional dos tradicionais elementos caracterizadores da Teoria Geral do Estado, a exemplo das concepções de Malberg (1948) e Jellinek (2000). Assim, em que pese Kelsen (2003) tenha proposto relevantes observações sobre o Direito Internacional, suas teorias permaneceram fortemente vinculadas às divisões propostas no âmbito da Teoria Geral do Estado.

Ocorre que, com a impulsionamento do fenômeno da globalização no final do século XX, cuja data simbólica pode ser mencionada com a queda do Muro de Berlim (SHAFFER, 2012), uma série de relações sociais, antes limitadas aos territórios dos Estados nacionais, passou ao patamar global. Nesse diapasão, destaca-se o avanço, em perspectiva sistêmica, do Sistema da Economia, liberado da forte divisão entre modelos ideológicos que o caracterizavam anteriormente.

No âmbito do Direito e da Política, passou-se a observar que uma série de problemas envolvendo o contexto jurídico-político, muito pela facilitação do desenvolvimento da comunicação digital (VESTING, 2015), foram alçados ao patamar global. Em tal âmbito, como será demonstrado a título de exemplo, encontra-se o delito de lavagem de dinheiro, cuja atuação passou a depender, nos grandes casos de corrupção, da remessa de valores a países no exterior.

Sobre os efeitos dessas mudanças no plado do Direito, alguns autores passaram a se debruçar sobre o assunto, na perspectiva do que se passou a denominar de pluralismo jurídico. Sobre essa concepção, Shaffer (2012, p. 03), destaca que:

[...] é o processo por meio do qual as normas são construídas e transportadas, confrontando processos legais locais que podem bloquear, adaptar, traduzir ou apropriarem-se de uma norma legal transnacional e estimular sua reavaliação- em outras palavras, gerar um *feed back* na modificação de normas legais transnacionais. (tradução nossa).

No âmbito do pluralismo jurídico, diferentes concepções desmembraram-se para a explicação de fatores que consistem na circulação de normas jurídicas e de problemas de Direito em âmbito global. Para Shaffer (2012, p. 11), isso representa o direito transnacional:

Nós definimos o conceito de Direito Transnacional como a Construção Transnacional e o curso de Normas Legais, por constatações empíricas, como o Direito em que atores transnacionais, sejam eles instituições transnacionais ou redes transnacionais de atores públicos ou privados, com o intuito de construir e difundir normas legais, ainda que a

norma legal tenha sido em grande parte adotada por um modelo legal nacional por um Estado poderoso como os Estados Unidos.

Para a explicação do fenômeno da globalização, os autores do pluralismo jurídico constituíram uma espécie de novo ramo autônomo do Direito para a explicação desses fatores, evidenciando, a exemplo dos trabalhos de Shaffer (2012), o processo de transnacionalização do Direito, ou seja, casos em que o Direito não está mais limitado às fronteiras dos Estados nacionais.

Ao longo do século XX, se retomarmos a perspectiva de Kelsen acima mencionada, há de se destacar que Erlich (1986) propôs um relevante debate para sustentar o reconhecimento de um direito vivo na sociedade, para além dos limites da norma jurídica e da separação entre Direito e ciência do Direito na teoria kelseniana.

Ainda não calcado nos fatores de reconhecimento do processo de globalização, a teoria de Erlich foi de suma importância para demonstrar que as construções jurídicas muitas vezes transcendem os âmbitos do Estado, da política e dos tribunais. Tal perspectiva, já sob os influxos no fenômeno globalizante, foi retomada por Teubner (2010) para evidenciar a existência de uma *“Bukowina global”*.

Teubner (2016), ou seja, em trabalho posterior, vai se utilizar dessa ideia para sustentar a hipótese do reconhecimento de uma fragmentação constitucional no âmbito da globalização, ou seja, para demonstrar que, em escala global, as comunicações jurídicas, tanto as do cotidiano quanto as teatizadas como decisões, manifestam-se para além dos sistemas do Direito e da Política.

Há de se destacar a pretensão de Teubner (2016) em levar tal problemática ao âmbito do Direito Constitucional, uma vez que as constatações anteriores, tanto a de Shaffer (2012), quanto a de Erlich (1986), parecem terem sido desenvolvidas em âmbitos do pluralismo jurídico ou da sociologia jurídica.

De fato, a observação de Teubner (2016), para além das influências jurídico-sociológicas de Erlich (1986), baseia-se, em grande parte, na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, principalmente no tocante ao processo de autopoiese. Na teoria sistêmica, um sistema social é considerado autopoietico na medida em que reproduz suas operações baseado em elementos próprios de comunicação. Assim, Teubner (1993, p. 55-56) destaca que se trata de circunstância necessária para a autopoiese do Sistema do Direito:

Que elementos do sistema jurídico –juristas, organizações jurídicas, argumentação jurídica- se poderão considerar como “produzindo-se” reciprocamente entre si, no sentido estrito do termo? Sem prejuízo doutros desenvolvimentos feitos mais adiante, recordaremos que os elementos envolvidos no processo de auto-reprodução não são apenas os elementos do sistema relativos à comunicação – os actos jurídicos-, mas verdadeiramente todos os elementos pertencentes a esse sistema – estruturas, processos, limites, identidades, funções, prestações.

Nesse sentido, partindo-se da concepção de autopoiese tradicional, na perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016), o Sistema do Direito é caracterizado como autopoietico na medida em que sua dinâmica é representada a partir da representação de seus atos por meio de seus próprios elementos. Direito é, portanto, o que o próprio Sistema do Direito produz e decide.

Todavia, avançando na concepção de autopoiese, para além dos avanços da teoria luhmanniana, Teubner (2016) destaca a formação de comunicação jurídica para além do Sistema do Direito na globalização. Não possuindo mais as estruturais dos tribunais judiciais como centro de tomada de decisões, a observação desses processos leva à transição de modelos baseados em

hierarquia decisional no plano do Direito para a necessária sustentação de uma cultura decisional em redes.

Sobre esse ponto, como destaca Vesting (2015, p. 152):

Desse modo, a teoria dos sistemas sociais consoma a transição de um horizonte de problemas hierarquicamente dedutivo para um processo heterárquico (de caso para caso) de formação do Direito. No lugar das etapas indutivas e dedutivas verticais no sistema jurídico-positivista surge uma rede de interconexão horizontal, dinâmica e recursiva entre operações, a 'fabricação-justificação' contínua do Direito.

Para Teubner (2016), o processo de autopoiese do Sistema do Direito descrito por Luhmann passa a ter incidência em âmbitos distintos ao jurídico na globalização, ou seja, há manifestação de comunicação jurídica para além do Sistema do Direito. Nessa concepção de Teubner (2016), o que para Luhmann se considera autopoiese de determinado sistema social passa a ser considerada Constituição para Teubner. Nesse sentido:

Teubner apresenta a formação de subsistemas autopoieticos em escala global, formando, a partir de uma racionalidade própria, o que chama de constituições. Nesse cenário, que envolve o surgimento de novos atores na sociedade mundial, passa-se de um contexto anterior de normativismo galgado na figura do Estado Nacional para uma perspectiva de fragmentação constitucional, em que a teoria anterior, com ênfase na política e no Direito como sistemas centrais na tomada de decisões, perde seu valor tradicional. (ROCHA; COSTA, 2018, p. 12).

Em síntese, a concepção de Constituição antes vinculada a observações estritas sobre os sistemas do Direito e da Política passa a ter sentido, em Teubner (2016), para a observação de manifestações autônomas de comunicações jurídicas para além dos sistemas do Direito e da Política. Nesse sentido, a título de exemplo:

Ao lado das constituições econômicas descritas por Teubner, outras esferas também se autonomizam no cenário global, elucidando suas pretensões de expansão. São as constituições: da seguridade social, da imprensa, do sistema de saúde e, em alguma medida, também da ciência e da religião. A tendência expansionista de referidos sistemas, levando-se em conta a desvinculação territorial entre eles e a Constituição (acoplamento estrutural entre Direito e política), forma o que Teubner denomina tensão latente. (ROCHA; COSTA, 2018, p. 12).

Portanto, como proposta de observação acerca dos novos fenômenos envolvendo questões jurídicas na globalização, Teubner (2016) retoma os pressupostos vinculados à concepção de autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016) para explicar o modo como, atualmente, fenômenos jurídicos se manifestam para além do Sistema do Direito. (ROCHA, COSTA, 2018).

Para Teubner (2016), essas manifestações representam o que denomina de constituições próprias. A síntese dessa problemática é o que se concebe por fragmentação constitucional. Trata-se, como visto, de um modo de trazer as observações necessárias sobre os novos desafios do Direito na globalização para o âmbito do Direito Constitucional, preocupação que não havia nos autores envolvidos na observação do fenômeno jurídico na globalização, como acima mencionado.

## **ATRADORES E ARTICULAÇÃO TRANSNACIONAL ENTRE SISTEMAS SOCIAIS**

Como visto acima, a formação de comunicação jurídica no âmbito de diferentes sistemas sociais passou a caracterizar o que Teubner (2016) denomina de fragmentação constitucional. Nessa perspectiva, retomando-se a concepção luhmanniana de autopoiese, destaca-se, a exemplo

de um trabalho anterior de Teubner (2005), as possibilidades de atores de diferentes sistemas sociais realizarem observações distintas sobre o mesmo fato.

Tal proposta, ao mesmo tempo em que oferece um arcabouço conceitual sofisticado para a observação desses novos fenômenos, evidencia a problemática das hipótese em que há um bloqueios no âmbito de comunicações oriundas de diferentes sistemas sociais.

Em relevante trabalho anterior à concepção de fragmentos constitucionais, Teubner (2005), utilizando-se da obra literária de Gabriel Garcia Marquez “A crônica de uma morte anunciada”, demonstrou como o tradicional direito regulatório enfrenta dificuldades para manter a observação jurídica no contexto da globalização, afinal, a título de exemplo, o mesmo fato observável por meio de pressupostos jurídicos por atores do Sistema do Direito pode ser visto mediante outros elementos a partir da visão de membros de outro âmbito social. Nesse sentido, como destaca Teubner (2005, p. 47):

No contexto econômico, a pessoa jurídica não é compreendida juridicamente como um complexo de normas jurídicas e ponto de imputação a normas jurídicas à Kelsen, mas como corporate actor, equipada com uma série de preferências organizadas, com motivos dirigidos para o lucro, interesses organizacionais e cálculos racionais de ação.

Portanto, para o enfrentamento dos novos desafios do Direito Constitucional na globalização, antes de qualquer medida prescritível, é imprescindível que se constate a possibilidade inicial de uma ausência da eficácia social do Direito ao longo das observações possibilitadas em uma sociedade policontextural. Como destaca Teubner (2005, p. 31):

[...] a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.

De outro modo, como solução ao bloqueio da observação jurídica sobre determinados fatos, Teubner (2005, p. 37) apresenta a dinâmica dos atratores, pontos de observação em comum na dinâmica dos diferentes sistemas sociais. Há, a partir da constatação de bloqueios comunicativos no plano da sociedade mundial, a possibilidade de articular estratégias para que um mesmo fato seja, ao mesmo tempo, interessante para a atuação de distintos sistemas sociais.

Para além de constatar os bloqueios possíveis na comunicação, em um ambiente de Constituições que surgem no contexto de autopoiese em distintos sistemas sociais, é possível articular estratégias para a solução desses bloqueios. Em Teoria dos Sistemas Sociais, Teubner (2005, p. 37) denomina de atratores.

Nesse sentido, a título de exemplo, sabendo-se que as observações com base na lucratividade e no dinheiro movem o Sistema da Economia a nível global, o Direito, ciente dessa questão, deveria ser capaz de encontrar atratores na observação jurídica capazes, ao mesmo tempo, de possibilitar observações jurídicas com um certo grau de lucratividade no âmbito da Economia. Como destaca Teubner (2005, p. 38):

Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral, ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de uma maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.

Para tal, o início dessa constatação envolveria necessariamente a identificação do “ponto fraco” da observação realizada por determinado sistema. Nesse sentido, para a retomada da eficácia social do Direito em problemas de natureza global, seria necessário identificar,



primeiramente, o ponto de falha na observação econômica que bloqueia a comunicação jurídica em determinadas situações. (TEUBNER, 2005, p. 40).

A título exemplificativo em um caso prático, destaca-se a dificuldade inicial, por um lado, de se apurar juridicamente os casos de lavagem de dinheiro alçados ao patamar global. Por outro lado, evidencia-se como a dinâmica dos atratores serviu para a formação de uma articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro.

Nesse diapasão, é importante destacar como historicamente, por se tratar de um delito de natureza global desde o avanço do processo de avanço da globalização, as observações iniciais de atores do Sistema da Economia, com destaque para os bancos, e atores do Sistema da Política de outros Estados é a de poderiam obter certo lucro recebendo dinheiro oriundo de transações suspeitas advindas de países do exterior.

Em tal processo, era costumeiro mencionar a Suíça como um dos destinos fáceis do dinheiro oriundo de atividades ilícitas no Brasil, por exemplo. Tal fato deveria contar com a contribuição de agentes estatais e atores dos bancos do país ao qual o dinheiro se destinava.

Observando tal perspectiva é possível verificar que a observação jurídica, a ilicitude do fato de se tratar de lavagem de dinheiro, era bloqueada por observações estritamente econômicas oriundas dos países que recebiam o dinheiro e de atores do Sistema da Economia, que observava tais operações como lucros.

Por outro lado, sem a contribuição de agentes do Estado que recebeu o dinheiro e de atores das instituições econômicas que participaram desse processo, restava impossível para países como o Brasil mapear o caminho do dinheiro, bem como imputar qualquer conduta supostamente praticada no exterior como antijurídica a partir da aplicação do Direito existente na território nacional.

Havendo certo bloqueio na comunicação, caracterizado como ineficácia social do Direito para Teubner (2005, p. 40), para articular uma solução a esse caso, seria necessário identificar o “ponto fraco” dessa observação. No caso específico do delito de lavagem de dinheiro tal articulação foi realizada no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional.

Reunindo representações de atores dos sistemas da Política (Estados) e Economia (Bancos e instituições financeiras), o Grupo de Ação Financeira Internacional, com observações sobre problemas com repercussão global, passou a articular recomendações para que os países adotassem como parâmetros para a solução desses problemas. Com ênfase na temática da lavagem de dinheiro, mas também com olhares sobre outros casos, como o terrorismo por exemplo, o Grupo elaborou um documento atualmente denominado de 40 recomendações (FATF, 2019).

No Brasil especificamente, que participa de maneira ativa do Grupo de Ação Financeira Internacional, as recomendações foram seguidas no ano de 1998 para a elaboração da primeira lei brasileira sobre lavagem de dinheiro (BRASIL, 1998), coincidindo com a criação do antigo COAF, atual Unidade de Inteligência Financeira (UIF), na época, uma das exigências do Grupo. Posteriormente, no ano de 2012, o Brasil atualizou sua legislação que trata sobre lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012) para adicionar as alterações recomendadas pelo Grupo. Esta última lei foi aplicada com frequência nos casos que envolveram lavagem de dinheiro ao longo da Operação Lava Jato (COSTA, 2018).

Em síntese, a solução dada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional para a solução no tocante à ineficácia social de observação jurídica nesses delitos de natureza global é recomendar a produção internacional de legislação comum entre os países envolvidos, devendo essa legislação ser adotada no interior de cada país, a exemplo das leis brasileiras sobre lavagem de dinheiro

acima mencionadas, permitindo, assim, a aplicação de referida legislação pelos tribunais de diferentes países, a exemplo do Brasil com a Operação Lava Jato.

Todavia, para além da produção de legislação comum e da permissão para que tribunais de diferentes países utilizem essas leis, a verificação dos fatos que ocorrem na ordem transnacional, com destaque para o delito de lavagem de dinheiro, necessitam de um mapeamento contínuo dos agentes econômicos que recebem esses valores. Para tal, impreterível se faz que bancos, instituições financeiras e os próprios Estados passem a alimentar um sistema de comunicação digital contínuo para troca de informações.

Para tal, criou-se uma rede de segurança (*Egmont Secure Web*) a ser utilizada pelas diferentes unidades de inteligência financeira, de vários países, com a participação de atores do Sistema da Economia pra troca de informações. Como afirma Maira Rocha Machado (2010, p. 144):

O sistema atribui a um conjunto de pessoas físicas e jurídicas que atuam direta ou indiretamente no sistema financeiro- bancos, corretoras, agências de seguros, casas de câmbio, cartões de crédito, bingos, etc- o dever legal de identificar clientes, manter arquivos e comunicar transações acima de determinado valor ou consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro.

Referida articulação, portanto, envolve a participação de atores dos sistemas da Economia, da Política e, conseqüentemente, do Direito na solução de um problema de natureza global. No âmbito jurídico é relevante observar a grande quantidade de menções do termo “Cooperação Jurídica Internacional” nas decisões da Operação Lava Jato em grau recursal pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região envolvendo lavagem de dinheiro, evidenciando, entre outras circunstâncias, um movimento de Transnacionalidade do Direito (COSTA, 2018).

Faz-se relevante destacar que, para a reunião desses atores de diferentes sistemas, fez-se impreterível identificar os “pontos fracos” das observações anteriorente feitas por esses atores, que, conseqüentemente, bloqueavam a comunicação jurídica, a ponto de ser observar uma verdadeira ineficácia social do Direito nesse ponto.

Sobre tal aspecto, as observações do Grupo de Ação Financeira Internacional demonstraram que, na verdade, o dinheiro ilícito enviado a países do exterior permanece naquele território até o momento em que é possível dar aparência de ilicitude a tais ativos. Posteriormente, tais valores retornam aos países de origem, causando prejuízo aos Estados que recebera o dinheiro com o intuito específico de cometer esse ilícito. Portanto, contrariamente ao imaginado por tais países, receber dinheiro e permitir o procedimento de lavagem causa prejuízo a referidos Estador.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, atores do Sistema da Economia, com destaque para os bancos que recebia esses valores sem informar, perceberam o prejuízo causado pela circulação de valores oriundos de atividades ilícitas ao redor do mundo sem uma possibilidade de previsibilidade e estabilidade no sistema econômico, alçado necessariamente ao patamar global.

Em síntese, a partir da identificação do que Teubner (2005, p. 40) denomina de “ponto fraco da observação”, atores dos sistemas da Economia e da Política em escala global restaram convencidos de que o que observava como lucro na verdade poderia se caracterizar como um prejuízo muito maior.

Havendo um “atrator”, ou seja, um ponto de observação comum para atores desses diferentes sistemas (Política e Economia), a solução viável foi articular uma recuperação de uma observação jurídica efetiva sobre o delito de lavagem de dinheiro a nível global. Tal articulação culminou com as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF, 2019) em um patamar internacional e, no Brasil, com a edição das duas leis sobre lavagem de dinheiro (1988 e

2012) e a aplicação efetiva dessa legislação, com a utilização das informações oriundas de Cooperação Jurídica Internacional ao longo da Operação Lava Jato (COSTA, 2018).

Em síntese, a eficácia social do Direito na observação global sobre lavagem de dinheiro foi retomada com em uma articulação que mantivesse simultaneamente a efetividade das decisões jurídicas nos diferentes países, a participação do Estado nessas decisões e a lucratividade dos atores do Sistema da Economia. Essa observação comum vai ao encontro do que Teubner (2005, p. 40) denomina de atratores.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se viu ao longo do trabalho, as tradicionais observações sobre o constitucionalismo vinculam o fenômeno constitucional à existência de um documento único (Constituição) apto a limitar o exercício do poder do Estado dentro de determinado território.

Ocorre que, com o impulso do fenômeno da globalização no final do século XX, uma série de questões constitucionais passaram a ser alçados ao patamar global. Nesse diapasão, as estruturas tradicionais da Teoria Geral do Estado, com forte influência na gênese do Direito Constitucional, principalmente nos estudos de Carré de Malberg (1948) e Jellinek (2000), mostram-se insuficientes para a resolução desses desafios.

Em constatação a esse fato, demonstrou-se ao longo do trabalho a imprescindibilidade de uma observação interdisciplinar sobre os novos problemas jurídicos da globalização. Para tal, destacou-se a importância da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016) nessa observação.

Consequentemente, nesse ramo de estudos, foram abordados os trabalhos de Teubner acerca do atual cenário de fragmentação constitucional (TEUBNER, 2016) e, principalmente, de policontextualidade das observações sociais (TEUBNER, 2005).

Tais propostas, na medida em que constatarem novos fenômenos a serem observados pela teoria jurídica do século XXI, evidenciam situações em que pode haver um bloqueio comunicativo nas diferentes observações sobre o mesmo fato, oportunidade em que, na globalização, a comunicação jurídica é bloqueada pelo atuar de outros sistemas sociais.

Por outro lado referidas propostas teóricas, a partir de observações de segunda ordem, permitem pensar em articulações necessárias para que, simultaneamente, atores de diferentes sistemas sociais observe o mesmo fato de um modo que seja interessante para o sistema social em que atuam.

No tocante à retomada da efetividade social do Direito (TEUBNER, 2005, p. 40), utilizou-se do exemplo da articulação transnacional para apuração do delito de lavagem de dinheiro como o grande exemplo, a nível transnacional, da retomada de observações interessantes e simultâneas de atores dos sistemas da Economia, do Direito e da Política para um mesmo fato.

Em síntese, há de se concluir, baseado no arcabouço teórico apresentado ao longo do artigo, principalmente no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) e de representantes da sociologia das constituições, como Teubner (2016), que a observação econômica, aliada à observação política, foi de fundamental importância para a retomada da eficácia social do Direito no delito transnacional de lavagem de dinheiro.

Referida observação simultânea, baseada na dinâmica de diferentes sistemas sociais em atuação conjunta para a solução de um problema de natureza global, ou seja, possuindo um aspecto de governança, representa um exemplo do que Teubner (2005, p. 40) denomina de atratores.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89-111.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.
- BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm)>. Acesso em 08 jun. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos Tribunais: uma análise sociológico-sistêmica da Operação Lava Jato**. Dissertação de Mestrado Acadêmico - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo (RS), 2018.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **Ministério Público Federal**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.
- EHRlich, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. New York: Russel e Russel. 1962.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: < [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2019.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Granada: Comares, 2000.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MACHADO, Maíra Rocha. As estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: NEVES, Marcelo (org.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 131-155.
- MACHADO, Maíra Rocha. Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, 37: 330-366.
- MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, 2012, p. 229-264.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

# SÚMULA 283 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DO GOVERNO DO HOMEM ENDIVIDADO BRASILEIRO

Cássio de Araújo Silva Filho

Graduando de Direito (UFAL)

## INTRODUÇÃO

O Direito, compreendido como sistema jurídico, é um conjunto de normas que interagem com diversos ramos da sociedade, possuindo acentuada relação com a área econômica, sendo o responsável direto pela regulação das atividades do mercado financeiro. Isso é ainda mais marcante no ordenamento pátrio, onde a Constituição Federal de 1988 possui um caráter de nítido dirigismo econômico, com todo o Título VII tratando apenas da Ordem Econômica e Financeira. Contudo, nas últimas décadas ocorreram dois fenômenos: o crescimento da importância do capital financeiro, modificando a tradicional visão, compartilhada inclusive pela própria Lei Maior, que o capitalismo se dá numa relação entre capital(produtivo)–trabalho e a progressiva retirada de regulações e regras sobre como essas instituições financeiras deveriam agir, a exemplo da própria revogação pela EC40/03 do art. 192 da CF, responsável por veicular as normas de hierarquia constitucional sobre a matéria.

A Súmula 283 do STJ vêm seguindo essa tradição, nela se fixou o entendimento de que “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”, consolidando uma jurisprudência de não-intervenção. De tal modo se criou uma situação onde, com aval do Estado, se reduz o âmbito de proteção do consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, frente as administradoras de cartão de crédito.

Assim, será pesquisado a ligação dessa jurisprudência com o endividamento estrutural alarmante do brasileiro, com 62,4% das famílias endividadas, destas 77%, com dívidas no cartão de crédito, com taxa de juros anual média de 278%. Para a análise jurídico-dogmática da súmula será utilizada como método a pesquisa bibliográfica, com foco nos estudiosos do Direito Empresarial Arnaldo Rizzardo e Fábio Konder Comparato, além disso, do lado econômico o referencial serão estudiosos modernos do endividamento, Maurizio Lazaratto, especialmente sua obra “Governo do Homem Endividado” a “A Nova Razão do Mundo” de Pierre Dardot e Christian Laval, e “A era do capital improdutivo” de Ladislau Dowbor, onde a partir da perspectiva trazida pelos dois autores serão analisadas certas fontes primárias, como a pesquisa realizada em Outubro de 2018 sobre endividamento das famílias pelo CNC (Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo) o último relatório, de 2018, da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), sobre o atual perfil de endividamento brasileiro, especialmente comparado a outros países, tanto desenvolvidos, quanto de semelhante patamar econômico, além do levantamento feito pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) na Carta de Conjuntura nº 42, do 1º trimestre de 2019.

Desse modo, no 1º capítulo será tratado um breve panorama histórico sobre a questão da regulação da usura no ordenamento jurídico nacional, com um apanhado das principais leis (em sentido amplo) e jurisprudência sobre a matéria. No 2º capítulo será discutido o paradigma firmado na Súmula 283 do STJ, com maior foco nos votos proferidos no REsp 450.453- RS, mas sem prejuízo aos argumentos trazidos em outros votos proferidos por outros ministros em outros processos que serviram de base para a sumulação do entendimento. No 3º capítulo, será

analisado os impactos econômicos da Súmula na sociedade brasileira, que se encontra profundamente endividada no cartão de crédito, pagando um dos juros mais altos do mundo nesse tipo de relação contratual. A conclusão, falando-se aqui apenas de maneira preliminar, trará os resultados da pesquisa: o completo endividamento das famílias brasileiras no cartão de crédito, fruto da imensa carga de juros cobrada pelas administradoras de cartão de crédito, muito acima das encontradas em países desenvolvidos e até mesmo de similar nível de desenvolvimento, indo de encontro não somente à boa prática econômica, pois impõe um estrangulamento da capacidade de investimento das famílias, mas também jurídico, como o princípio da cooperação, proteção do consumidor e equivalência material nos contratos sinalagmáticos, fator esse reconhecido pelo próprio STJ em julgamentos outros.

## **ASPECTOS HISTÓRICOS DA REGULAÇÃO DA USURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Desde o início de sua colonização o Brasil já trazia regulação sobre como se daria os juros e a usura, visto a extensão das leis portuguesas para a colônia. À época do início da colonização por Portugal, se utilizava um conceito qualitativo do que seria usura, se qualificando como qualquer cobrança de juros, esse posicionamento é nítido nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

A título de exemplo:

Nenhuma pessoa, de qualquer estado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata ou outro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida ou cotada à usura, por que possa haver, ou dar alguma vantagem, seja por via de empréstimo ou qualquer outro contrato de qualquer qualidade natureza e condição que seja e de qualquer nome que possa ser chamado. E o que o contrário fizer, e houver de receber qualquer ganho de dito contrato, perca todo o principal que deu e os acréscimos, se já os tiver recebido ao tempo que por nossa parte for demandado, e tudo em dobro para a Coroa de Nossos Reinos, e mais, será degradado por dois anos para a África (...). (PORTUGAL)

Isso se dava pela forte influência da Igreja Católica, que repudiava expressamente qualquer cobrança de juros, sejam remuneratórios ou moratórios, como se pode ver em AQUINO:

O uso principal da prata amoedada é ser gasta nas trocas; por isso não é lícito vender o uso ao mesmo exigir a restituição do que foi dada em mútuo. Devemos, porém, saber que o uso secundário dos vasos de prata poderia ser a comutação. E então não seria lícito vender-lhes o uso (AQUINO, 2006, p. 78)

Foi apenas no século XIX, com o ideário liberal já em plena expansão, que no Império Português foi emitido o primeiro diploma legal dando aval para que se cobrasse juros irrestritamente, contudo, restrito apenas para o financiamento da navegação comercial, pela emissão Alvará de 5 de Maio de 1810 (PINHEIRO, 2012, p. 36)

Com a independência, e forte influência no mundo jurídico que a obra *Defence of Usury* de Jeremy Bentham exerceu, é promulgado a Lei de 24 de Outubro de 1832, dispõe que “o juro ou prêmio de dinheiro, de qualquer espécie, será aquela que as partes convencionarem”. Assim, se abrangeu, de maneira irrestrita, o Alvará de 5 de Maio de 1810, estendendo-se para todas as áreas da economia.

Esse posicionamento foi também abarcado pelos Códigos nacionais seguintes, como o Código Comercial de 1850 e o Código Civil 1916. Sendo somente com a Grande Depressão, e o seus efeitos nefastos que geraram para a economia brasileira, especialmente no âmbito da cafeicultura, que se permitiu a volta da regulação pelo Estado, tirando a irrestrita autonomia das partes antes vigorante.

Desse modo, em 1933, foi editado o Decreto nº 22.626, conhecido popularmente como “Lei de Usura”, vigente até os dias atuais. Visando impulsionar o setor produtivo brasileiro, fixou um limite máximo de cobrança de juros de 12% ao ano. É notório observar que houve uma mudança do conceito de usura adotado por este diploma legislativo e o adotado pela Igreja na Idade Média, sendo este um conceito quantitativo, não se classificando como usura as taxas de juros cobradas inferiores a 12% ao ano.

Em 1964, com a reforma do Sistema Financeiro Nacional foi editada a Lei nº 4595/64, estabelecendo no art. 4, IX que seria da competência do CMN (Conselho Monetário Nacional):

Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover (BRASIL, 1964)

Jurisprudencialmente foi construído a tese de que a existência desse dispositivo afastava a incidência da Lei da Usura nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Sendo inclusive o posicionamento adotado pelo STF na edição da Súmula 596.

Isso por si só não seria o suficiente para que se adotasse a ausência total de limites a cobranças de juros, apenas uma alteração de competência, anteriormente da Lei da Usura, e agora do Conselho Monetário Nacional. Entretanto, desde 1976, via Resolução nº 398, o CMN não exerce este poder, deixando as taxas livres para estipulação.

A Constituição Federal de 1988, trouxe todo um capítulo regulando o Sistema Financeiro Nacional, em seu art. 192, § 3º, limitava expressamente a cobrança de juros reais aos 12% ao ano já conhecidos da Lei da Usura. Contudo, o STF, em vez de preservar o texto constitucional e consolidar a interpretação que daria maior força normativa aos seus dispositivos encampou uma doutrina, em sua Súmula Vinculante 7, que a restrição trazida era condicionada a edição de Lei Complementar pelo Congresso Nacional.

Apesar da possibilidade de críticas a este entendimento, hoje se tornou um debate com importância fundamentalmente histórica, já que o parágrafo 3º foi revogado pela EC40/03.

Como o âmbito do estudo da presente pesquisa se refere aos contratos de cartão de crédito no contexto de endividamento familiar, é importante comentar sobre o Código de Defesa do Consumidor, visto ser o diploma legislativo que contém as normas que incidirão na maior parte das relações jurídicas pertinentes. Apesar de não trazer nenhuma regulação expressa do que seria considerado usura para o consumidor, há a possibilidade de revisão judicial dos contratos caso estabeleça prestações desproporcionais (art. 6, IV, CDC).

Vale ressaltar que, mesmo com a edição da Súmula 283 pelo STJ, enquadrando as operadoras de cartão de crédito como pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional e portanto isentas de qualquer regulação sobre suas taxas de juros cobradas, já houveram decisões revisando as taxas de juros cobradas tendo como fundamentação o artigo supracitado do CDC.

## **A DOGMÁTICA ADOTADA NA CONSTRUÇÃO DA SÚMULA 283 DO STJ: ANÁLISE E CRÍTICA**

### **Aspectos preliminares**

Primeiramente é importante esclarecer as características básicas do contrato que estava sendo discutido em juízo, o contrato de cartão de crédito. Pela Teoria Geral dos Contratos, tal tipo contratual pode ser classificado como: atípico, bilateral e oneroso (NEGRÃO, 2012, p. 374-375). De forma indiscutível figuram três integrantes: a sociedade empresária (sendo vedado a emissão por



Pessoas Físicas), o titular do cartão de crédito e o fornecedor (RIZZARDO, 2018, p. 1399), Ricardo Negrão coloca ainda um quarto integrante, de duvidosa legalidade, o financiador em que a administradora do cartão de crédito, em nome do titular do cartão de crédito, via cláusula de mandato estabelecida no contrato, obtém recursos para financiar o valor da fatura (2012, p. 377).

Nesta arquitetura jurídica as sociedades empresárias administradoras de cartão de crédito obtém, majoritariamente, seu lucro por meio da taxa (em percentagem) cobrada aos fornecedores quando o titular do cartão adquire bens e serviços com o cartão de crédito, das taxas cobradas ao cliente, tais como anuidades, juros de mora pelo atraso da fatura mensal e tarifas pagas para integrar programas de benefícios das administradoras.

Ademais, vale também reproduzir o próprio conceito de integrante do sistema financeiro nacional, trazido no art. 17 da Lei 4595/64:

Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (BRASIL, 1964).

## Contorno jurisprudencial

A Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça institui que:

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura (STJ, 2009).

Sendo um entendimento firmado com base em seis processos: AgRg no Ag 467.904-SP, AgRg no Ag 481.127-RS, AgRg no REsp 518.639-RS, REsp 337.332-RS, REsp 441.932-RS, REsp 450.453-RS, julgados no período entre 2003 e 2004 (STJ, 2009). Sendo o processo REsp 450.453-RS, o *leading case*, onde aconteceu a maior discussão entre os ministros e delimitação mais clara da *ratio decendi*.

Neste processo, Marcos Alves Dias interpôs recurso especial contra a empresa Banrisul Serviços LTDA, uma sociedade empresária administradora de cartão de crédito, com base nas alíneas a) e c) do art. 105, III da Constituição Federal de 1988. Argumentando no sentido de que:

Sendo esta cláusula meramente ou simplesmente potestativa, em face de que dependem da prática de um ato por parte do recorrente, na dependência do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele, fica instalada tal cláusula contratual que é totalmente subordinada e de vontade exclusiva da recorrida, face a necessidade momentânea daquele economicamente mais fraco que cedendo às pressões do economicamente mais forte, tendo abstraída sua liberdade de contratar (STJ, 2003).

Também argumenta que não sendo a Banrisul Serviços LTDA integrante do sistema financeiro nacional estaria incluída no âmbito de incidência da Lei da Usura, sendo ilícita a cobrança de juros flutuantes de 15% ao mês (STJ, 2003).

O relator, Ministro Sr. Carlos Alberto Menezes, votou no sentido de dar razão ao recorrente, tanto em virtude da Súmula 60 do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, que proíbe que o procurador do mutuário assumira obrigação de financiamento em nome do devedor, com

---

<sup>1</sup> É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste (STJ, 1992).

base em cláusula de mandato. Além disso, reconhece também como devida a incidência da Lei de Usura, e a limitação de sua cobrança as taxas de 12% ao ano, *in verbis*:

Com isso, os encargos cobrados não podem ser aqueles assumidos em função do compromisso assumido pela empresa administradora em razão da cláusula mandato, mas, sim, limitados os juros a 12% ao ano, reconhecido no Acórdão recorrido que as administradoras não são instituições financeiras, como, de fato, não são (STJ, 2003).

Entretanto, o voto vencedor, e seguido neste processo e em processos seguintes, foi dado pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, que entendeu que a referida cláusula de mandato, autorizando a administradora a captar recursos no mercado financeiro em nome do detentor do cartão de crédito, é válida. Deste modo, segundo o Ministro, a administradora de cartão de crédito estaria realizando intermediação financeira, havendo incidência do art. 17 da Lei 4595/64 e a consequente natureza jurídica de instituição financeira, isenta das limitações impostas pela Lei da Usura (STJ, 2003).

Também argumentou que a própria Lei Complementar 105/01, que regula o sigilo nas operações das instituições financeiras, arrolava, de maneira taxativa, as administradoras de cartão de crédito como instituição financeira.

Tal voto, é citado em diversos outros processos como o REsp 441.932-RS, voto do relator Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes:

(...) fiquei vencido na Segunda Seção que assentou em sentido contrário, ou seja, as administradoras são consideradas como instituições financeiras, aplicando-se a Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, válida a cláusula que as autoriza buscar o financiamento necessário no mercado financeiro (**REsp nº 450.453/RS**, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 25/6/03, grifo próprio)

Também no REsp 337.332-RS, voto do relator Sr. Ministro Barros Monteiro:

Assiste razão à recorrente quanto à limitação da taxa dos juros remuneratórios. As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64. Assim decidiu esta c. Turma ainda há pouco, quando do julgamento do **REsp nº 450.453-RS**, Relator para o Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior (STJ, 2003, grifo próprio)

Semelhante no AgRg no REsp Nº 518.639 – RS, em voto dado pela relatora Sra. Ministra Nancy Andrighi:

A questão da limitação dos juros remuneratórios em contratos de cartão de crédito já foi apreciada por este STJ no **REsp 450.453** (Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.06.2003), em que se considerou que as administradoras, como intermediárias, inserem-se no conceito de instituição financeira (STJ, 2003, grifo próprio)

Isso se repete em todos os outros processos, AgRg no REsp 518.639-RS, AgRg no Ag 481.127-RS, AgRg no Ag 467.904-SP, apontados pelo STJ como precedentes fundamentais para a sumulação deste entendimento.

### **Análise crítica do entendimento sumulado**

A tese jurídica encampada pela Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça tem certos aspectos problemáticos, que, dada a pouca discussão com que foi adotado, sequer foram analisados pelo Ministros da corte, além da própria incompreensão do que seria o conceito de instituição financeira trazida pela legislação. Ademais, também houve, aparentemente, pouca preocupação com as consequências jurídicas outras, que não o afastamento da incidência da Lei

da Usura, que a alteração da natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito poderia trazer.

Como leciona Fábio Konder Comparato, o empreendimento realizado por este tipo de sociedade empresária, as administradoras de cartão de crédito, não se enquadram em nenhum dos tipos de atividade financeira trazidas pelo art. 17 da Lei 4595/64. Assim o autor explica:

(...) as autoridades máximas do sistema financeiro nacional criaram uma tipologia de atividades financeiras dentro do quadro geral dado pelo art. 17 da Lei 4594, de 31.12.64. Os requerimentos de autorização de qualquer dessas atividades, eram e continuam sendo apreciados pelo Banco Central, na órbita do seu poder discricionário, de acordo com essa classificação tipológica.

Ora, as atividades empresariais de administração de cartões de crédito não se enquadram em nenhum desses tipos de atividade financeira, assim definidos. As empresas que a exercem não atuam como banco de depósito, nem como banco de investimento ou de desenvolvimento, ou como sociedade de crédito, financiamento e investimento; muito menos como sociedade de crédito imobiliário.

Por conseguinte, ainda que o desejassem, tais empresas não poderiam pleitear autorização administrativa para operar como instituições financeiras (STJ, 1997)

O que aconteceu no julgamento do REsp 450.453-RS, no voto vencedor do Ministro Sr. Aldir Passarinho, foi imputar que, dada a cláusula de mandato que permite a captação de recursos perante o mercado financeiro, a sociedade administradora de cartão de crédito estaria realizando a intermediação. Entretanto, ignora as diferenças significativas entre o objeto social de uma administradora e de um banco.

Como discorre Fran Martins sobre a atividade das administradoras de cartão de crédito: “Há uma prestação de serviços feita pelo emissor ao portador. Na verdade, o emissor ao conceder o cartão credencia o portador a utilizá-lo na aquisição de bens ou serviços se, o pagamento imediato das despesas feitas (MARTINS *apud* RIZZARDO, 2018, p. 1409).”

Além disso, como bem aponta Ministro Sr. Carlos Alberto Menezes, até a própria atividade de intermediação via cláusula de mandato é duvidosa, afrontando a Súmula 60 do STJ. Essa Súmula, é baseada na interpretação do antigo art. 116 do Código Civil de 1916, reproduzida de maneira similar pelo art. 122 do atual Código Civil de 2002, que estabelece:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes (BRASIL, 2002)

E foi neste sentido que julgados como o REsp 144.375-SP, REsp 26.970-MG e o REsp 20.582-MG, professavam, anulando esta cláusula e descaracterizando a própria atividade de intermediação, dado que a mesma se dava ilicitamente.

Outro ponto, é que a decisão do STJ deixa de considerar todo o conjunto de deveres (não apenas direitos) que a inserção das administradoras de cartão de crédito no rol de integrantes do Sistema Financeiro Nacional traria, consoante a Lei 4595/64. Destarte, não houve sequer apreciação de questões como se haveria necessidade de prévia autorização do Banco Central para funcionamento, como estabelece o art. 17, da necessidade de serem necessariamente Sociedade Anônimas, consoante o art. 25, da necessidade de autorização para participar do capital de outra sociedade (art. 30) e do regime de tributação, onde há regramento própria pra essas espécies de sociedades.

A própria administradora recorrida no REsp. 450.453-RS era uma sociedade empresária de responsabilidade limitada (Banrisul Serviços LTDA). O que se observa, na verdade, foi que tal decisão do Superior Tribunal de Justiça transformou as administradoras em uma espécie *sui*

*generis* do Sistema Financeiro Nacional, possuindo o direito de se isentar das limitações da Lei da Usura, mas sem ter que realizar nenhum dos encargos trazidos pela legislação, aproveitando-se, de maneira extremamente conveniente, do melhor dos dois mundos.

Por último, vê-se que, já há julgados, apesar da edição e plena vigência da Súmula 283, em que o STJ vem reconhecendo a abusividade das taxas de juros cobradas por integrantes do Sistema Financeiro e fazendo a revisão equitativa dessas taxas. Os parâmetros para esta revisão foram fixadas em IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), no REsp. 1.031.530-RS (LÔBO, 2018, p. 285):

É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto (STJ, 2008)

Portanto é notório que, apesar da timidez, e subjetividade imposta ao julgador, não há uma total ausência de regulação e limite nas taxas de juros cobradas pelas integrantes do Sistema Financeira Nacional, especialmente das administradoras de cartão de crédito, no âmbito da relação consumerista, que em termo quantitativos representa o maior volume das relações contratuais que as administradoras de cartão de crédito possuem.

## **OS JUROS DO CARTÃO DE CRÉDITO: GOVERNAMENTALIDADE E CRISE ECONÔMICA**

Conceito trazido por Foucault, governamentalidade são os mecanismos, concretizados por meio de “uma série de regulamentações leves e adaptativas” (FOCAULT *apud* LAZARATTO, 2017, p. 12) que conduzem alguém a agir mais de uma maneira que outra. A grande vantagem da governamentalidade, frente aos métodos tradicionais de exercício de poder, é a ausência de mecanismos explícitos, tais como proibições, força física ou normas de comportamento, que fazem com que atue de maneira mais insidiosa, se tornando assim mais eficaz, pela dificuldade de pontuação e resistência.

A partir da ascensão do neoliberalismo, tais mecanismos passaram por um processo de privatização, se situando num âmbito de fora do Estado, sendo o principal mecanismo as técnicas de governança a partir do consumo. Segundo Lazaratto:

Desde os anos 20, foram desenvolvidas técnicas de governança a partir do consumo. Elas se exercem pelo *marketing*, pelas pesquisas de opinião, pela televisão, pela internet, pelas redes sociais etc., que informam a vida em todas as suas dimensões (LAZARATTO, 2017, p. 12).

Contudo, ao mesmo tempo que se preferiu se utilizar do consumo como forma de controle, com o advento e fortalecimento das políticas de austeridade, destruição do *Welfare State* e ausência de ganhos salariais significativos desde a década de 1970, consumir, ainda mais nas quantidades exigidas pelo capitalismo moderno, se torna cada vez mais difícil. É neste contexto que a relação credor/devedor e o endividamento ganham proeminência significativa.

Neste sentido:

(...) a estratégia neoliberal aplicada desde os anos 1970: a substituição de direitos sociais (direito à formação, à saúde, à aposentadoria etc.) pelo acesso ao crédito, quer dizer, pelo direito de contrair dívidas; não mais a mutualização das cotizações para a aposentadoria, mas os investimentos pessoais nos fundos de pensão, não mais os aumentos salariais, mas os créditos para consumo, não mais a seguridade social, mas os seguros individuais, não mais o direito a moradia, mas empréstimos imobiliários (LAZARATTO, 2017, p. 63-64)

Assim, acaba-se criando um sujeito próprio deste momento histórico, cunhado por Dardot e Laval de “o sujeito neoliberal” como ápice da construção do *homo economicus* idealizado nos primórdios do liberalismo. Tal sujeito, é conceituado da seguinte forma:

Se existe um novo sujeito, ele deve ser distinguido nas práticas discursivas e institucionais que, no fim do século XX, engendraram a figura do homem-empresa ou do “sujeito empresarial”. Favorecendo a instauração de uma rede de sanções, estímulos e compromettimentos que tem o efeito de produzir funcionamentos psíquicos de um novo tipo. [...] O homem benthamiano era o homem calculador do mercado e o homem produtivo das organizações industriais. O homem neoliberal é o homem competitivo, inteiramente imerso na competição mundial (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 322)

Tal sujeito, competitivo e racionalizado por excelência, têm que adotar tal *ethos*, dada as pressões sociais que o afligem: desemprego, baixos, falta de serviços e sociais e, de maneira central, o endividamento.

É nesta dinâmica que entra o cartão de crédito, no Brasil, o principal veículo para o endividamento familiar. Segundo pesquisa realizada pela CNC (Confederação Nacional do Comércio), em outubro de 2016, cerca de 60,7% das famílias brasileiras estavam endividadas, deste bolo, 77,4% tinham como principal fator de endividamento o cartão de crédito, totalizando assim um total de aproximadamente 46% das famílias brasileiras tendo como principal dívida a dívida do cartão (CNC, 2018). No mesmo período (outubro de 2018), foi verificado pelo BC (Banco Central) que a taxa média de juros nesta modalidade de crédito teve uma taxa média de 278% (BC, 2018).

Tal perfil de endividamento difere muito do encontrado em outros países, especialmente dentre os principais *players* do mercado global. Diferentemente de outros países, onde a maior parte das dívidas familiares são mais longas, com mais garantias e com taxas de juros menores, a exemplo de financiamento imobiliários, no Brasil os juros são ordens de magnitude maiores, comprometem maior parte do orçamento familiar, possuem menos garantias e vencem em prazos muito mais curtos (no caso do cartão de crédito, mensalmente). Segundo o BIS (Bank of International Settlements) “a média de comprometimento da renda com pagamento de juros e amortizações nos 17 países selecionados é de 9,8%, ante 20% no Brasil (BIS, 2019)”, o pesquisa do IPEA, Estêvão Kopschitz analisa tais dados da seguinte forma:

Os brasileiros investem menos em aquisição de imóveis, por exemplo, mas gastam muito com cartão de crédito, contribuindo para um aumento da taxa de juros, haja vista a falta de garantia típica desse tipo de crédito (2019)

O efeito macroeconômico deste tipo de política é notório, especialmente num país como o Brasil, que tende a depender da força do seu mercado interno para conseguir se desenvolver economicamente. Segundo Dowbor, as taxas de juros cobradas estrangulam a economia, e são mais um incentivo ao crédito, do que ao consumo, visto que o endividado acaba ficando impedido de consumir por longos períodos (2017, p. 192).

Explica o autor:

(...) as lojas dizem que “facilitam”. No conjunto do processo, a metade da capacidade de compra do consumidor fica com o intermediário, que não produz nada. E como o produtor recebe pouco, a sua capacidade de investimento estanca. Como o grande comércio mantém basicamente o mesmo nível de juros nos crediários, as pessoas passam a achar que é assim mesmo, “normal” (DOWBOR, 2017, p. 192)

Se tratando especificamente do cartão de crédito, quando alguém ao se endividar não consegue pagar integralmente a fatura acaba tendo que utilizar de outro tipo de crédito para continuar solvente, seja parcelando a fatura ou utilizando do próprio crédito rotativo oferecido

pelas administradoras. Conseqüentemente os juros já altos do cartão de créditos são somados a juros advindos destas outras espécies de financiamento tornam a dívida praticamente impagável.

Neste sentido, Dowbor:

Obviamente, com estas taxas, as pessoas, ao fazer uma compra a crédito, gastam mais com os juros do que com o próprio valor do produto adquirido. As famílias não só se endividam muito como se endividam muito comprando pouco. A conta é evidente: em termos práticos, pagam quase o dobro, às vezes mais. Dito de outra forma, compram a metade do que o dinheiro deles poderia comprar, se fosse à vista. Isto que a compra à vista já inclui os lucros de intermediação comercial. De acordo com os dados do Banco Central, em março de 2005 a dívida das famílias equivalia a 19,3% da renda familiar. Em março de 2015, a dívida acumulada representava 46,5% da renda. Este grau de endividamento, em termos de estoque da dívida, é inferior ao de muitas economias desenvolvidas. Mas nelas se paga juros da ordem de 2% a 5% ao ano. Com os juros aqui praticados, as famílias deixaram evidentemente de expandir o seu consumo, e a sua capacidade de compra foi apropriada pelos intermediários financeiros. A demanda foi travada pelos altos juros para pessoa física, e isto trava a economia no seu conjunto (2017, p. 197)

Assim, consegue-se observar os efeitos deletérios que as taxas de juros praticadas, e sua conseqüente liberalização, causam no cenário macroeconômico brasileiro. Alguns estudiosos, como o próprio Dowbor, apontam inclusive como o principal fator gerador da recessão, e atual estagnação, econômica acontecida em *terra brasilis*.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que dentro do contexto dos contratos de cartão de crédito, o posicionamento pela ausência estatal adotado pelo STJ na construção da Súmula 283, consolida uma jurisprudência que cria um silêncio eloquente, frente a ausência de regulamentação estatal desta relação. Preferiu-se adotar uma dogmática jurídica frágil, inconsistente com a definição trazida pelo art. 17 da Lei 4595/64, inconsistente com as decisões anteriores (inclusive com súmula neste sentido) referente a cláusula de mandato no cartão de crédito realizada pelo Tribunal e inconsistente até mesmo com o microsistema jurídico aplicável as integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Não obstante, tal decisão ainda traz conseqüências sociais e econômicas nefastas. Tanto por instruir de maneira ferrenha a governamentalidade neoliberal por meio da relação credor-devedor, tendo tais sociedades empresárias administradoras de cartão de crédito aval do Estado para instituir a cobrança em níveis exorbitantes (que superam em mais de vinte vezes o limite imposto pela Lei da Usura), criando verdadeiras dívidas impagáveis, quanto pelo aspecto econômico, travando a imensa capacidade que o mercado interno brasileiro possui.

A livre-estipulação num contexto onde não há nenhuma espécie de igualdade entre as partes, seja econômica, social ou de informação, vira espaço para abusos, gerando situações jurídicas onde há total submissão de uma parte contratual a outra.

Por fim, cabe salientar que tal dinâmica é vedada em diversas prescrições da Constituição Federal de 1988, seja em seu art. 170, que inicia o capítulo constitucional da Ordem Econômica pátria, e dita seus princípios gerais, dentre eles da defesa do consumidor e da função social da propriedade, como do próprio art. 1, que traz como princípio fundamental a valorização não apenas da livre iniciativa, mas também do trabalho.

## REFERÊNCIAS

- AQUINO, T. D. **Suma Teológica**. 1ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, v. 3, 2006.
- BC, B. -. Juro do cartão de crédito rotativo sobe em setembro, mas taxa do cheque especial recua. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/26/juro-do-cartao-de-credito-rotativo-sobe-em-setembro-mas-taxa-do-cheque-especial-recua.ghtml>>. Acesso em: 29 Novembro 2019.
- BIS, B. O. I. S.-. Comprometimento de renda do brasileiro é caracterizado por dívidas de prazo curto e juro alto. **IPEA**, 2019. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34573](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34573)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.
- BRASIL. L4595 compilado. **Site do Planalto**, 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595compilado.htm)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.
- BRASIL. L10406 compilada. **Site do Planalto**, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.
- CNC, C. N. D. C.-. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) - outubro 2018. **CNC**, 2018. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-outubro>>. Acesso em: 30 Novembro 2019.
- DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOWBOR, L. **A era do capital improdutivo**. São Paulo: Autonomia Literaria, v. 1, 2017.
- LAZARATTO, M. **O governo do homem endividado**. 1ª. ed. São Paulo: n-3, v. 1, 2017.
- LÔBO, P. **Direito Civil: Obrigações: Volume 2**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, v. 2, 2018.
- NEGRÃO, R. J. N. **Manual de Direito Comercial & de Empresa, volume 2: Títulos de crédito e contratos empresariais**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012.
- PINHEIRO, I. N. Juros e usura no direito brasileiro: uma reflexão sob a perspectiva tomista. **Acervo de Doutorados USP**, 2012. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-155620/publico/Doutorado\\_VERSAO\\_FINAL\\_REVISADA\\_2012\\_07\\_11.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-155620/publico/Doutorado_VERSAO_FINAL_REVISADA_2012_07_11.pdf)>. Acesso em: 24 Novembro 2019.
- PORTUGAL. Ord. Filipinas 4 tit. 67. **Universidade de Coimbra**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p872.htm>>. Acesso em: 24 Novembro 2019.
- RIZZARDO, A. **Contratos**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STJ. stj-revista-sumulas-2006\_4\_capSumula60.pdf. **STJ**, 1992. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006\\_4\\_capSumula60.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006_4_capSumula60.pdf)>. Acesso em: 28 Novembro 2019.
- STJ. STJ - Inteiro Teor do Acórdão - Google Chrome. **STJ**, 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500383748&dt\\_publicacao=10-11-1997&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500383748&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.
- STJ. Revista Eletrônica. **STJ**, 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=397533&num\\_registro=200200940763&data=20040225&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=397533&num_registro=200200940763&data=20040225&formato=PDF)>. Acesso em: 28 Novembro 2019.

STJ. Revista Eletrônica. **STJ**, 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=438728&num\\_registro=200300287491&data=20031201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=438728&num_registro=200300287491&data=20031201&formato=PDF)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.

STJ. Revista Eletrônica. **STJ**, 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=424436&num\\_registro=200100958903&data=20031124&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=424436&num_registro=200100958903&data=20031124&formato=PDF)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.

STJ. Revista Eletrônica - Google Chrome. **STJ**, 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=826356&num\\_registro=200801199924&data=20090310&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=826356&num_registro=200801199924&data=20090310&formato=PDF)>. Acesso em: 29 Novembro 2019.

STJ. vol.21.indd. **STJ**, 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_21\\_capSumula283.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula283.pdf)>. Acesso em: 28 Novembro 2019.



# POLÍTICA ECONÔMICA EDUCACIONAL E O “NOVO” FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES): A DICOTOMIA ENTRE ACESSO À EDUCAÇÃO, MERCANTILIZAÇÃO E UM MODELO DE ENDIVIDAMENTO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.530/2017

**Kleyton Emmanuel Moura Cardoso**

Graduando em Direito (UFAL)

**Rodrigo Ferreira dos Santos**

Graduando em Direito (UFAL)

## INTRODUÇÃO

Quando se discutem as reverberações do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) dentro do âmbito educacional, deve-se ter em mente que se está diante de uma ótica mercantilista da educação não mais gerida como direito social, mas como proteção social pelo endividamento. Isso ocorre em decorrência das mudanças nos moldes do capital, pois antes se tratavam de políticas sociais mínimas, e, agora, veem-se políticas de crédito, o que perpassa o crivo do endividamento.

Neste sentido, mesmo que a nova Lei nº 13.530/17 traga alguns pontos que tentem minimizar o impacto do endividamento, inclusive quanto ao Erário, estruturalmente a lógica do capital gerencia a sua dinâmica. Dessa forma, assiste-se à construção de uma política educacional que absorve um número expressivo de investimentos públicos, mas não tem um caráter emancipatório e soberano. Com isso, cabe pontuar o quanto a funcionalidade econômica de tal política educacional para o mercado reverbera na consolidação de uma estrutura social pautada no endividamento, tendo em vista a corrente transição do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) de política residual para política central por parte do Ministério da Educação.

Ademais, mesmo que traga em seu bojo o acesso à educação superior como prerrogativa para o implemento de tal política econômica educacional, compreende-se como o dinamismo de políticas sociais mínimas para políticas de crédito, projetou o nível considerável de inadimplência entre aqueles que a acessam.

Portanto, mesmo que as reformulações trazidas pela Lei nº 13.530/17 (período de amortização da dívida e juros, a exemplo) tragam mudanças significativas no sentido de criar mecanismos que possam se constituir como forma facilitadora de adimplemento, por estar inserida numa lógica de política econômica educacional e, concomitantemente, de mercantilização, é basilar considerar o endividamento como algo intrinsecamente constitutivo das relações que são estabelecidas, tendo por intermédio o FIES (Fundo de Financiamento Estudantil).

## A DISTINÇÃO ENTRE “POLÍTICA EDUCACIONAL” E “POLÍTICA ECONÔMICA EDUCACIONAL”

Ao se discutir os impactos gerados pelo FIES enquanto política de acesso à educação, não se deve perder de vista o quanto seu gerenciamento está pautado por uma lógica estritamente econômica. Com isso, cabe aqui pormenorizar a distinção entre o que pode ser entendido como “política educacional” e “política econômica educacional”.

É dentro desse contexto que cabe esmiuçar os aspectos mais gerais que constituem o FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) enquanto política econômica educacional, por estar

associado a uma “ética empresarial” (DARDOT, 2016) na gestão dos assuntos de Estado. Desse modo, como preceitua Maurizio Lazzarato “na fábrica do saber, a divisão de classe não passa mais pela oposição entre capitalistas e assalariados, mas entre devedores e credores” (LAZZARATO, 2017, p. 63).

Com isso, projetando uma análise sobre os conceitos de “política econômica educacional” e “política educacional”, pode-se entender que aquela está indissociavelmente ligada à (re)produção da racionalidade neoliberal, enquanto esta pauta-se numa ação emancipatória do indivíduo. Ou seja, ao atender uma funcionalidade estrutural, uma política econômica educacional de Estado precipuamente formula práticas empresariais em seu cerne, assim, ao invés de haver uma política voltada para o atendimento de demandas sociais, constitui-se apenas um desenvolvimentismo calcado nas inclinações econômicas do capital.

Ao discorrer sobre ações vinculadas ao Estado tendo como égide o favorecimento econômico do mercado, pode-se observar que houve e ainda a há “a substituição de direitos sociais (direito à formação, à saúde, à aposentadoria etc.) pelo acesso ao crédito, quer dizer, pelo direito de contrair dívidas” (LAZZARATO, 2017). Consequentemente, fomenta-se a consolidação de uma perspectiva meramente econômica da educação, pois:

[...] atendendo a essa lógica, o “governo empresarial” brasileiro desenvolveu políticas educacionais compatíveis a essa nova racionalidade, desnaturando a educação enquanto direito social e fomentando-a enquanto mero serviço a ser prestado pela iniciativa privada, levando ao atual cenário de hegemonia privada sobre o ensino superior no país. (PIMENTEL, 2018, p. 63)

Estabelecida essa distinção, cabe ressaltar que estando diante de uma lógica empresarial da educação, seu caráter emancipatório é suprimido, tendo em vista que quando se discute emancipação humana entrevê-se a derrogação da estrutura capitalista. Por conseguinte, observa-se o quanto a (re)produção dessa racionalidade representa a manutenção da homogeneização e hegemonização de ações econômicas na esfera do acesso à educação. Neste sentido, assevera Raphael Silva Fagundes:

A educação proposta pelo mercado é exatamente aquela que tem o objetivo de transformar o aluno em um objeto, um investimento que irá se adaptar à cadência da produção capitalista. O homem deve ser domesticado, doutrinado, embrutecido. O educando passa a ser um depósito de informações úteis para resolver os problemas técnicos, sendo incapaz de criar: “perde assim seu poder de criar, se faz menos homem, é uma peça”, conclui Paulo Freire. (Fagundes, 2017)

Seguindo a prerrogativa de entender o FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) como política educacional associada aos ditames mercadológicos (o que será discutido de maneira mais pormenorizada posteriormente), depreende-se que ao postular o acesso à educação sob a via do financiamento ao setor privado, além de favorecer economicamente as empresas que captam investimentos públicos, constitui-se também uma estrutura educacional que não necessariamente ampara a produção de saberes vinculados a uma emancipação sociointelectual, reforçando a dependência nacional de tecnologias estrangeiras

À vista disso, deve-se entender a educação não como algo que deva estar associada à formação de saberes impreterivelmente afeitos à (re)produção de uma subjetividade empresarial, mas que, em contrapartida, institua a emancipação como critério basilar constitutivo, pois como mesmo declara Paulo Freire em Pedagogia da Autonomia, é necessário “saber que ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”(FREIRE, 1996). Desse modo, ao consolidar uma perspectiva empresarial da educação, perpetuam-se as inerentes contradições do capital.

É dentro desse cenário que se observa o quanto uma política econômica educacional impacta a (re)produção de saberes e como isso está indissociavelmente ligado aos imperativos do capital, vinculando os indivíduos a uma educação acrítica para o mercado.

## FIES - FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL: SUA (DES)FUNCIONALIDADE NO ACESSO À EDUCAÇÃO

Como já discutido anteriormente, é notória a lógica empresarial que circunscreve o FIES. Assim sendo, cumpre salientar o realocamento de recursos públicos para a iniciativa privada e seu impacto na produção científica nacional.

Desse modo, é necessário construir uma análise que observe o quanto o discurso de democratização de acesso à educação foi absorvido pela racionalidade do capital. Ou seja, ao contínuo favorecimento de instituições privadas em detrimento das públicas, como mesmo assevera Karen Pimentel:

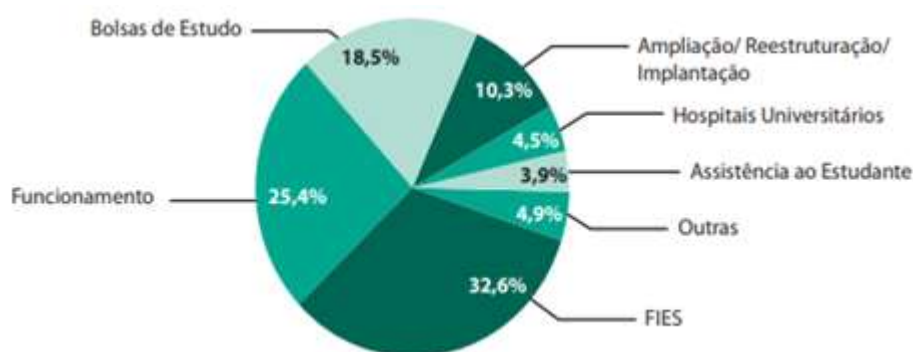
A racionalidade neoliberal já impregnada na Administração Pública reverberou seus efeitos sobre a educação que se pretendia construir no país, consolidando-se como a tônica seguida por todos os governos federais desde a década de 1990. Isso ocorreu através do escoamento das verbas públicas para a iniciativa privada, lançando mão de uma série de “estratégias de privatização”: “os meios, diretos e indiretos, através dos quais o capital privado busca inserir-se no campo da educação”. (PIMENTEL, 2018, p. 58)

Quando se discute a (des)funcionalidade no acesso à educação sob a ótica do FIES, é necessário que sejam estabelecidos dois liames básicos de análise: um são os discursos proferidos em prol da implantação de tal política de financiamento e outro no sentido de discutir os impactos econômicos e sociais que advieram devido fundamentalmente à sua estrutura.

No tocante aos discursos que utilizam da assertiva do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) como política educacional funcional, argumentam no sentido de que houve um expressivo acesso ao ensino superior pelos cidadãos (o que não é inverídico). Entretanto, o presente artigo alia-se aos entendimentos que postulam críticas ferrenhas aos ditames econômicos que impactam diretamente na consolidação do FIES como política social.

Segundo dados do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação) em 2018 aproximadamente 82.424 novos contratos foram firmados utilizando-se o FIES — quase dez vezes menos do que em 2014 (732.673 contratos). Considerando esse dado, observa-se também que em 2012 o investimento público em instituições privadas foi altamente considerável, conforme tabela anexada pelo TCU (Tribunal de Contas da União) no Relatório Sistemático de Fiscalização da Função Educacional - FISC Educação (2013):

**Gráfico 1** – Despesa Líquida na Educação Superior e Pós-Graduação, exercício 2012



Fonte: Siafi Gerencial

À vista disso, observa-se um cenário de contínuo favorecimento econômico das instituições privadas e, em contrapartida, uma política de contingenciamento para as instituições públicas, tendo em vista a conjuntura atual do país no âmbito do ensino superior, onde em 2019, 1,7 bilhão de reais (o que representa 24,84% dos gastos não obrigatórios e 3,43% do orçamento total das federais) foram congelados nas Universidades Federais. Além desse fator, vê-se a continuidade da dinâmica do endividamento entre aqueles que usaram ou ainda usam o FIES como política de acesso educacional.

Atentando-se para esse cenário de transferência de investimentos públicos para entidades privadas, vê-se ainda algo a ser discutido, tendo em vista, como afirma Dowbor, que se está diante de uma "governança corporativa"(DOWBOR, 2017). Isto posto, cabe esmiuçar o quanto o corporativismo além de captar esses investimentos, majoritariamente não fomenta a produção de ciência que impacte na autonomia nacional. Logo, alinhado a uma perspectiva de educação bancária, reproduz-se a racionalidade (ou melhor, dizendo, a irracionalidade) e os imperativos do mercado, com a ausência de produção de conhecimento científico, como se pode ver na tabela abaixo, onde se identifica que as Universidades Federais são as que preponderantemente produzem ciência no país:

**Tabela 1 – Desempenho das principais universidades brasileiras em pesquisa**

Universidade	Documentos na Web of Science	Impacto da citação	Artigos no Top 1 (%)	Artigos no Top 10 (%)
Univ. de São Paulo (USP)	54.108	0,93	1,06	7,96
Univ. Estadual Paulista	20.023	0,79	0,69	6,10
Univ. Estadual de Campinas	17.279	0,94	1,22	8,35
Univ. Federal do Rio de Janeiro	16.203	0,93	1,11	8,18
Univ. Federal do Rio Grande do Sul	14.611	0,89	0,86	6,6
Univ. Federal de Minas Gerais	13.294	0,88	0,67	6,24
Univ. Federal de São Paulo	10.667	0,93	1,05	6,15
Univ. Federal do Paraná	8.233	0,67	0,44	5,31
Univ. Federal de Santa Catarina	7.908	0,91	0,66	6,79
Univ. do Estado do Rio de Janeiro	6.433	1,01	1,45	8,98
Univ. Federal de Pernambuco	6.420	0,73	0,48	5,51
Univ. Federal de Viçosa	6.373	0,63	0,56	4,33
Univ. de Brasília	6.218	0,89	1,13	6,10
Univ. Federal de São Carlos	5.794	0,72	0,50	6,28
Univ. Federal de Santa Maria	5.750	0,65	0,24	4,96
Univ. Federal do Ceará	5.621	0,76	0,75	6,12
Univ. Federal Fluminense	5.441	0,71	0,70	5,99
Univ. Federal de Goiás	4.217	0,74	0,81	5,90
Univ. Federal da Bahia	4.198	0,81	0,88	6,77
Univ. Estadual de Maringá	4.067	0,61	0,44	4,50

Fonte: Research in Brazil - A report for CAPES by Clarivate Analytics – 2017

Além de pesquisa recente da Incites que indica que das 100 universidades brasileiras que mais publicaram artigos científicos no quinquênio 2014-2018, apenas 17 são privadas.

Assim sendo, observa-se que apesar de haver um *déficit* de produção de conhecimento científico nas instituições privadas alinhadas à (re)produção de uma educação conteudista e não-emancipatória, concomitantemente, constata-se o atendimento das demandas econômicas pleiteadas por empresas que controlam o ensino superior privado nacional. Ou seja, vê-se o quanto o discurso da funcionalidade no acesso à educação em seu cerne é benéfico apenas para

as entidades que controlam o ensino superior privado brasileiro, destituindo-se uma perspectiva de educação enquanto política social para dar vazão a uma perspectiva alinhada aos interesses empresariais.

## MERCANTILIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO COMO PRERROGATIVA DO CAPITAL

Inicialmente, cumpre observar os aspectos sociais e econômicos que consubstanciam o *modus operandi* do FIES dentro do contexto capitalista financeirizado e corporativo, pontuando-se o papel do Direito como campo de disputa, na qual aos grupos econômicos interessa a perpetuação deste projeto em andamento no cenário do ensino superior brasileiro, atualmente hegemônico por entes privados.

A Constituição Federal promulgada em 1988 dispôs de modo taxativo sobre os moldes nos quais a educação pública brasileira se pautaria, defendendo um ensino público, gratuito e de qualidade voltado à consolidação da democracia através da emancipação e inclusão de todos. Conforme prescrito no Art. 6º da CF:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A Carta Magna (BRASIL, 1988, Art. 206) assegura também a gratuidade do ensino: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais [...].”

Nesse sentido, o Brasil é signatário do Protocolo de San Salvador que institui compromissos no Art. 13 sobre o Direito à Educação:

[...] 13. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: [...] c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito [...]. (SÃO SALVADOR, 1988)

No entanto, o que se observa na prática afronta tais preceitos normativos relacionados à educação, por mais que estes representem importantes avanços dogmáticos. Desse modo, a educação vai deixando de ser um direito constitucionalizado para se tornar uma mercadoria objeto de especulação financeira, na sociedade sob a égide da racionalidade neoliberal.

A fim de garantir a continuidade do sistema, a educação passa pelo processo de mercantilização de modo a expandir o capital para novos horizontes de exploração, permitindo a contínua acumulação de riquezas. Assim, o que anteriormente, num contexto em que o capital pôde fazer concessões, constituía-se um direito legítimo e universal; hoje, com o avanço dos interesses privados na Administração Pública, o Estado se afasta cada vez mais das suas prestações sociais.

Outrossim, esse modelo de educação voltado para as premissas do mercado atua também na esfera subjetiva, no intuito de legitimar ideologicamente o modo de sociabilidade neoliberal. É como parte resultante do supracitado constructo social que nascem os “empresários de si mesmos” (DARDOT E LAVAL, 2016), sujeitos imersos no individualismo e na concorrência que estão aquém das finalidades cidadãs e emancipatórias grifadas no texto constitucional. Neste sentido, asseveram Dardot e Laval:

A noção de “empresa de si mesmo” supõe uma “integração da vida pessoal e profissional”, uma gestão familiar do portfólio de atividades, uma mudança da relação

com o tempo, que não é mais determinada pelo contrato salarial, mas por projetos que são levados a cabo com diversos empregadores. (DARDOT E LAVAL, 2016, p. 336)

A educação como um dos principais aparelhos ideológicos a serviço do neoliberalismo produz sujeitos que a enxergam como um “ativo do portfólio de investimentos” (DARDOT E LAVAL, 2016) para o sujeito atingir a um determinado fim econômico dentro do dinamismo mercadológico, gerindo-se como uma empresa. Assim, o governo se desobriga a financiar as instituições públicas de ensino, transferindo para as famílias a responsabilidade de efetuar o “melhor investimento” (DARDOT E LAVAL, 2016) de tal sorte que, parafraseando Dardot e Laval, as famílias se tornam consumidoras de educação, de modo a incentivar a concorrência entre diferentes estabelecimentos e sujeitos.

Vale ressaltar que tal modelo foi seguido por vários Estados ao redor do mundo, objetivando “enxugar” seus orçamentos. Essa redução dos serviços públicos se deu em função de uma contraprestação dos agentes privados, uma vez que se retira o direito assegurado pelo Estado para dar espaço à mercadoria ou serviço a ser vendido pelos conglomerados empresariais.

A década de 90 foi um importante marco temporal para a consolidação do ideário neoliberal nos governos federais que se sucederam, haja vista as várias estratégias adotadas para abrir caminho para o capital privado inserir-se na educação. Com isso, denota-se uma escolha política pela dependência externa, tendo em vista que, em específico, as universidades federais são os centros nacionais voltados ao fomento de saberes tecnológicos e científicos nas mais diversas áreas.

Já nos anos 2000, conforma-se de modo mais visível essa política educacional privatista com o financiamento público direto à iniciativa privada, sobressaindo-se o FIES como um dos principais instrumentos de aporte de recursos, permitindo que o mercado domine a gestão da coisa pública, de modo a possibilitar a sua expansão em detrimento da elevação dos padrões de qualidade do ensino público.

Partindo para análise dos principais favorecidos por essa dinâmica privatista da política econômica educacional, observa-se o crescimento direto e expressivo de corporações voltadas para esse mercado que, atualmente, possuem a hegemonia sobre o ensino superior brasileiro, tendo como principal cliente o Estado. O setor privado teve sua principal guinada durante o governo FHC, atingindo a atual marca de 87,7% das instituições de ensino superior, conforme dados do Ministério da Educação referentes ao Censo da Educação Superior de 2016.

Dentro desse contexto, os maiores grupos do Brasil, em 2016, eram Kroton, Estácio e Unip. As três concentram cerca de 1,6 milhão de vagas no ensino superior do universo de um pouco mais de 6 milhões de vagas no setor privado. Ademais, cabe mencionar que a Kroton e Estácio se fundiram, concentrando 1.370.668 matrículas, conforme dados de 2014. Ou seja, segundo o presidente da CM Consultoria Educacional, em reportagem de 2016: “Hoje a Kroton é a maior empresa educacional do mundo. Estamos falando de uma empresa que, dos 7,8 milhões de universitários do país, terá 1,6 milhão. Isso quer dizer que um em cada cinco estudantes [das 10 maiores companhias educacionais do Brasil] estariam na Kroton”.

Por fim, a Kroton passou a ocupar o primeiro lugar no ranking mundial dos grupos educacionais, sendo avaliada em 8,4 bilhões de dólares.

Conforme dados extraídos do SIGA Brasil, em 2017, o orçamento destinado ao FIES foi de R\$ 21,6 bilhões, o que equivale a 65,25% do orçamento destinado ao ensino superior público que foi de R\$ 33,1 bilhões (SENADO FEDERAL, 2017). Nesse sentido, não é hiperbólico afirmar que o FIES constitui-se como política central do MEC e o financiamento público ao setor privado está em vias de se tornar uma verdadeira política de Estado, dado o volume de recursos e o tempo de

duração do programa, que já passa dos 18 anos, sem perspectivas de o ensino superior público voltar a ser o foco do governo.

Por fim, o que deveria ser uma política secundária para suprir a deficiência do setor público, inverte-se a lógica em benefício da iniciativa privada. Assim, acarreta a dependência da rede privada em relação ao Estado para manter a sua rentabilidade e o investimento público serve apenas para aumentar lucros, sem contrapartida proporcional em desenvolvimento tecnológico ou elevação dos padrões de ensino.

## A LEI 13.530/2017 E A PERMANENTE LÓGICA DO ENDIVIDAMENTO

Diante dos fatos expostos, somados ao contexto em que o FIES está inserido, é imprescindível abordar as diferenças trazidas pela reformulação do programa em 2017 e quais impactos tais mudanças repercutem no tecido social. No entanto, sem olvidar do continuísmo que tal instrumento representa num cenário de política educacional privatista chancelada pelo MEC, mantendo as premissas da racionalidade neoliberal de mercantilização de um Direito previsto constitucionalmente, mediante políticas de crédito.

Em se tratando dos impactos trazidos pelo FIES, cabe salientar, conforme pesquisa:

Este estudo avaliou o impacto do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies) no tempo total e no atraso da conclusão da educação superior dos alunos matriculados em cursos presenciais de instituições privadas, com base nas informações do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) entre 2007 e 2017. As estimativas do efeito médio do tratamento nos tratados indicaram que a participação no Fies aumentou ambos os resultados analisados – tempo total e atraso. Na primeira fase da política, de 2000 a 2009, o aumento no tempo de conclusão para os alunos que receberam o Fies foi de 8,5 meses. Já na segunda fase, de 2010 a 2014, a qual se caracteriza pelo afrouxamento nas regras de concessão e pagamento do empréstimo, esse aumento passou para 2,4 anos. No caso do atraso na conclusão do curso, o resultado foi significativo apenas na segunda fase, indicando um aumento de 1,8 ano para os alunos que receberam o Fies. Diante disso, evidencia-se a necessidade de introduzir mecanismos de incentivos nas políticas de concessão de crédito estudantil para que o aluno conclua o curso no tempo regular. (BECKER E MENDONÇA, 2019, p. 27)

Ademais, não podem ser desconsiderados os dados referentes aos índices de inadimplência do antigo formato, ou seja, antes da vigência da Lei nº 13.530/17, conforme tabela abaixo:

**Tabela 2 – Contratos de inadimplência por dias de atraso**

Risco BCB	Dias de Atraso	Contratos inadimplentes em amortização	Percentual de inadimplentes frente ao total de contratos em amortização
A	1 a 15	40.368	6,6
B	16 a 30	57.836	9,4
C	31 a 60	17.937	2,9
D	61 a 90	12.561	2,1
E <sup>1</sup>	91 a 120	12.333	2,0
F <sup>1</sup>	121 a 150	5.273	0,9
G <sup>1</sup>	151 a 180	5.564	0,9
H <sup>1</sup>	Superior a 180	226.315	37,0
<b>Total</b>		<b>378.187</b>	<b>61,8</b>

Fonte: FNDE, março de 2018. Dados do BB e Caixa para contratos a partir de 2010

Com isso, a contribuição das instituições de ensino superior privado para o FGEDUC (Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo) era inferior a 10% do financiamento concedido pelo FIES e não variava com o desempenho de suas carteiras de alunos financiados. De acordo com a análise sobre a reestruturação do FIES, as inadimplências superiores a 10% se transformavam em passivo para a União, o que estimulava as IES a ofertarem quantidade excessiva de cursos, independentemente da qualidade e da demanda do mercado de trabalho. Destaca-se a subestimação da inadimplência considerada pelo FGEDUC, de 10%, nível muito baixo comparativamente à inadimplência atual de 40,7% da carteira Fies nos contratos em fase de amortização desde 2010.

O novo programa prevê três modalidades de crédito educativo para acesso ao ensino superior. Em observância aos dados levantados pela pesquisa:

O Novo Fies prevê três modalidades de crédito educativo para acesso ao ensino superior. A primeira, resultante da reestruturação do Fies existente até 2017, tem fundo garantidor e é direcionada às famílias com renda per capita de até três salários mínimos – limite que não foi alterado em relação ao Fies anterior –, permitindo que estudantes carentes tenham acesso ao programa. As outras modalidades, inéditas, abrangem faixas maiores de renda, não têm fundo garantidor e o risco de crédito é alocado nas instituições financeiras. [...]

Na segunda fase, após a conclusão do curso, eliminou-se a carência. A ideia foi suavizar o valor dispendido pelo aluno ao longo de todas as fases do financiamento, sem interrupções no pagamento e sem sobressaltos no valor. A experiência no mercado de crédito mostra que esta suavização nos pagamentos diminui a inadimplência. Ademais, há coerência em não interromper o compromisso do aluno, já que, ao longo do curso, ele pagava a coparticipação. (ALMEIDA JUNIOR et al., 2019, p. 3)

A renovação do FIES, efetuada na MP nº 785/2017, convertida na Lei nº 13.530, de 7 de dezembro de 2017, passou a ser aplicada a partir do processo seletivo do 1º semestre de 2018, não acarretando mudanças nos contratos anteriores. Tendo como pontos principais:

[...] Art. 3, § 6º O Ministério da Educação, ao estabelecer a oferta de vagas no âmbito do Fies, observará a disponibilidade financeira e orçamentária e a compatibilidade com as metas de resultados fiscais estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias.

[...] § 1º A. O valor total do curso financiado de que trata o **caput** deste artigo será discriminado no contrato de financiamento estudantil com o Fies, que especificará, no mínimo, o valor da mensalidade no momento da contratação e sua forma de reajuste, estabelecida pela instituição de ensino superior, para todo o período do curso, nos termos do que for aprovado pelo CG-Fies.

[...] Art. 5º -A. Serão mantidas as condições de amortização fixadas para os contratos de financiamento celebrados no âmbito do Fies até o segundo semestre de 2017.

1º O financiado que tenha débitos vencidos até 30 de abril de 2017 e não pagos poderá liquidá-los mediante a adesão ao **Programa Especial de Regularização do Fies** e a opção pelo pagamento à vista e em espécie de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor da dívida consolidada, sem reduções, em 5 (cinco) parcelas mensais e sucessivas, vencíveis de agosto a dezembro de 2017, sendo o restante:

I - liquidado integralmente em janeiro de 2018, em parcela única, com redução de 50% (cinquenta por cento) dos encargos contratuais;

II - parcelado em até 145 (cento e quarenta e cinco) parcelas mensais e sucessivas, vencíveis a partir de janeiro de 2018, com redução de 40% (quarenta por cento) dos encargos contratuais; ou



III - parcelado em até 175 (cento e setenta e cinco) parcelas mensais e sucessivas, vencíveis a partir de janeiro de 2018, com redução de 25% (vinte e cinco por cento) dos encargos contratuais.

[...] Art. 15-J

Parágrafo único. A aplicação dos recursos a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo terá a finalidade de diminuir as desigualdades regionais e prover o mercado com mão de obra qualificada para atendimento da demanda do setor produtivo da região e deverá:

I - ser efetuada na respectiva região;

II - ser precedida de estudo técnico regional;

III - ser compatível com o respectivo plano regional de desenvolvimento;

IV - atender às carências efetivas ou potenciais do mercado de trabalho da região;

V - considerar as vocações produtivas regionais e locais identificadas no estudo técnico regional.”

[...] “Art. 20-B. O Ministério da Educação regulamentará as condições e o prazo para a transição do agente operador, tanto para os contratos de financiamento formalizados até o segundo semestre de 2017 quanto para os contratos formalizados a partir do primeiro semestre de 2018 [...].

As novas regras tornaram o programa sustentável para o Erário, facilitando as condições de governança e o adimplemento das parcelas por parte dos estudantes egressos. As alterações mais sensíveis quanto às novas condições, comparativamente, encontram-se a seguir:

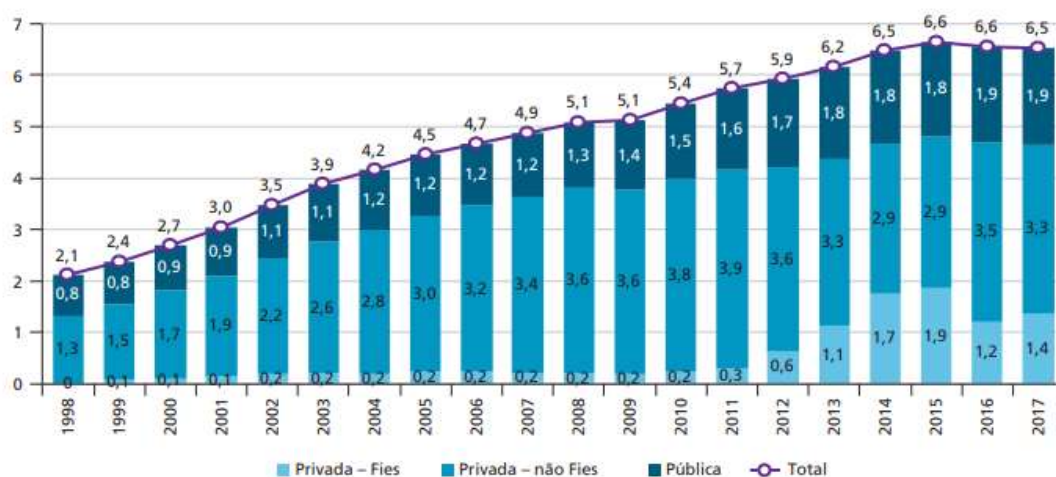
**Quadro 1 – Principais mudanças na reestruturação do FIES**

	<b>Modelo antigo</b>	<b>Modelo novo</b>
<b>Taxa de juros</b>	Nominal fixa	Real zero
<b>Fundo garantidor</b>	Considera inadimplência subestimada e fixa, concentrando risco na União	Considera inadimplência verificada e variável por IES, elevando a sua participação no risco
<b>Reajuste das mensalidades</b>	Não tinha limitador ao longo do contrato do aluno	É estabelecido pela IES no momento em que o financiamento é firmado pelo aluno
<b>Governança</b>	Concentrada nos órgãos públicos setoriais	É compartilhada entre diversos órgãos da administração pública
<b>Pagamento</b>	Em três vezes o período do curso, com carência de dezoito meses	Prazo variável, pois a parcela a ser paga é um percentual da renda do egresso do ensino superior, a ser retida na fonte de pagamento pelo empregador

Fonte: A REESTRUTURAÇÃO DO FIES. RADAR. 2018

Ademais, conforme as alterações supracitadas, o ensino superior público se configurou da seguinte forma até 2017:

**Gráfico 2 - Número de matrículas da rede privada (com FIES e sem FIES) e pública**



Fonte: INEP, SisFies e Caixa

Desse modo, observa-se a tendência de continuidade da hegemonia privada sobre o ensino superior brasileiro, tendo como primazia o investimento público direto na iniciativa privada em detrimento das prestações sociais do Estado. Assim, reforça-se o ideário que trata a educação enquanto mercadoria posta à venda, ao contrário do que é preconizado pela Constituição Federal - enquanto Direito Social.

Logo, aprofunda-se nos moldes da racionalidade neoliberal, o endividamento por meio de políticas de crédito, apesar das regras mais benéficas da remodelação do FIES, delineadas pelos interesses do mercado, além da não observância da soberania nacional, uma vez que as universidades públicas são os polos de produção de saberes e tecnologias que pautam e transformam a realidade pátria. Faz-se, pois, uma escolha política pela subserviência nacional.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que perante o contexto de acesso ao crédito e suas reverberações no seio educacional, consolida-se a prerrogativa de que ao invés de pautar uma política educacional que qualitativamente supra a demanda social por acesso à educação, cria-se uma política que, estando intimamente alinhada aos interesses de uma cúpula empresarial, apropriou-se do âmbito educacional, edificando um projeto econômico calcado na transferência de investimentos públicos para a iniciativa privada.

Além do mais, pode-se observar que o FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) ao utilizar-se do discurso de democratização do acesso ao ensino superior, esvai completamente o campo de produção científica, considerando que as Universidades Públicas são as que majoritariamente a fomentam.

A mercantilização da educação enquanto direito em favor de agentes privados, acarreta fissuras sociais e engessamento de mudanças estruturais pautadas na construção nacional de saberes e tecnologia voltados aos interesses soberanos. Com isso, ratifica-se a dependência nacional em relação aos demais países.

Por fim, cabe salientar que essa dinâmica mercadológica em detrimento do que está prescrito no texto constitucional, em nada contribui para o fomento da cidadania e da criticidade por parte dos indivíduos imersos nesse sistema, sujeitando-os permanentemente à dinâmica do endividamento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº **13.530/2017 DE 12 DE JULHO DE 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13530.htm). Acesso em: 25 de maio de 2019.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo - Ensaio sobre a Sociedade Neoliberal.** São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo.** 1. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

FAGUNDES, Raphael Silva. **O homem lata: como a educação transforma gente em capital humano.** Le Monde Diplomatique Brasil, 05 dez. 2017. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/como-educacao-transforma-gente-em-capital>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Freire, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa / Paulo Freire.** – São Paulo: Paz e Terra, 1996.

G1. **Entenda o corte de verba das universidades federais e saiba como são os orçamentos das 10 maiores.** Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/15/entenda-o-corte-de-verba-das-universidades-federais-e-saiba-como-sao-os-orcamentos-das-10-maiores.ghtml>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

G1. **KROTON e Estácio terão 23% do mercado, diz consultoria.** Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/kroton-e-estacio-terao-23-do-mercado-diz-consultoria.ghtml>. Acesso em: 12 outubro 2019.

INCITES. **100 universidades e institutos no Brasil com mais artigos científicos.** Disponível em: <http://ciencianarua.net/wp-content/uploads/2019/04/100-univ-inst-com-mais-artigos-2014-a-2018-BRASIL.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

JÚNIOR, M. F. A; SILVA, A. M. A.; FEU, A.; SOARES, J. A.; MOURA, R. L.; PEREIRA, L. C. **A Reestruturação do FIES.** RADAR. 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/radar/temas/educacao/733-a-reestruturacao-do-fies>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado.** 1. ed. Editora N-1 Edições. 2017.

PIMENTEL, Karen Daniele de Araújo. **Governo empresarial contra a autonomia financeira da Universidade Federal de Alagoas: o uso político do contingenciamento orçamentário.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 1988. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em: 20 de novembro de 2019.

# REGULAÇÃO DA MEDICALIZAÇÃO NA OPINIÃO PÚBLICA? UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA SOBRE DIREITO CONCORRENCIAL, *FAKE NEWS* E AS INDÚSTRIAS DA SAÚDE

**Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros**

Doutor em Direito (USP). Pesquisador de pós-doutorando (USP). Professor (UPM; UNIP).

**Matteo Finco**

Doutor em Social Sciences (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA). Bolsista PNPd (CAPES). Pesquisador de pós-doutorando (UNIRITTER).

## INTRODUÇÃO

*Fake news* e saúde é um tema que está em franco crescimento e, ainda, pouco observado pela comunidade acadêmica. Afinal de contas a própria definição de ambos os termos é uma tarefa tormentosa para o cientista. De um lado, *fake news* nos remete à ideia da notícia falsa e, portanto, exige a fixação de um critério para a avaliação acerca da veracidade de determinada informação, além de depender também da forma, do conteúdo e da circulação dessa notícia. Não existe um consenso sobre o conceito de *fake news*. Inúmeras possibilidades para definir o seu sentido são oferecidas pela literatura: pós-verdade; informação enganosa; informação falsa; impacto da desinformação no âmbito decisório entre outras. Do outro, o termo saúde também possui diferentes acepções, segundo a Organização Mundial de Saúde, trata-se de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

A pesquisa não pretende adentrar no debate acerca da definição dos termos, mas observa as próprias operações envolvidas a partir de um referencial teórico preocupado com a estabilização social. Do ponto de vista sociológico, o interesse é perceber que o tema da *fake news* médica é extremamente perigoso já que a desinformação pode justificar um surto de doença ou um aumento da taxa de mortalidade. *Fake news* e saúde é, portanto, um tema transversal, que perpassa e é traduzido de diversas maneiras pelas operações econômicas, jurídicas, políticas, médicas e por outros sistemas funcionais. O impacto e seus desdobramentos na vida social é a questão problematizada.

Um exemplo desse fenômeno se refere às notícias sobre os riscos das estatinas. Muitos estudos mostraram que os benefícios das estatinas superam em muito os riscos prejudiciais, especialmente para as pessoas com alto risco de doença cardíaca. No entanto, esse medicamento foi atacado on-line por um grupo de usuários que vendiam terapias alternativas e por muitos outros que apenas buscavam cliques em troca de participações nos lucros de informes publicitários. Inúmeras páginas da web e postagens em mídias sociais exageraram sobre os riscos raros e sustentaram alegações infundadas, tal como a afirmação que as estatinas causam câncer, sob motivações não relacionadas diretamente com a saúde. A consequência prática foi que diante das *fake news* muitos pacientes interromperam o uso dos remédios para baixar o colesterol, o que permitiu muitos analistas a associarem com o aumento dos ataques cardíacos nos Estados Unidos observados em 2016 e 2017.

Casos similares são também os surtos de sarampo e de poliomielite no mundo. Recentemente, chefe do serviço de saúde do Reino Unido vinculou o avanço dessas doenças no país – que são classificados como de fácil controle via a vacinação, que é reputada como eficaz e

segura pela comunidade médica – com a propagação de ideias anti-vacinação que exageram em relação ao destaque para os efeitos colaterais dos imunizantes em redes sociais (RIMMER, 2019). No Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde, “89% das notícias falsas ligadas à saúde atacam a credibilidade das vacinas” (CONASEMS, 2019) – o que justificou a implementação de um sistema de monitoramento pelo governo federal.<sup>1</sup>

Diferentes comunidades e as próprias empresas das mídias sociais começaram a se mobilizar diante dos desastres que as *fake news* acarretam na área da saúde pública. O Facebook, por exemplo, já percebeu os riscos do negócio ao proliferar as notícias falsas médicas e anunciou (MOSSERI, 2019) que o destaque dado aos grupos e páginas com *fake news* médicas serão reduzidas na plataforma e não incluídas nas recomendações por busca de palavras-chaves. Trata-se em alguma medida de modificar uma política de conteúdo que torne difícil o avanço dessas desinformações. Médicos também tentam desencorajar seus pacientes a buscar respostas na internet, o exame clínico e a consulta não podem ser substituídas por meio das informações que circulam nas redes.

Do ponto de vista do direito uma importante questão é saber se a disseminação das *fake news* é passível de controle, em especial via formas de prevenção e não apenas por meio da repressão dos danos. As apostas no caso brasileiro seguem a via tradicional da responsabilização e criminalização, tal como na nova lei 13.834/19 que alterou o Código Eleitoral para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. No entanto, no campo médico nenhuma proposta ainda existe.

A grande questão sobre a disseminação é saber como evitar e, portanto, soluções *ex post* como a responsabilização não evitam o problema em questão. É nesse sentido que a pesquisa ponderar se é possível discutir o controle das *fake news* médicas via o caminho da regulação – entendida como formas flexíveis de disciplinar condutas por meio da atuação do Estado, complementando as operações dos mercados e adotando uma moldura jurídica.<sup>2</sup>

Aliás, a regulação das *fake news* é assunto que vem ganhando destaque na comunidade jurídica estrangeira, sobretudo ao admitir que as operações de coleta, sistematização e aplicação de dados de usuários das redes sociais são utilizados como ativos econômicos e possíveis formas para a prática de abusos econômicos.

Considerando o escopo da pesquisa, o interesse é indicar como as *fake news* médicas podem repercutir no campo do direito concorrencial, pelas seguintes razões: (i) no Brasil, o setor da saúde/área hospitalar é um dos mais demandados pelo Cade, seja em razão dos atos de concentração ou de condutas anticoncorrencias diante da verticalização do setor (PIMENTA, 2018);(ii) os avanços do mercado de saúde digital, que é dependente do armazenamento de dados dos usuários, transformaram as relações de consumo da saúde e, inevitavelmente, a própria

---

<sup>1</sup> O que está subjacente às práticas observadas é que a própria comunidade científica tenta educar o público sobre conceitos-chave em pesquisa, como a diferença entre estudos observacionais e estudos randomizados de maior qualidade. A educação surge como atividade importante para a prevenção e mudança de comportamento na rede, sobretudo em relação à produção e divulgação de notícias. Nesse contexto, a transparência é fundamental para manter a confiança do público, e no Brasil importante iniciativa – que também aposta na educação – é a atuação do Ministério da Saúde ao aplicar o *fact-checking* como uma alternativa de prevenir danos maiores. As autoridades brasileiras estabeleceram um canal em rede social “Saúde sem Fake News” para permitir que qualquer indivíduo denuncie informações virais duvidosas ao órgão público, que se propõe a apurar por meio de técnicos as informações e divulgar oficialmente se são verdade ou mentira.

<sup>2</sup> A regulação permite o implemento de medidas preventivas e distributivistas, atendendo políticas de universalização de acesso a uma série de serviços e produtos, além de possibilitar a correção de falhas de mercado – possibilitando o funcionamento desejado dos mercados em atenção ao bem-estar dos consumidores.

relação médico e paciente também se modificou e (iii) observa-se o surgimento de “novas” enfermidades via o movimento de “medicalização”.

Subjacente a essas correlações, é possível constatar o seguinte paradoxo: muitas vezes os consumidores da saúde pretendem resolver as enfermidades por meio de tratamentos médicos “alternativos”, já que a medicina “tradicional” possui uma maior dificuldade de enfrentar “novas” enfermidades, a exemplo da ansiedade, da depressão e do estresse. No entanto, essa relação de tratamentos “alternativos” se desdobra em novas desinformações, aumentando a possibilidade de novas doenças.

Não à toa nas últimas décadas observou-se a formação de indústrias que “medicalizam” essas enfermidades a pretexto de retornos financeiros e da dominação de mercados, ao invés de observar as causas sociais dos sintomas observados. A “medicalização” é observada como um ativo econômico e o principal meio de sua operacionalização ocorre por meio das redes sociais através da disseminação de informações controversas.

O texto admite, então, a ideia de “medicalização”, que decorre da própria posição de poder que organizações da saúde gozam para definir o que constitui uma enfermidade e seu respectivo tratamento, justifica um maior domínio da vida humana sob o controle médico e a pretexto da disseminação das *fake news* médicas – ainda que tal posição seja questionada tendo em vista as dificuldades da aplicação da verdade científica em outros sistemas sociais, para além do científico.

Diante do diagnóstico apresentado, sugere-se que o controle das *fake news*, em verdade, pode ocorrer por meio de um amplo e flexível quadro regulatório e envolvendo a área da concorrência e de outros ramos não abordados nessa pesquisa, pois acredita-se que o uso e manipulação dos dados nas redes permite o abuso do poder econômico – para além das condutas repressivas via o direito sancionador.

Na sequência, o texto apresenta as seguintes ideias: 1) medicalização e as indústrias da saúde e 2) uma possibilidade de regulação da medicalização via o direito concorrencial. Destaca-se que a pesquisa está em andamento e as considerações apresentadas ainda são exploratórias.

## **MEDICALIZAÇÃO E AS INDÚSTRIAS DA SAÚDE**

Entre as características mais relevantes da modernidade há um processo de progressiva “autonomização” e de crescente “liberdade” individual, descrito, em geral, com o nome de “individualismo”. Trata-se, pelo menos em parte, do resultado de uma série de práticas que poderíamos definir “neoliberais”, que se encaixam em uma mais abrangente e geral obra de “biopolítica”. Em quanto as primeiras incentivam os indivíduos ao autogoverno por meio de um trabalho contínuo sobre si mesmos, a segunda descreve mecanismos que miram a administrar ou direcionar as escolhas e as condutas do seres humanos.

De fato, desde o século XVIII vimos o surgimento de mais e mais liberdade (liberdade de mercado, liberdade para vendedores e compradores, exercício livre do direito à propriedade, liberdade de discussão, liberdade de expressão, etc.). A arte do governo se apresenta como o produto e o gerenciamento da liberdade em todas essas áreas. É uma arte que não prescreve de “ser livre”, mas que afirma “vou te dar a chance de ser livre” (FOUCAULT, 2005, p. 65).

É importante notar que o neoliberalismo como ideologia e como conjunto de práticas políticas (onde estado, mercado e instituições democráticas agem conjuntamente), não é produzido diretamente por uma “classe dominante”, mas é o resultado da experiência cotidiana de compra e venda de mercadorias, que vai se-estendendo a outros espaços sociais, como o

“mercado de idéias”, assim não sendo apenas uma ideologia relacionada à esfera política, mas “à totalidade da existência humana” (READ, 2009, p. 26). O neoliberalismo, com base no trabalho de M. Foucault, poderia ser considerado um conjunto de processos que estende a lógica econômica a todas as relações sociais e políticas, estabelecendo um modo de “governamentalidade”: um *apparatus* e também um *ethos* que representa uma nova configuração de poder; consequentemente, os indivíduos são chamados a se governar em autonomia e independência.<sup>3</sup> Nesse sentido, Foucault afirma que

“The problem of neo-liberalism is [...] how the overall exercise of political power can be modeled on the principles of a market economy. So it is not a question of freeing an empty space, but of taking the formal principles of a market economy and referring and relating them to, of projecting them on to a general art of government.” (FOUCAULT, 2008, pp. 131-132).

No âmbito sanitário, pode-se pensar, por exemplo, a difusão de dispositivos, empresas, organizações, instituições, tecnologias que atuam nas áreas de saúde, do bem-estar psicofísico, dos cuidados com o corpo e as mentes: esse conjunto, sob a justificativa de curar, de melhorar a condição dos indivíduos, de valorizar eles, exerce um condicionamento que mira ao fim de orientar as condutas dos mesmos seres humanos.

Dentro deste quadro, podemos olhar as indústrias que “medicalizam” as enfermidades a pretexto de retornos financeiros e da dominação de mercados (indústrias da saúde), ao invés de observar as causas sociais dos sintomas observados.

A ideia de “medicalização” decorre da própria posição de poder que organizações da saúde tem no definir o que constituiu uma enfermidade, uma doença, o um qualquer “problema” do ponto de vista sanitário ou mais em general relacionado ao *benestar*. Assim, essas organizações definem também o respectivo tratamento, produzindo um domínio/controlado/condicionamento cada vez maior da vida humana sob o controle médico. Em outras palavras, o que é doença não é simplesmente uma decisão científica: as concepções de saúde e bem-estar e as definições das doenças, das enfermidades, dos defeitos, dos problemas, etc., são produtos semânticos resultando de um processo que parte do sistema científico e passa através do sistema econômico, as práticas médicas, a mídia: assim não necessariamente um produto (bem de consumo) médico-sanitário (drogas, medicamentos, etc.) corresponde a uma real doença, a algo cientificamente incontestável (podemos pensar em homeopatia, por exemplo): essencial é que o produto – em virtude de sua própria existência – justifica o seu consumo, e influencia os indivíduos a conceber-se como pacientes/consumidores que precisam dele.

Podemos então definir o fenômeno da medicalização como a extensão potencialmente indefinida do tratamento médico, farmacêutico e técnico, que leva à reformulação contínua de distinções gerais de saúde/doença e normalidade/anormalidade-patologia e a produção de um número crescente de “problemas” que o mesmo *apparatus* médico-farmacêutico-técnico candidata-se a resolver.

É possível identificar esse processo como o resultado da aplicação da lógica econômico-contratual neoliberal à saúde, que produz a extensão indefinida das intervenções, a delegação ao

---

<sup>3</sup> “Neoliberalism is in the first instance a theory of political economic practices that proposes that human well-being can be best advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets and free trade. [...] neoliberalism values market exchange ‘as an ethic in itself, capable of acting as guide to all human action, and substituting for all previously held ethical beliefs’, it emphasizes the significance of contractual relationship in the marketplace. It holds that the social good can be maximized by maximizing the reach and the frequency of market transactions, and it seeks to bring all human action into the domain of the market.” (HARVEY, 2005, pp. 2-3).

mercado de sofrimentos e dores, a afirmação de um modelo contratual de troca entre quem quer se proteger dos riscos e quem fornece ferramentas e recursos para esse fim, a transformação redução do *paciente médico* para *usuário/consumidor*.

Nesse sentido, também a afirmação da ideologia do salutismo (*healthism*), centrada no imperativo da saúde, poderia ser considerada como o resultado da mesma ideologia neoliberal: a saúde torna-se uma responsabilidade direta dos indivíduos, um requisito – para não dizer uma obrigação – e também o principal indicador de uma vida satisfatória (SILCHENKO, 2017).

No âmbito da saúde pode-se também observar que as práticas biopolíticas-neoliberais, encorajando um contínuo controle do indivíduo sobre si mesmo e o seu bem-estar, produz – em virtude do progresso tecnológico, a possibilidade de utilizar ferramentas e dispositivos digitais de auto-monitoramento dos parâmetros vitais e assim da própria saúde individual (como relógios equipados com sensores que monitoram a pressão arterial e os batimentos cardíacos, aplicativos para telefones, etc.). Saúde e bem-estar se tornam assim quase valores morais, numa vida inspirada a comportamentos e estilos de vida cotidianos “corretos” (precisamente saudáveis). Pelo contrário, se doenças e problemas aparecerem, suas origens são traçadas em escolhas erradas dos indivíduos. Esforço, autodisciplina e até reflexão pessoal são assim sinais da responsabilidade do indivíduo sobre sua própria saúde.

Também é possível observar o surgimento de uma “bioeconomia”, isto é, um *management* biotecnológico e biogenético dos seres vivos, através da capitalização e financeirização (RABINOW; ROSE, 2006).

A personalização dos tratamentos e dos comportamentos médicos torna-se assim evidente, como também a ampliação das possibilidades de intervenção em novos campos. Isso impõe de reconsiderar os direitos e os deveres relacionados ao campo sanitário, de repensar políticas públicas relacionadas à saúde e de re-elaborar a ética relacionada a esses setores. É particularmente urgente responder a perguntas e problemas relacionados ao papel das empresas farmacêuticas (que naturalmente buscam lucros e fazem investimentos econômicos significativos) e abordar questões relacionadas à bioética, tanto no nível coletivo quanto no individual. Isso é importante também para não deixar ao mercado a decisão sobre o que é propriamente “natural” e qual é a distinção entre “saudáveis” e “doentes”. (ALFIERI, 2013, p. 22)

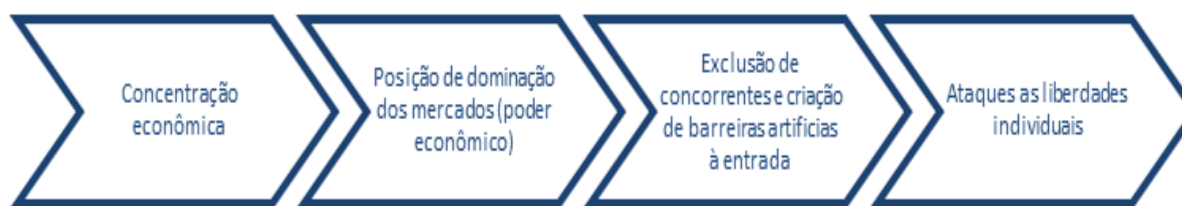
## **DIREITO CONCORRENCIAL E *FAKE NEWS*: UMA POSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO DA MEDICALIZAÇÃO?**

Como visto no item anterior, a medicalização pode ser compreendida como uma operação da organização da saúde com o propósito de obter o lucro de seus produtos via as notícias falsas de saúde. Interessante é perceber que a produção de notícias falsas na área médica pode estar em alguma medida vinculada à manutenção do poder econômico e às possíveis práticas discriminatórias no mercado de informação que colocam em prejuízo o bem estar dos consumidores.

O campo do direito concorrencial observa essa situação orientado para a prevenção e repressão dos excessos decorrentes do abuso do poder econômico, tal como ilustrado a seguir.



**Imagem 1** – Relação de desdobramento da relação entre concentração econômica e práticas de abusos



Fonte: Autores

No entanto, uma série de dificuldades são colocadas para o exame concorrencial das *fake news* médicas: 1) Qual é o mercado relevante em questão? 2) É possível sustentar a ausência de concorrência no ambiente digital operado pelas redes sociais? 3) Como indústrias digitais se relacionam com as médicas e quais os efeitos nos mercados? Não é fácil definir os reais e potenciais prejuízos das *fake news* nas relações de consumo médica, isto porque exige redefinir as próprias bases e objetivos do direito concorrencial no país.

*Fake news* não tem relação direta com os preços, o que torna mais difícil a tarefa da análise microeconômica, ainda que se admita que o poder de mercado pode ser exercido para além da manipulação dos preços, por exemplo ao considerar a marca, a inovação e a qualidade do produto. Trata-se, aqui, de discutir as estratégias extrapreços que podem representar também abusos da concorrência, sobretudo no campo publicitário.

As orientações de estratégias extrapreços não podem gerar confusão e desorientação para os consumidores, colocando em risco a integridade física e moral do indivíduo. Daí que *fake news* médicas podem servir para que uma organização médica convença que seu tratamento é superior à dos concorrentes, conquistando parcela maior do mercado.

O que dizer também de práticas discriminatórias por meio da coleta de dados dos pacientes em bancos de dados médicos que servem como *essential facility*.<sup>4</sup> Ora, a depender da operação desses dados, é possível justificar a criação de barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes no mercado.<sup>5</sup> Ainda, é possível também questionar como as *fake news* consegue

<sup>4</sup> Trata-se de doutrina desenvolvida pelas cortes dos Estados Unidos que afirma que o detentor de um ativo do qual outros concorrentes dependam para desenvolver suas atividades econômicas pode ser obrigado a fornecer a essas empresas o acesso a esse mesmo ativo caso se recuse voluntariamente a fazê-lo.

<sup>5</sup> Sobre o ponto: "(...) a quantidade dos dados pessoais capturados pela empresa poderia significar – pelo menos em tese, diante deste cenário hipotético – uma verdadeira *essential facility* para as demais empresas anunciantes, na medida em que estas últimas têm como objetivo final conhecer o seu consumidor e aprimorar cada vez mais a comunicação publicitária entre o seu produto e aquele que o consome. Este aprimoramento é fornecido justamente pelo Facebook, na medida em que tem acesso a inúmeras informações pessoais dos seus usuários, como idade, nome, local de moradia, personalidade, interesses de consumo e até o computador através do qual se acessa a internet. Nesse sentido, poderiam surgir argumentos de barreiras à entrada de novos concorrentes, na medida em que a quantidade de dados dos usuários detida pelo Facebook – enquanto recursos de propriedade exclusiva da empresa, perfazendo uma vantagem exclusiva – e o nível de integração entre estes dados e as publicidades veiculadas para os usuários (cadeia integrada) colocariam um potencial competidor (entrante) em desvantagem com relação ao agente econômico estabelecido, exigindo maiores custos financeiros e tempo para que o capital investido seja adequadamente remunerado. A análise hipotética poderia se basear na estrutura de mercado e nas potenciais práticas restritivas, uma vez que, tanto pela participação de mercado quanto pelo potencial poder de mercado do Facebook, o preço exigido (como contrapartida pela prestação dos serviços de publicidade e propaganda, aparentemente) não influenciaria a permanência ou retirada das empresas anunciantes, dado o número de usuários da rede social. Contudo, para esta análise seria importante entender outras variáveis (por exemplo, o grau de concorrência online e offline, os padrões contratuais dentro da rede etc.) (...) (DOMINGUES & MIRANDA E SILVA, 2018, pp. 50-51).

diferenciar o produto em determinado setor, por exemplo, traçando a distinção entre tratamento “tradicional” e “alternativo” diante de uma “nova” doença. Nessa estratégia, é possível cogitar possíveis acordos entre empresas da saúde e plataformas digitais que podem contribuir para a disseminação de informações, assegurando um impacto positivo da publicidade de determinado serviço ou produto médico, visando a cativar o consumidor por outras vias que não seja a dos preços, tal como ocorreu no caso mencionado das estatinas.

Fato é que as condutas de abuso de poder econômico podem assumir diversas configurações, inclusive exigindo uma revisão de formas tradicionais de exame dos efeitos sobre a concorrência para constatar a ilicitude da prática. Vale lembrar inclusive que o controle das *fake news* por autoridades do direito concorrencial servem como sinalizações para os agentes econômicos – o que está em constante transformação –, contribuindo para preservar o processo competitivo.

É o caso de fiscalizar e monitorar as redes sociais? Hubbard (2017), por exemplo, pontua essa aproximação entre *fake news* e mercados a partir da questão dos negócios publicitários. Casos do Facebook e do Google ilustram o ponto, como todas as corporações têm deveres fiduciários para maximizar os lucros de seus acionistas, essas organizações se importam apenas com os cliques como rende – há sempre uma corrida para a visibilidade da marca na rede. Nesse sentido, distinguir conteúdos com base na qualidade ou na veracidade, vai contra os motivos de lucro das plataformas, porque qualquer restrição de conteúdo pode representar uma perda de receita para essas empresas provedoras de serviços.

Ainda, é o caso de observar possíveis relações entre indústrias de saúde e de serviços digitais? Muitas plataformas digitais já oferecem hoje produtos e serviços relacionados à saúde decorrentes de acordos, para além da divulgação das redes sociais. Alguns exemplos que podem sinalizar essa direção são, por exemplo, a parceria entre a Microsoft e a holding de farmácias estadunidense Walgreens Boots Alliance com o objetivo de criar uma melhor forma de gerenciamento dos clientes via a inteligência artificial (MICROSOFT, 2019); ou a integração de serviços de saúde em produtos como Apple Watch da empresa Johnson & Johnson (JOHNSON & JOHNSON, 2019).

Diante dessas transformações, as *fake news* médicas ressaltam a necessidade de trabalhar com um novo paradigma antitruste, não se limitando apenas ao estudo das eficiências de mercado. Não resta dúvidas que as *fake news* exigem das autoridades o exame de outros efeitos sociais decorrentes das estratégias extrapreços, como pontuado por Bogus ao destacar a necessidade de combater o “(...) o gigantismo das empresas e defender que as fusões – e o aumento da produção econômica – não necessariamente são positivas para a economia e para a sociedade” (2015, pp. 113-114). Em sentido próximo, comentando o caso do Facebook, Domingues & Miranda e Silva sustentam a importância de iniciativas que visam o bem estar do consumidor, tais como “(...) eliminar os incentivos econômicos dos sites que produzem fake news, o desenvolvimento de novos produtos para reduzir a propagação de notícias falsas e o aumento da diversidade de informações locais, além da criação de mecanismos que supostamente ajudam as pessoas na tomada das decisões diante do compartilhamento das fake news” (2018, p. 52).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto apresentou algumas ideias em formulação de uma pesquisa que busca compreender a relação entre *fake news* e saúde tendo como interesse a discussão da proteção jurídica via a estrutura regulatória do direito concorrencial. Para tanto, o texto apresentou o diagnóstico do processo da medicalização e da formação de indústrias de saúde, ponto

desdobrado a partir de um referencial teórico crítico que coloca em destaque as operações econômicas subjacentes aos serviços médicos.

Na sequência, o texto destacou como as *fake news* podem indicar possíveis formas de expansão desse processo de medicalização por meio da desinformação e potencialmente prejudicando a integridade física e moral do consumidor da saúde. É nesse sentido que se avançou na etapa final – ainda de forma exploratória – nos possíveis delineamentos de uma regulação das *fake news* médicas.

A ideia decorre da implementação de mecanismos que propõe a defesa de boas práticas para evitar o encaminhamento das mídias sociais para sites ou *post* com conteúdos falsos. O saldo de um controle regulatório é que essas organizações, que perpetuam notícias falsas, precisariam parar com suas condutas, ou modificar seus negócios para outros ambientes, eventualmente fora da rede. Acredita-se que esse quadro regulatório possa mitigar os prejuízos do processo da medicalização, ainda que seja difícil determinar o controle direito sobre as consequências da opinião pública.

## REFERÊNCIAS

ALFIERI, Luigi. Prefazione. *In*: CASTORINA, Rosanna; ROCHEGGIANI, Gabriele. **Paradossi della fragilità**: critica della normalizzazione sociale tra neuroscienze e filosofia politica. Milano-Udine: Mimesis, 2013, pp. 9-25.

BOGUS, C. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Vol. 49, Issue No. 1, 2015, pp. 85-114.

CONASEMS. **Fake News agravam surtos de doenças no país**. 22/03/2019. Disponível em: <<https://www.conasems.org.br/fake-news-agravam-surtos-de-doencas-no-pais/>>. Acessado em 09 de out. de 2019.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA E MIRANDA, B. F. Fake news: um desafio ao antitruste?. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 6, 2018, pp. 37-57.

FOUCAULT, Michel. **The Birth of Biopolitics**: Lectures at the Collège de France, 1978-1979. Palgrave Macmillan, 2008.

FOUCAULT, Michel. **The Hermeneutics of the Subject. Lectures at the Collège de France 1981-1982**. New York: Picador, 2005.

HUBBARD, Sally. Fake News Is A Real Antitrust Problem. **Competition Policy International**, dez. 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hubbard.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

HARVEY, David. **The brief history of neoliberalism**. Oxford-New York: Oxford University Press, 2005.

JOHNSON & JOHNSON. **Johnson & Johnson Announces Research Study with Apple Watch to Help Improve AFib Outcomes Including Stroke Prevention**. 17/09/2019. Disponível em: <<https://www.jnj.com/johnson-johnson-announces-research-study-with-apple-watch-to-help-improve-afib-outcomes-including-stroke-prevention>>. Acessado em 09 de out. de 2019.

MICROSOFT NEWS CENTER. **Walgreens Boots Alliance and Microsoft establish strategic partnership to transform health care delivery**. 15/09/2019. Disponível em: <<https://news.microsoft.com/2019/01/15/walgreens-boots-alliance-and-microsoft-establish-strategic-partnership-to-transform-health-care-delivery/>>. Acessado em 09 de out. de 2019.

PIMENTA, Guilherme. **Saúde foi o setor que mais movimentou o Cade em 2017. 07/03/2018.** Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/saude-foi-o-setor-que-mais-movimentou-o-cade-em-2017-07032018>>. Acessado em 09 de out. de 2019.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. Thoughts on the concept of biopower today. **Biosocieties: An interdisciplinary journal for the social study of the life sciences**. I (2), 2006, pp. 195-217.

READ, Jason. A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. **Foucault Studies**, No. 6, Feb. 2009, pp. 25-36.

SILCHENKO, Ksenia. **Powered by Health: Healthism in Food Marketing and Consumer Research.** A Systematic Review and a Critical Discourse Analysis. Dissertação de Doutorado em Economics and Management - Social Sciences. Management and Accounting. Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Economia e Diritto, 2017. Disponível em: [https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/238230/38607/SILCHENKO\\_PhD%20thesis.pdf](https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/238230/38607/SILCHENKO_PhD%20thesis.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019.



**Coordenação:**

Marcelo Pereira de Mello (UFF)

Luiz Cláudio Moreira Gomes (UFRJ)

Livia Salvador Cani (FBM-ES)



## O FLUXO MIGRATÓRIO NOS PAÍSES DO MAGREBE: MIGRAÇÃO COMO DIREITO HUMANO E POLÍTICAS ANTIMIGRATÓRIAS NA ESPANHA, ITÁLIA E PORTUGAL

**Antonio Raul Siteo**

Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD-UFF)

### INTRODUÇÃO

A imigração é um fenômeno social segundo o qual indivíduos ou grupos se deslocam de seu local de origem para outro destino com o objetivo de encontrar novas oportunidades de emprego, realização profissional e pessoal, melhores condições de vida. Os imigrantes deixam os seus países, porque há desestabilidade sóciopolítica, guerra, fome, pobreza, por isso são forçados a abandonar memórias, afetos e raízes. O sentimento de tristeza; desprazer, dor, raiva, porque às vezes têm que deixar seus filhos e outros parentes para à procura de um lugar de esperança, onde é possível recomeçar a vida. A imigração podemos entendê-la como uma viagem de liberdade de si e liberdade da própria vida.

A imigração é um fenômeno global, embora esses últimos dias, se assista massivamente uma imigração rumo a Europa, já desde os primórdios, assistiu-se o fenômeno migratório, como o da descoberta do novo mundo, a evangelização, as trocas comerciais, em particular o comércio dos escravos África – América. A imigração da qual nós aqui discutiremos, está em vista à melhoria das condições sociais.

Hoje, os imigrantes, para escaparem das guerras, fomes e difíceis circunstâncias políticas, perseguição religiosa, pobreza, perseguição política, a negação da liberdade, desafiam o mediterrâneo cuja a viagem termina na Espanha, Itália ou Portugal.

O que nos levou a discutir sobre fluxos migratórios é pelo fato de ser uma questão bastante importante, porque a fuga do próprio país, diante de todos os riscos que se podem esperar no curso de viagem, é pelo desinteresse dos governantes em apresentar políticas públicas capazes de mitigar os conflitos, fome, pobreza, criando condições para o investimento nesses países. Por um lado, reconhecemos que, o abandono aos próprios países, significa sujeição à condições bastante precárias, tendo que oferecer a força do trabalho a um preço não correspondente à produção. Tendo a consciência de que, os imigrantes partem dos seus países em situações irregulares com o uso de barcos que não oferecem nenhuma segurança, será que, os países de destinos diante de toda esta demanda, oferecem condições de abrigo e de emprego?

O nosso artigo propõe um tema que se situa em torno da migração causada pela situação sóciopolítica, falta de condições favoráveis para que haja um espaço onde a vida humana possa se desenvolver. Diante de ameaças às quais a vida humana se submete, a migração em massa destes

povos objetiva encontrar um espaço, encontrar melhores condições favoráveis à vida humana. Por isso, pretendemos discutir sobre o fenómeno migratório que nos últimos anos atingiu proporções alarmantes. Este fenómeno é uma ameaça para a estabilidade socioeconómica e política dos países que oferecem acolhimento aos imigrantes.

## **O FENÓMENO MIGRATÓRIO NA EUROPA**

De acordo com a UNIÓN EUROPEA (2006), não se pode esquecer da constituição do espaço Europeu depois do advento da institucionalização do Acordo de Schengen cerca de trinta e cinco anos, ou seja, 14 de junho de 1985 que delimitou as fronteiras externas da União Europeia, que começou quando as migrações extra-comunitárias foram um problema para a Europa Ocidental. Desde a crise do petróleo e a Guerra do Yom Kippur como observa Arango (2005), a preocupação da Europa foi aquela da implementação da assim chamada política da migração zero com objetivo de erradicar a migração em massa para o ocidente, evitando a desestabilização sócio-económica e política. Se a Europa encontrava-se então com as fronteiras mais fracas do que se pudesse imaginar, pensava-se que com a implementação da política de migração zero, a migração se mitigaria. Como por exemplo, o Acordo Schengen, foi pensado como uma ferramenta útil que ia garantir a construção de uma Europa forte, caracterizada pela debilidade das fronteiras e à harmonização da fiscalidade e reforço das fronteiras externas. Apesar disso, o cenário atual revela que o fenómeno migratório se mostrou ter crescido amplamente. Lembremo-nos que, neste período em que a nossa pesquisa se centra, milhares e milhares de imigrantes entraram no espaço europeu.

A adesão ao Acordo Schengen permitiu o avanço das fronteiras externas da União Europeia para os serviços consulares europeus situados em países do terceiro mundo. Como podemos ver, foram erguidos muros de difícil acesso para os estrangeiros, assim chamados extracomunitários. Por um lado, nota-se uma grande dificuldade no que diz respeito às políticas europeias em matéria de migração, porque as competências sobre as responsabilidades cabem a cada Estado, cabendo por conseguinte, à União Europeia apresentar orientações gerais, harmonizadas pela legislação nacional de cada um dos seus membros. Nem a abordagem global da migração, UNIÓN EUROPEA (2006) entende que, em Dezembro de 2005, foi considerada importante na medida em que, com essa abordagem, se pretendia envolver os países de origem e de trânsito do fluxo migratório para participarem do processo de gestão da migração, produzindo os resultados que estão em consonância com os valores humanitários espalhados por toda a Europa.

No Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo (PESA), o método comunitário de gestão de imigração é muito limitado. A partir desta plataforma política, a UNIÃO EUROPEIA (2008) afirma que, “precisamos de procurar os elementos que possam nos ajudar a entender o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo, uma ferramenta que oferece as linhas de ação política ajustadas para a gestão de movimentos migratórios extra-comunitários”. Nesse sentido, queremos refletir sobre o fluxo migratório dos países do Magrebe e seu impacto socioeconómico e político na Europa Ocidental.

Encontrar uma solução para a mitigação não é apenas uma questão que preocupe a União Europeia, mas também para os países de origem dos imigrantes, ou seja, é da responsabilidade de todas as partes. Na tentativa de desestimular a migração em massa, verificou-se uma brutalidade com que os imigrantes são tratados, tratados violentamente, violando de certa forma os direitos internacionalmente consagrados, resultando em um atentado contra os valores democráticos e humanitários que regem a Europa muito particularmente Espanha, Itália e Portugal.

Segundo a UNIÓN EUROPEA (2002), a integração política na Europa deu origem ao encerramento das fronteiras externas para a livre circulação dos cidadãos europeus. Em 1992, o Tratado de Maastricht criou dois tipos de cidadania aquela de cidadãos da União Europeia para os nacionais dos países membros, garantindo-lhes direitos políticos a nível da comunidade. De acordo com UNIÃO EUROPEIA, (2004), consagrou-se a Europa dos cidadãos com um novo modelo do regionalismo político, reforçado na Carta Constitucional na forma de um Tratado. A integração europeia foi ocupada pelo aprofundamento da distinção entre imigrantes comunitários, tornados cidadãos e imigrantes estrangeiros. Com o crescimento das relações a nível regional, os primeiros desapareceram, permanecendo assim como cidadãos com plenos direitos, permanecendo o segundo tipo de imigrantes, que se refere a cidadãos extra-comunitários.

Desta forma, foi apresentado o modelo de segurança como uma ferramenta fundamental para alcançar a liberdade e a nacionalidade como um elemento indispensável para a cidadania europeia. Os imigrantes extracomunitários, estrangeiros, aparecem como o mecanismo de segurança, podendo gozar de liberdade de circulação.

O fluxo migratório é motivado várias vezes pela busca de uma vida condigna, situação política, guerras e outros tipos de calamidades que levam à busca de lugares onde for possível desenvolver a vida. Em relação a estas situações, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, no art. 13 afirma o seguinte: “Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Portanto, todo imigrante tem o direito de ser protegido por seus direitos, mesmo estando na condição de imigrante. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu art. 14 assevera: “Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas”. Neste artigo fica claro em que circunstâncias os imigrantes devem ser aceitos, aqueles que buscam asilo e que não estão em situação de crime.

Segundo o PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE (2013, no que diz respeito ao direito à emigração e à imigração, afirma o seguinte:

Todo ser humano tem direito à liberdade de movimento e residência dentro da comunidade política da qual é cidadão; e ele também tem o direito, quando legítimos interesses o aconselham, a imigrar para outras comunidades políticas e estabelecer-se nelas. Pelo fato de ser cidadão de uma determinada comunidade política, nada perde seu conteúdo como membro da família humana; e, portanto, pertencendo, como cidadão, à comunidade mundial

Portanto, o Conselho Pontifício para os Migrantes e os Itinerantes, quando há justificações para que um determiando nacional possa movimentar-se em busca da segurança, bem-estar, quando os seus direitos estiverem em risco.

Continuando, Declaração Universal dos Direitos Humanos, no parágrafo 38, intitulado Refugiados e outras pessoas forçosamente desalojadas no que diz respeito à natureza da migração, afirma o que segue:

os refugiados pertencem a todos os tempos. ao longo da história, as pessoas buscaram proteção fugindo da perseguição e muitos países desenvolveram a tradição de conceder asilo aos refugiados. um conjunto de tratados, com suas extensões, e uma série de organizações deram forma à legislação internacional a favor dos refugiados.

A grande maioria dos imigrantes refugia-se em países altamente industrializados, buscando não só a segurança, mas também oportunidades de emprego. A falta de emprego, traduz-se em



um fardo sobre a economia desses países, mas um outro fenômeno, estes se convertem em mão-de-obra barata, em comparação com os nacionais. A imigração é um negócio lucrativo para que os contrabandistas e traficantes se beneficiem dessa situação para o negócio.

## **IMIGRAÇÃO DOS MAGREBINOS E A ESPANHA**

A imigração ilegal dos países Magrebinos para a Espanha segundo o Instituto Nacional de Estatística é de cerca de 80% dos estrangeiros residentes na Espanha. A composição e a velocidade do fenômeno migratório mostram uma mudança radical na Espanha nestes últimos anos.

A crise econômica que se verificou na Espanha desde 2008, com uma queda de 4% do PIB após 11 anos é devido ao aumento do fluxo de imigrantes, causando conseqüentemente o elevado índice de desemprego. Em 2005, segundo os dados disponíveis no Ministério do Trabalho Espanhol, constata-se que, existia, até esse ano, mais de um milhão de imigrantes irregulares na Espanha. As políticas públicas de imigração implementadas nos países da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (= OCDE) incluem nas suas políticas:

- As normas e práticas que visam a regulação e controle dos fluxos migratórios, e especialmente a entrada e permanência de imigrantes;
- Regulamentos e práticas relacionadas à reivindicação de asilo;
- Medidas destinadas à integração de imigrantes e minorias étnicas, incluindo, a definição e acesso a cidadania.

O que mencionamos anteriormente, não é muito diferente das propostas apresentadas por Monar (1997) tais são os objetivos, conteúdos e tarefas das políticas de imigração:

- Prevenção: influenciar os fluxos migratórios nos países de origem.
- Admissão: define as diferentes categorias de imigrantes, os princípios que regem sua admissão, os objetivos relacionados ao número de imigrantes a admitir e os critérios para sua seleção;
- Controle: gestão do fluxo de migração de acordo com as diretrizes estabelecidas pela política de admissão;
- Integração: criar condições econômicas, sociais e culturais positivas para a integração de imigrantes legalmente admitidos.

A Constituição Espanhola, em 1978 no seu art. 149 nos 1º§ a 3º§ no capítulo dedicado às Comunidades autónomas, entendia que, o Estado têm competência exclusiva sobre as seguintes matérias: “A regulação das condições básicas que garantam a igualdade de todos os espanhóis no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres constitucionais. Nacionalidade, imigração, emigração, estrangeiros e direito de asilo”. Já no art. 13 da Constituição Espanhola, o estrangeiro é reconhecido o direito à liberdade como direito fundamental, “Os estrangeiros gozarão em Espanha das liberdades públicas que garante o presente Título nos termos que estabeleçam os tratados e a lei”.

Na Espanha a primeira, verificou-se o primeiro interesse pela imigração com a aprovação da Lei Orgânica 7/1985, de 1º de julho, igualmente conhecida como lei de imigração. O marco jurídico aprovado não honrou o título da Lei (Direitos e Liberdades dos Estrangeiros na Espanha), mas estabeleceu uma distinção clara entre imigrantes legais e imigrantes ilegais.

Segundo o Art. 2 da Lei Orgânica 4/2000 de 11 de janeiro Toda a administração pública no exercício das suas competências relacionadas à imigração, deve fazê-lo em conformidade com com os seguintes princípios:

- f) a garantia do exercício dos direitos que a Constituição, os tratados internacionais e as leis reconhecem a todas as pessoas;
- g) A luta contra a imigração a perseguição do tráfico de seres humanos ;
- h) a perseguição ao tráfico de pessoas;
- i) igualdade de tratamento nas condições de trabalho e previdência social
- j) a promoção do diálogo e da colaboração com os países de origem e trânsito de imigração, por meio de acordos-quadro destinados a ordenar efetivamente os fluxos migratórios, além de incentivar e coordenar iniciativas de cooperação para o desenvolvimento e co-desenvolvimento.

Nos termos desta lei, o Estado Espanhol deve à luz da constituição oferecer ao imigrante garantias e princípios de solidariedade, tendo em conta as circunstâncias dos territórios dos quais são oriundos os imigrantes. Conforme vimos-lo, os países que acolhem os imigrantes, devem entrar em diálogo com os países de origem dos imigrantes para que possam estabelecer acordos de cooperação para o desenvolvimento, tal fenómeno poderá mitigar o impacto do fenómeno migratório.

Neste aspecto, a lei de imigração seria uma condição que deriva do processo de integração da Espanha com a inclusão da harmonização em matéria de imigração. Por isso o excessivo controle de fronteiras espanholas é feito com o objetivo de responder às necessidades de trabalho do trabalho espanhol que vem escasseando (Izquierdo, 2004).

Compreende-se que, não obstante a estabilidade do quadro regulatório, a dinâmica do fenómeno da imigração obriga as administrações públicas a arbitrar novos mecanismos para que se administre a imigração de uma forma mais apropriada.

A maior parte da imigração irregular funciona numa economia submersa, onde a Espanha, dada a sua localização geográfica, tem a honra de ocupar o primeiro lugar como ponto de entrada na Europa. Além disso, é um fato objetivo que o maior fluxo de imigração irregular entre clandestinamente, através de fronteiras marítimas e poucos em fronteiras aéreas com visto de turistas, com a intenção de permanecer na Espanha.

Não obstante, o fenómeno migratório no norte de África para a Europa, além do mal, pode ser visto como compensatória a entrada de imigrantes, vai aumentar a densidade populacional dos países acolhedores. Por outro lado, o controlo das fronteiras marítimas onde, os imigrantes, na sua grande maioria, tem entrado, evitará o efeito de saturação do mercado de emprego na Espanha. O desenvolvimento duma política migratória não só vai evitar a imigração, mas vai criar condições de imigração legal. Por isso, o Parlamento Europeu (2004) vai recomendar que, sejam cumpridos os seguintes objetivos:

- Estabelecer uma política de imigração coerente para desenvolver um fluxo migratório legal;
- Responder aos maiores desafios demográficos e económicos atualmente enfrentados pelo Estado, tendo em consideração a capacidade de acolhimento dos Estados-Membros;
- Reconhecer que os imigrantes não são apenas uma fonte de trabalho temporário e considerar sua contribuição ao longo prazo para nossas sociedades;
- Apoiar sua integração social, cultural e política;
- Estabelecer uma estrutura coerente de cooperação internacional com os países de origem.

Concordamentos plenamente com quanto Giddens (2007:170) afirma que em relação à contenção do fenômeno migratório:

Não será possível conter toda a imigração ilegal, mas há esperança de que ela possa ser controlada. O gerenciamento de fronteiras é uma maneira de fazer isso. Embora seja mais rigoroso, maior a probabilidade de trazer penas trágicas ou até a morte para aqueles que tentam entrar ilegalmente em um país [...] O que acontece no norte da África e no Oriente Médio, ou em países como Ucrânia, Moldávia e Bielorrússia, inegavelmente, terá consequências de médio e longo prazo em termos de pressões migratórias na UE.

As leis e políticas migratórias devem antecipar a dinâmica do fenômeno e tentar aumentar os benefícios da imigração, enquanto a população europeia é velha, o imigrante para além de aumentar a força de trabalho, vai por via disso aumentar a densidade populacional. Um regulamento sobre o fluxo migratório vai evitar a criação de guetos, problemas de insegurança quando o imigrante não encontrar a sua integração.

Portanto, uma política migratória, vai evitar uma imigração desordenada que acabará por conseguinte afectar a segurança no mercado do trabalho pelo fato do imigrante ser uma concorrência desleal, podendo submeter-se à qualquer tipo de salário para a sua sobrevivência, deteriorando dessa forma os serviços públicos. Os trabalhadores com pouca qualificação, entendem que, há uma maior passividade do Estado em estancar o fenômeno migratório, ficando assim afetados, redução de salários, gerando desta forma a xenofobia. Não obstante todos esses fenômenos, a partir dos dispositivos legais, existe uma atitude aberta e positiva em relação ao imigrante, percebido como um direito da pessoa, devendo a Espanha conceder direitos civis e sociais.

## **A IMIGRAÇÃO NA ITÁLIA**

Neste parágrafo, pretendemos dedicar a nossa atenção ao fluxo migratório na Itália. Por isso, colheremos todos os aspectos que nos permitam entender como a Itália lida com o fluxo migratório. A imigração não é preocupação recente, mas o ser humano desde os primórdios, impelido pela busca das melhores condições de vida, busca de segurança, foi se imigrando dum local ao outro, é por isso que, o governo italiano, em 1998, para regular a vinda dos estrangeiros no seu território, vai estabelecer uma lei que versa sobre a condição do estrangeiro, tal lei enquadra-se dentro das políticas sobre imigrante. As linhas gerais de políticas públicas sobre o imigrante foram estabelecidas pela lei 40/1998 chamada “lei Turco ou seja lei napolitana”), que vai se consolidar no decreto legislativo de 25 de julho de 1998, nº 286, sobre imigração e condição de estrangeiros. A revisão da lei 40/1998 deu lugar à lei 189/2002 à chamada “lei Bossi-Fini” e por fim a de 2002 modificada pelo decreto-lei nº 113/2018 sem alterar a estrutura geral do texto.

O decreto-lei nº 113/2018 intervém nas duas principais áreas da lei de imigração: a lei de imigração, no sentido estrito, relativa à gestão geral do fenômeno migratório: a definição de regras de entrada, residência, controle e estabilização dos migrantes e também a repressão das violações dessas regras; e o direito de integração que diz respeito à extensão, em maior ou menor grau, aos migrantes dos direitos dos cidadãos (direitos civis, sociais e políticos). Os princípios fundamentais subjacentes neste decreto são essencialmente três: a programação dos fluxos migratórios e a luta contra a imigração ilegal; a concessão de uma ampla gama de direitos destinados à integração de estrangeiros regulares.

## **A PROGRAMAÇÃO DOS FLUXOS DE MIGRAÇÃO**

Na Itália, a imigração de cidadãos estrangeiros que não pertencem à União Europeia é regulada de acordo com o princípio de agendamento de fluxos. Todos os anos, o governo, com base na necessidade de mão-de-obra interna, estabelece o número de estrangeiros que podem entrar na Itália por motivos de trabalho. O documento programático sobre política de imigração é elaborado pelo governo em cada três anos e submetido ao parecer das comissões parlamentares, contendo matéria sobre a migração, a situação futura da migração, a intervenção do Estado italiano na definição das diretrizes gerais para a definição de fluxos de entrada, medidas económicas e sociais para a promoção e integração de estrangeiros regulares.

O decreto sobre fluxos é um instrumento de implementação do documento de planejamento, com o qual o governo estabelece todos os anos, com base nas indicações contidas no documento de planejamento trienal e nos dados sobre a real solicitação de trabalho pelas entidades locais, elaborada por um registro computadorizado. O decreto é adotado por 30 de novembro de cada ano, sujeito ao parecer das comissões parlamentares competentes.

Por outro lado, se assiste a aprovação do decreto-lei 145/2013 que vai obrigar as Universidades do Estado a limitarem o número de estudantes estrangeiros e por consequência a abolição do número de vistos de estudo emitidos em cada ano. Estabeleceu igualmente outras medidas para facilitar a entrada e a permanência de pesquisadores e trabalhadores qualificados de países terceiros.

## **IMIGRAÇÃO ILEGAL**

A disciplina migratória pretende combater a imigração ilegal. A entrada e permanência ilegal no território nacional é considerada crime passível de multa ou expulsão. Os instrumentos que a lei prevê para a luta contra a imigração ilegal são numerosas e vão desde a repressão até ao repatriamento, a expulsão como medida de segurança para estrangeiros que tiverem sido condenados por crimes graves.

São bastante rigorosas as disposições destinadas a suprimir o crime, punidas com prisão por até quinze anos. Em circunstâncias mais agravantes como a prática de prostituição, as multas foram se aumentando vertiginosamente. No que diz respeito ao endurecimento das sanções, a redefinição dos crimes de escravidão e tráfico de pessoas é feita pela lei 228/2003.

Quando a expulsão não puder ser imediata, os estrangeiros devem ser mantidos em centros de detenção especiais para repatriamento estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 13/2017 para substituir os centros de identificação e expulsão, que por sua vez substituiu os centros de permanência e assistência temporária, pelo tempo necessário para sua identificação e expulsão. Os centros de permanência são considerados como locais de detenção de cidadãos estrangeiros que aguardam a execução de ordens de expulsão. Nestas estruturas, o estrangeiro deve ser mantido de maneira a garantir a assistência necessária e o pleno respeito à sua dignidade art. 14, §2, Decreto-Lei 286/1998. A detenção é ordenada pelo delegado por um período de 30 dias, prorrogável até um máximo de 90 dias. Em casos especiais, o período de detenção pode ser prorrogado por mais 45 dias.

Como um dos instrumentos de combate à imigração, o governo italiano estabeleceu uma série de acordos bilaterais de imigração. Antes de mais, são os acordos de readmissão de estrangeiros irregulares, previstos no Decreto-Lei sobre a imigração, com o objetivo de obter a cooperação das autoridades do país estrangeiro nas operações de repatriamento de imigrantes irregulares expulsos da Itália ou rejeitados na altura da travessia da fronteira.

Em alguns países, e especificamente naqueles com maior pressão migratória, foram implementados pacotes de acordos com objetivo mais amplo que fornecem não apenas acordos de readmissão, mas também acordos de cooperação policial, bem como acordo laboral.

Por outro lado, pode-se ver um aspecto positivo da imigração italiana, representando uma coexistência de princípios e valores, constituindo-se deste modo um fator determinante para a transformação da sociedade italiana. Segundo, Istituto nazionale di statistica (2006, p. 311), o fluxo migratório italiano mudou radicalmente o cenário demográfico “com a velocidade e intensidade jamais vistas nas sociedades ocidentais”.

De acordo com Istituto nazionale di statistica (2006, p. 315), “o panorama da presença de diversidades étnicas incorpora uma grande variedade, tanto do ponto de vista das origens nacionais, quanto do ponto de vista da hora de chegada, tanto das características dos sujeitos que migram, transforma-se num verdadeiro quebra-cabeça étnico-cultural”.

Por causa da intensidade do fluxo migratório, a imigração para a Itália, com uma população bastante na sua grande maioria, tem um impacto significativo na situação demográfica do país e na composição da própria população. O crescimento da população da Itália vai depender nestes últimos anos dos imigrantes; foi graças ao fluxo migratório que a população italiana rejuvenesceu e saiu do risco do declínio demográfico. Com o fluxo migratório produziu o enraizamento do estrangeiro na Itália, atestando-se o crescimento de casais mistos, a esposa ou o marido é de nacionalidade italiana ou estrangeira.

A crescente variedade étnica, cultural e religiosa da sociedade italiana se sente nos processos de produção e difusão cultural. Por meio de seus assentamentos e práticas de uso de espaços públicos, Antonio Tosi (a cura di) (1994) os imigrantes também contribuíram para uma resignificação de muitos lugares, percebidos mais ou menos positivamente pela população nativa ou por partes dela. A imigração produziu uma série de micro-transformações de edifícios e mudou o estilo de vida da cidade, as formas de moradia e relações, a identidade de alguns bairros. A multiplicação da atividade económica como ambulantes modificou a imagem urbana, o crescimento da delinquência urbana, a superlotação do transportes público, a disseminação, a transmissão do sentimento de insegurança.

Por outro lado, Laura Zanfrini (2007), a disposição de conceder direitos, inclusivamente políticos à imigrantes legais confirma a sensibilidade da sociedade italiana na perspectiva de ampliar a filiação. Embora a questão da migração tenha sido investida, na Itália e em muitos outros países, por uma forte politização que a transformou em um tema fundamental de mobilização do eleitorado militante nos vários campos. Não obstante haja o trabalho de garantir a integração dos estrangeiros regulares, a Itália é confrontada com a presença dos imigrantes ilegais, tal presença constitui um dos principais determinantes da hostilidade italiana em relação a esses imigrantes.

## **O FLUXO MIGRATÓRIO EM PORTUGAL**

Neste parágrafo pretendemos falar acerca do fluxo migratório em Portugal. Entretanto, urge que, contextualizemos as condições em que ocorrem as migrações. Existem migrações em massa, individuais, que podem ser sazonais ou de carácter definitivo, podem ser migrações feitas de carácter voluntário quando por livre escolha, o imigrante sai à procura de melhores condições de vida. E em caso de migrações forçadas podem ser em massas ou individuais causadas por motivos políticos, religiosos ou étnicos, podendo-se associar também à catástrofes tais como guerras, terremotos e outras catástrofes naturais provocadas pelo homem. Por outro lado, existe

migração irregular entendida como movimento de pessoas para se fixar num novo local ou trânsito que ocorra fora das disposições legais do país de origem e de recepção. Portanto, o imigrante irregular é aquele que atravessa a fronteira, violando as leis migratórias do país de origem e do destino, ou seja, sair do próprio país ao outro sem passar de nenhum controlo migratório. Pode acontecer por exemplo que entre regularmente com um visto turístico, vai prolongando o visto e depois do vencimento do visto continua dentro do país com razões de vária ordem. A migração não é um fenómeno que se restringe aos países do Magrebe., mas é um fenómeno global que afeta a vida da maioria das pessoas, sendo que, 258 milhões de pessoas sejam migrantes internacionais (UN DESA, 2017) e, a migração pode ser de igual modo entendida como um motor de desenvolvimento sustentável, para os próprios migrantes e para suas comunidades nos países de origem, de trânsito e do destino.

Conforme o visto anteriormente, os migrantes podem ser sobretudo um grande benefício para o país de destino, porque podem em comparação com os nativos, vender a sua força de trabalho muito menos do valor que venderia o nativo. Além do aumento da força do trabalho e diversidade cultura que constitui uma enorme riqueza ao país de acolhimento, contribui igualmente para o aumento de investimentos. Vendendo a sua força de trabalho, não só contribuem para o crescimento da economia desse país, desempenha também o papel de melhoria das condições de vida das comunidades dos países do quais são oriúndos, transferindo assim os recursos financeiros que vão contribuir no desenvolvimento do seu país.

O que na verdade tem motivado a migração da África com o destino a Europa com particular modo para Portugal, é que nos países de proveniência dos imigrantes, vive-se uma situação de extrema pobreza gerada pela ingerência dos governantes dos países africanos com particular enfoque aos países Magrebinos, essa extrema pobreza é agravada pelos conflitos sóciopolíticos que causa incerteza sobre o seu futuro da população, muito particularmente ao futuro dos jovens que se encontra à beira de ameaça sem precedentes. A sua imigração à Europa tem como objetivo encontrar uma situação diferente e melhor do que a situação dos seus países. Anne-Sophie Wender (2005), o exodo dos jovens em massa dos países Magrebinos sobretudo a partir da década de 2000 com destino à Europa, mais que livrar-se de um clima de conflito, vão à busca de um espaço de uma realização pessoal e profissional, que dentro dos seus países é difícil encontrar um ambiente para a sua realização.

Segundo a Associação de Amigos e Famílias das Vítimas da Imigração Clandestina (AFVIC) (2005), considera que, uma imigração sem obediência à legislação sobre a migração, por um aspecto pode ser considerado por falta de condições para a obtenção do visto, entende-se a clareza de viagem em relação à migração em relação ao país do destino, por isso, os imigrantes são obrigados a usar outras rotas, desafiando o mar, apesar das péssimas condições dos barcos que usam, sendo assim sujeitos à vários perigos como vítimas de atrocidades como a violação de direitos humanos, assaltos e fraudes; as mulheres são submetidas ao estupro, o que lhes causa várias doenças; os filhos são expostos à intempéries, diarreia e morte para os mais fracos, pois não têm acesso a serviços de saúde durante a viagem; as mulheres são frequentemente forçadas a se prostituírem. Por esta razão, algumas depois de se engravidarem, são forçadas a abortar de uma forma cruel, levando à morte súbita de maior parte delas.

O Tratado de Lisboa de 2007, no que concerne à política de imigração no seu art. 79 §1 tem a seguinte especificidade: "A União Europeia desenvolverá uma política comum de imigração que visa garantir, a todo o momento, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo para os nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e uma luta reforçada contra ambos". Enquanto se desenham políticas sobre a imigração no que tange à gestão dos

imigrantes, no mesmo instante, o governo português encontra-se diante de uma crise demográfica e económica, sendo que, a presença de imigrantes em Portugal constitui um enorme benefício como um recurso humano que poderá alavancar a economia nacional e aumentar a densidade populacional.

Aqueles que abandonam os seus países, saem à procura de proteção e oportunidades, por isso, saem consciência do que vão buscar e o que querem obter. Na verdade, imigrando para Espanha, Itália ou Portugal equivale procurar um purgatório preferível ao o resto da Europa oriental que rejeitam e são oponentes à políticas migratórias sobre a realocação de imigrantes vindo dos países do Magrebe. Portugal, respondendo ao acordo da União Europeia, recebeu cerca de metade dos 2.951 imigrantes previstos no plano de realocação da Comissão Europeia.

Com base no relatório “Realocação e Reassentamento”, emitido pela Comissão Europeia, de 1 de janeiro a 4 de setembro, Portugal recebeu 299 candidatos da Itália, 1.116 da Grécia e 76 da Turquia, principalmente do Oriente Médio, Portugal para além de oferecer hospitalidade aos recém-chegados, oferecia curso de língua portuguesa e um subsídio mensal de 150 euros.

A retenção do capital humano oferecido pelos imigrantes Magrebinos serve muito à economia portuguesa com fim de atração de investimentos estrangeiros. Sem mão-de-obra, é difícil fazer reformas estruturais e mais difícil ainda o desencadeamento do crescimento económico. A presença do imigrante para além de ser visco como um encargo para o país acolhedor, é um benefício, pois a diversidade linguística cria uma abertura para o turismo, na medida em que, os imigrantes podem servir de mediação aos turistas que vier dos seus países.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não obstante tenhamos visto durante o nosso debate em torno do fluxo migratório e as razões que levam os Magrebinos a abandonar os seus próprios países com certeza de chegar a um destino que lhe ofereça acolhimento, proteção e oportunidade para recomeçar a vida, conforme o vimos às condições de viagem são bastante precárias, acabando por ser arriscado à própria vida.

Embora tenhamos ainda evidenciado que, todo o ser humano tem direito e liberdade de residir fora e dentro do seu estado e voltar no mesmo se constatar que, as razões que fizeram-no abandonar do seu país melhorar, depois de terem sido qualificadas as condições para a realização pessoal pode regressar. Entretanto para que isto possa acontecer, é um desafio aos governantes para que, trabalhe com todo afinco e que longe de estar a pôr um maior assento aos interesses económicos muito particular, devem olhar na grande maioria que prefere abandonar o seu país, pedindo não só o refúgio, mas para ser força de trabalho que possa produzir e atrair investimento e economia, a vida da população deve ser a prioridade dos governantes. Sendo vítima de fome, de guerra e outras catástrofes, nesta e noutras circunstâncias, os imigrantes devem ser acolhidos.

Na Espanha, vimos que, ao imigrante lhe é reconhecido o direito de liberdade como direito fundamental, portanto gozaram de liberdades públicas.

A Itália por seu turno, não obstante preocupado com o fenómeno migratório, aprovou um decreto-lei para a mitigação da entrada dos imigrantes na Itália como por exemplo a diminuição de facilidade para os estudos. Enfim, em Portugal, vimos que, apesar da crise económica, o imigrante é visto como mão-de-obra barata que contribui para a recuperação da economia, mas um outro fator que constatamos, os imigrantes para além de contribuir no setor turístico, vivendo em comunidades, podem manter as tradições culturais como identidades próprias.

## REFERÊNCIAS

ARANGO, Joaquim. **Dificultades y dilemas de las políticas de inmigración**. Revista ARBOR, Madrid, CLXXXI, n. 713, mayo-junio, 2005. Alianza Editorial, pp. 63-96

GIDDENS, Anthony. **Europa en la era global**. Barcelona: Paidós 2007.

Istituto nazionale di statistica, **Rapporto annuale 2006 La situazione del Paese nel 2006**, Roma:Poligrafica Ruggiero,2007

IZQUIERDO, A. "**Cambios en la inmigración a resueltas de la política restrictiva del gobierno español**", Working Paper109. San Diego: Center for Comparative Immigration Studies.2004. University of California.

TOSI, Antonio (a cura di). **Abitanti. Le nuove strategie dell'azione abitativa**. Bologna: Il Mulino, 1994

ZANFRINI, Laura. **Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione**, Milano: editori Laterza, 2007.

Anne-SophieWender, **Rapport sur la situation alarmante des migrants subsahariens en transite au Maroc et les conséquences des politiques de l'Union Européenne**, París: Cimade, 2005. Disponível em: <https://www.lacimade.org/publication/la-situation-alarmante-des-migrants-subsahariens-en-transit-au-maroc-et-les-consequences-des-politiques-europeennes/>. Acesso em: 2 jul 2019

Asociación de Amigos y Familiares de las Víctimas de la Inmigración Clandestina y la asociación Cimade en Buzniqa (Marruecos) en 2005 (véase *Actes de la formation Asil'Maroc. Formation organisée à Bouznika en 2005 par l'AFVIC et la Cimade*, s. l.: AFVIC/Cimade, 2006). Disponível em [https://novact.org/wp-content/uploads/2012/09/el\\_magreb\\_final.pdf/](https://novact.org/wp-content/uploads/2012/09/el_magreb_final.pdf/). Acesso em: 17 agos 2019

Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN DESA) 2017 **International Migration Report 2017**. Disponível em [www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017/](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017/). Acesso em: 29 set.2019

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Disponível em <https://www.oecd.org/acerca/>. Acesso em: 20 jul 2019

UNIÃO EUROPEA. Comissão de las Comunidades Europeas. Comunicação (2006) 571 final. **El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad**. Bruselas, 12 de oct. 2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0571:FIN:ES:PDF/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEA. **Decisión 192 del Consejo sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones de la Convención de Schengen**. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Bruselas, L. 64, p. 20-23, 7 mar. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002D0192:ES:NOT>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. **Pacto Europeu sobre migração e Asilo**, n. 13440/08, Bruselas, 24 de set. 2008. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/jl0038\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/jl0038_pt.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA **Tratado de Lisboa**, , 13 dez. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 de out de 2019



PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE, **Per i Migranti e gli Itineranti, accogliere cristo nei rifugiati e nelle persone forzatamente sradicate**, CITTÀ DEL VATICANO 2013. Disponível em [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/corunum/corunum\\_it/publicazioni/Rifugiati-2013-ITA/](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/corunum/corunum_it/publicazioni/Rifugiati-2013-ITA/). Acesso em: 13 jun. 2019.

### **Legislação**

Constituição Espanhola, Junta de Castilla y León 1978

Decreto 1870/1968

Decreto Real 1119/1986

Ley Orgánica 4/2000

Lei Orgânica 7/1985,

Lei 189/2002

Decreto-lei nº 113/2018

Decreto-lei 145/2013

Lei 228/2003

Decreto-Lei 286/1998

# MIGRATIONS AND “CAPORALATO”: WHEN MOVEMENT GENERATES EXPLOITATION – REFLECTIONS ON EUROPEAN AND ITALIAN CRIMINAL LAW CLASSIFICATIONS

Elisa Gonnelli

Dottoranda in Teoria dei Diritti Umani (UNIFI)

## INTRODUCTION: WHAT IS “CAPORALATO”?

“Caporalato” is the Italian term to refer to illicit intermediation of workers, in English “gangmaster system”, in Portuguese “*sistema de capataz*”.

From a sociological point of view, the “caporalato” is a criminal phenomenon realized by the recruitment of workers, selected mostly daily by a gangmaster (*capataz*), to carry out different types of work. The *capataz* is a private intermediary, often related with mafia organisations, who is engaged by employer to select the manpower and bring it on the place of work. This recruitment happens mostly with illegal hirings, or without the necessary permission to work as intermediation agency, but it can also occur with legal forms.

The most hateful aspects of this crime are the several abuses which carried out by *capatz* on workers during and after the job performance, consisting of physical and mental violence, threat of dismissal if they don't accept the hard and bad work's conditions (excessive timework, unsafe and dirty workplaces, low salaries). All these conditions are violations of fundamental human rights, and, first, dignity. The purpose of the authors of these violations is to keep the workers on the state of economic, social and legal weakness, defined in doctrine “existential subordination” (SCHIUMA, 2015, p. 88), in order to exploit the state of need in which they are.

The vulnerability characterizes the victims of this practise of work exploitation, so much that the line between these workers and slave workers is not so clear, in fact some authors talk about new forms of slavery or “modern slavery” (SANTORO, 2009, p. 159).

## MIGRATIONS AND EXPLOITATION

Since the past the illegal intermediation and work exploitation is strictly linked to massive movements of labours. In Italy there are traces of similar practice since 16th Century, related to huge migrations of agricultural labours to Maremma in Tuscany, to Agroprontino in Lazio and to Apulian Tavoliere (PERROTTA, 2015, p. 194). The same Italian term “caporalato” was born in Northern Italy, related to labours' migration to Vercelli's rice paddies (PASSANITI, 2017, p. 38). So, these people were MIGRANTS, inside the national borders, who were forced to move themselves to one place to another to find work.

Over time, the prospective has changed at least in part, because since the second half of the 1970s, immigration both from North and Sub-Saharan Africa to Europe has become a significant phenomenon and has gradually acquired a structural dimension (MCBRITTON M, 2015, p. 110). Since the 1980s, therefore, the gangmastering started to have a new face because of his new victims: migrants from another Countries.

Today the work exploitation through intermediation has become increasingly interwoven with immigration, and, if in the past were used mainly in the agricultural business, now is used in all economic sectors, like a structural method of production in a globalized market. The

transformation is from an archaic method of recruiting native workers to an entrepreneurial phenomenon, whose exchange's commodity is labour power, constituted by the new desperates created by global poverty (PASSANITI, 2017, p. 43).

So, people most at risk for the violation of human rights in this context are migrants.

The "x" in this proportion is given by the state of need in which immigrants deal, that creates a deep existential vulnerability, and they became easy targets for several "criminals", as UNODC calls them.

Just the UNODC, the *United Nations Office on Drugs & Crime*, in his *Global Report on Trafficking in Persons* in 2016, underlines how is extremely easy that during the migration path, undertaken to different push and pull factors, traffickers have managed to insinuate themselves among the folds of the desire to change and improve the quality of lives, to exploit weaknesses.

The UNODC distinguishes 2 type of factors: ones which push someone to emigrate from their home country, so-called *push factors*, can be the simply decide to change his life, as well as political-institutional instabilities, the lack of economic prospects, armed conflicts, famine, and persecutions. While the so-called *pull factors* are, for example, the demand for low-cost and low skilled labour appears, in those sectors of the economy considered unattractive by the local workforce, the so-called 3Ds jobs, Dirty, Dangerous and Demeaning jobs, strongly characterized by occupational segregation, wage discrimination and ghettoization (CHIAROMONTE W., 2018, p. 323).

Through the UNODC analysis, the clear distinction between *smuggling* of migrants and *trafficking* in human beings, laid down in the two Additional Protocols to the United Nations Convention of Palermo (2000) falls, because it is focused on the voluntary consent given by victim/migrant to be moved. According to the two Protocols, people who voluntary pay the smuggler to across borders are not considered victims, but criminals (illegal migrants) as the smugglers, and so they not deserving any program of humanitarian protection. While people who are part of a plan of exploitation, forced to move to another Country where they're are destined to be exploited, are considered victims and so deserving humanitarian protection.

In the new prospective, the UNODC suggests that it becomes very hard to distinguish the quality of consent, whether flawed or free, considering that even those who decide to voluntary embark on the migration path, often become victims of exploitation when they arrive in the new Country, even if they aren't part of an exploitation plan since they leave their own Country. That's because the state of need generates vulnerability, which spoils the consent.

## **TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, WORKERS EXPLOITATION AND ILLEGAL INTERMEDIATION: SIDES OF THE SAME COIN?**

If we considered the crime of human trafficking, as defined in the Additional Protocol of the Palermo Convention (2000), it was described as a transnational traffic of people, forced to move to one place to another by the trafficker's violence to be exploited (art. 3a). This definition is based on two important elements: the transnational displacement and the flawed consent at the expatriation (ANNONI, 2013, P. 1).

The definition of human trafficking was implemented by Warsaw Convention in 2005, at the article n. 4 – "Definitions":

a. "Trafficking in human beings" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of

abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;

b. The consent of a victim of “trafficking in human beings” to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used;

c. The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered “trafficking in human beings” even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article;

d. “Child” shall mean any person under eighteen years of age;

e. “Victim” shall mean any natural person who is subject to trafficking in human beings as defined in this article.

Of particular interest is the letter a), because describes the crime of human trafficking in 3 essential elements:

1. the act of general displacement of people, not only transnationally, but also nationally (the last one so-called *domestic trafficking*);
2. the way the conduct of displacement takes place;
3. the purpose of exploitation.

As we can see, among the general purpose of “exploitation” is also included labour exploitation, from both the Additional Protocol on Human Trafficking and from the Conventions of Warsaw. That’s the way which is considered work exploitation in the international criminal law, only related to trafficking in human beings, not as an independent concept. To confirm this, also the ILO – International Labour Organization – in 2005 shall draw up Guidelines, *Human trafficking and forced labour exploitation. Guidelines for legislation and law enforcement*, which aim to identify when labour exploitation develops into trafficking: the offenders are the physical or sexual violence to which the worker is subjected; confinement in the workplace or restriction of the victim’s freedom of movement; work performed partially or exclusively to repay the debt contracted during the recruitment or transport of the victim( so called “*debt bondage*”); a worker who receives no remuneration or a salary below the minimum trade union limit; an employer who retains the worker’s documents or passport; the worker who is threatened with a complaint to the authority because of his irregularity.

The guidelines drawn up in 2005 are then supplemented in 2009 by a further document containing “operational indicators” which are concerned with harmonising and synthesising significant trafficking indices in four categories: trafficking for the purpose of adult labour exploitation, trafficking for the purpose of sexual exploitation of adults, trafficking for the purposes of child labour exploitation, trafficking for the purposes of sexual exploitation of children. Compared to the first category, of our interest, are distinguished three types of indicators (*strong, medium and weak indicators*), and under the *indicators of exploitation* section there are as a *strong indicator* the excessive working time in which the worker is employed (*excessive working days or hours*); as *medium indicator* the bad or dangerous working conditions, low or no pay for work done, non-compliance with the contract of employment and labour law; and, in the end, as *weak indicator* the lack of access to education.

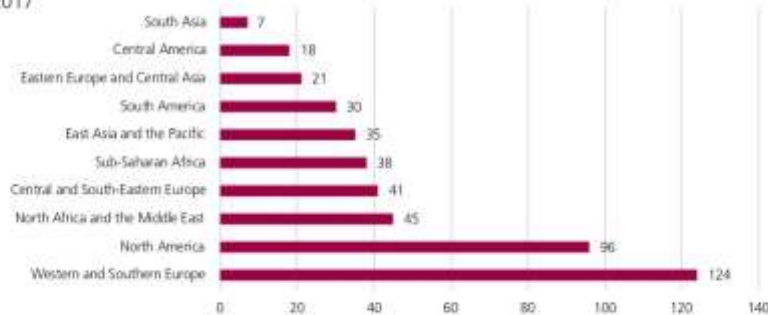
All these data confirm that also the ILO strictly connect the labour exploitation, defined by operational indicators, to trafficking in human beings.

There is only one exception in the European law: Directive 2009/52/CE. At the article n. 2, let. i, the European legislator gives for the first time a definition of labour exploitation: “*particular disproportion of working conditions with respect to the conditions of employment of workers employed legally, contrary to human dignity*”. But, even if this definition is not linked to trafficking, is connected to the fight against illegal immigration. In the Directive’s prospective, the labour exploitation is a consequence of smuggling of migrants and the illegal immigration (GENOVESE D., SANTORO E., 2018, P. 549). Through sanctions for employers who hire and exploit illegal migrants, the European legislator wants to reduce the demand for cheap labor in the European economy (BARBIERI M., 2010, P. 92).

In conclusion, if in the international scenery, the labour exploitation is considered only as one of the purposes of trafficking, and gangmastering or illicit intermediation of workers is a *species* of the *genus* labour exploitation, so also gangmastering is trafficking, in his “new” face of domestic trafficking. And that’s true if we considered the last UNODC Report, *Global Report on Trafficking in Persons, 2018*, in which the Agency deduces, firstly, that trafficking in human beings is no longer characterised by the international character of the displacement of victims, but that there are increasing cases of internal trafficking or domestic trafficking, which has increased sharply in recent years (97% in South America and 56% in Europe). Moreover, it pointed out that the essence of the crime is not the movement of the victims, but their exploitation.

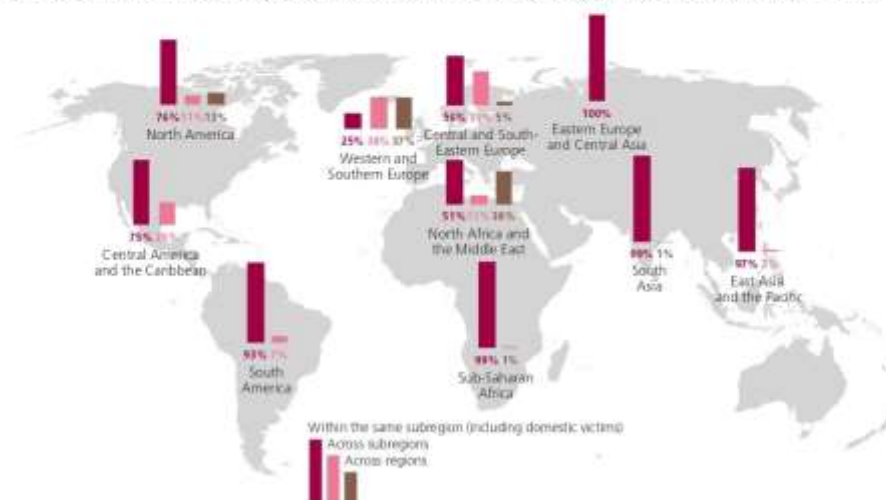
### Immagine 1 – UNODC’s Data

Number of citizenships among victims detected in destination countries, by subregion of detection, 2014-2017



Source: UNODC elaboration of national data.

Shares of detected victims by area of origin and of detection, by subregion, 2016 (or most recent)



Source: UNODC elaboration of national data.

Note: The boundaries and names shown and the designations used on the map do not imply official endorsement or acceptance by the United Nations.

So, we can make a comparison between the gangmastering/illegal intermediation and trafficking in human beings (especially the domestic one), a crossing the pairs (T is for Trafficking and G is for Gangmastering):

1. the behaviour, consisting in the general displacement (T) and labours' recruitment (G);
2. the means, which are the same for both (T and G)
3. the purpose, of general exploitation (T), of labour exploitation (G).

So, the two crimes are substantially overlap.

From a jurisprudential point of view, the workers exploitation through intermediation has been framed in different ways. In particular, are significant two recent sentences of the Court.

The first one, *Chowdury & others vs. Greece* (application n. 21884/2015), 30 March 2017, in which the Court applied the article number 4 of ECHR (prohibition of slavery and forced labour) to a case of labour exploitation of migrant's workers in the Greek countryside. The Court classifies as trafficking in persons and trafficking into forced labour through an evolutionary interpretation of the concept of forced labour, recognising the condition of irregular immigrants (in the paragraphs n. 96-97) like a vulnerable situation for the workers.

The second one is *J. and others vs. Austria*, (application n. 58216/12), in 2017, the Court classified a case of domestic labour exploitation against a Filipina girl, reduced to servitude in a Dubai family, through a legal intermediate agency, as inhuman and degrading treatment (art. 3 ECHR). In this sentence for the first time, the ECHR Court applies the art. 3 to a case of labour exploitation, breaking up the strict link between trafficking in human beings and labour exploitation.

There is also another important pronouncement, *S.M. vs. Croatia* (application number 60561/2014) in 2018, because even if it has a different subject (a case of prostitution), the importance of this sentence is that for the first time the Court applies the category of *domestic trafficking* to a case of inner prostitution, where a Croatian woman forced to prostitute herself, under the pressure of a policeman.

In my opinion this international classification is misleading, because the labour exploitation not always is trafficking, and the other way around, while it's true that gangmastering is always a specific form of trafficking for the purpose of labour exploitation, most of the time, domestic trafficking.

Looking at the Italian criminal law, it's quite particular, because the legislator has introduced the punishment of caporalato (in the 2011) before introducing the crime of severe labour exploitation, going upstream to international and European tendency.

In the first version of article 603-bis, the employer wasn't punished, while the gangmaster was punished for the illegal intermediation and bad work's conditions. So, for years labour exploitation was punished only if connected to illegal intermediation.

Only into 2016 the legislator has introduced the crimes of severe labour exploitations, by changing the 603-bis through a specific hypothesis for the employer. However, for the Italian legislator and jurisprudence, the "caporalato" is not trafficking, or rather it's still considered something quite different from trafficking. The different classification on the criminal law, leads to a very different punishment, if we consider that the trafficking in human being (art. 601) is punished from 8 years to 20 years of detection, while the illegal intermediation and labour exploitation (art. 603-bis) is punished from 1 year to 6 years of detection, and, in the aggravated case (art. 603-bis, co. 2), from 5 years to 8 years.

In conclusion, it could be important to redefine the legal, both international and national (Italian) categories to caught the real essence of these criminal phenomena, in order to be able to fight them, and also to better understand the causes and how to protect victims, especially migrant victims.

## **BIBLIOGRAPHY**

ANNONI A., **Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani**, contributo in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani: fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2013

BARBIERI M., L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana, in **Rivista italiana di diritto del lavoro**, vol. III, 2010

CHIAROMONTE W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela, in **Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali**, fasc. 2, 2018

GENOVESE D., SANTORO E., L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità, in **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali**, n. 159, 2018

MCBRITTON M., Lavoro in agricoltura e immigrazione, in RIGO E. (a cura di) *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, **Quaderni de L'altro diritto**, Pacini Giuridica, Pisa, 2015

PASSANITI P., Il diritto del lavoro come antidoto al caporalato, in DI MARZIO F. (a cura di), **Agricoltura senza caporalato**, Donzelli Editore, Roma, 2017

PERROTTA D., Il caporalato come sistema: un contributo sociologico, in RIGO E. (a cura di) *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, **Quaderni de L'altro diritto**, Pacini Giuridica, Pisa, 2015

SANTORO E., La regolamentazione dell'immigrazione come questione sociale, in SANTORO E. (a cura di), **Diritto come questione sociale**, Giappichelli, Torino, 2009

SCHIUMA D., Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati, in **Rivista di diritto agrario**, , vol. 1, 2015

# PROTEÇÃO DE CRIANÇAS MIGRANTES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: IMPACTOS DA OPINIÃO CONSULTIVA 21/14 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO TRATAMENTO DE CRIANÇAS MIGRANTES

**Estela Cristina Vieira de Siqueira**

Doutoranda em Direito Internacional (FD-USP). Mestre em Direito (FDSM). Professora de Direito Internacional (FATEPS/Grupo Unis).

## INTRODUÇÃO

Ao final da segunda década do século XXI, com o aumento expressivo dos fluxos migratórios ao redor do mundo todo, estima-se que, apenas para as categorias de deslocamento humano forçado, 173.800 crianças desacompanhadas foram contabilizadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), sendo que as crianças, de modo geral, representam 52% do fluxo total de refugiados no mundo todo, apenas até 2017 – um crescimento de mais de 10% com relação aos dados da década anterior, até 2009, nos quais as crianças representavam 41% da população refugiada (UNHCR, 2017).

Dessas 173.800 crianças desacompanhadas, 45.500 crianças realizaram o pedido de asilo individual em 67 países, conforme relatado ao ACNUR, e as outras 138.700 foram identificadas em operações da própria agência especializada, com a preferência metodológica de redução do número de crianças nos dados, para evitar a possibilidade de contagem dupla.

Nas Américas, um número cada vez maior de crianças migrantes tem sido identificado pelos órgãos responsáveis, em razão de inúmeros processos domésticos dos Estados, como a pobreza, a violência de gangues e a ausência de oportunidades educacionais e econômicas, a grande maioria proveniente de El Salvador, Guatemala, Honduras e México (UNICEF, 2018).

O retorno forçado dessas crianças ao lugar de origem, muitas vezes, representa um destino severamente pior do que o encontrado nos caminhos de fuga, por mais arriscados e prolongados que sejam, como a exposição ao tráfico de crianças, à exploração sexual e altas cargas de stress que podem ser profundamente gravosas ao desenvolvimento cognitivo completo, devido à liberação constante do hormônio cortisol, que prejudica a funcionalidade do cérebro (UNICEF, 2018).

Nesse sentido, além das habituais circunstancialidades envolvendo os processos de migração e a eventualidade do retorno a um território que deixou de ser lar, há uma outra realidade enfrentada pelas crianças migrantes, que as coloca em mais riscos: a detenção infantil. A exposição a todo tipo de abusos e exploração, e a intensa descarga de stress sobre esses pequenos seres em desenvolvimento se configuram como experiências traumáticas e desafiadoras para o Direito Internacional, em sede de mobilidade humana.

A Opinião Consultiva de número 21/14, emitida em agosto de 2014 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob solicitação de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, versa sobre um dos temas mais controversos da atualidade, quando se combina migração e infância: o princípio da não-detenção de crianças, ou da não-privação de liberdade, de forma a evidenciar o caráter de absoluta excepcionalidade da prática da detenção de crianças no contexto regional das Américas, pois o simples status migratório não implica em detenção, o que poderia expor os menores a mais abusos e violência.



Dentro de um total de 61 milhões de migrantes apenas no ano de 2013, conforme os dados constantes do texto da Opinião Consultiva, 7 milhões eram menores de 19 anos, grande parte desacompanhada, o que expõe lacunas quanto à difícil aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança, sobretudo quando se fala sobre migração.

Assim, como a OC 21/14 de 2014 influenciou a maneira como os Estados lidam com as hipóteses de migração infantil desacompanhada, em razão do Princípio do Melhor Interesse da Criança, e do Princípio da Não-Detenção, em uma década na qual os processos de migração se intensificaram, atingindo cifras nunca antes vistas?

Sob o ponto de vista metodológico, a fim de proceder com a melhor abordagem do tema, foi feita opção pelo método analítico-dedutivo de pesquisa, partindo da pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa, com a análise de relatórios das agências especializadas em migração, refúgio e infância do sistema das Nações Unidas e também do banco de dados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS MIGRANTES**

As crianças, seres humanos ainda no princípio de sua existência na terra, dependentes do amparo e proteção de familiares e responsáveis para garantir sua sobrevivência e bem-estar, em razão da inocência inerente ao próprio processo de desenvolvimento humano, encontram-se no centro de documentos normativos dedicados à salvaguarda de seus direitos e interesses, seja por parte dos Estados ou da sociedade.

Há, porém, situações inúmeras, como os conflitos armados e as perseguições de toda sorte, que ameaçam a estabilidade das nações e colocam as crianças - que compõem cifras significativas entre os indivíduos deslocados involuntariamente de seus lugares de origem - em circunstâncias de extremo risco à sua integridade física e emocional.

Fruto de uma evolução gradativa dos mecanismos internacionais de proteção à infância e resultado de inúmeros esforços por parte da comunidade internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança se mostraria mais completa que o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no que tange ao Direito das Crianças. A proteção infantil, no texto de 1948 (ONU, 1948), aparece brevemente, em poucos dispositivos, relativos à maternidade e à família, garantindo a extensão da proteção social a filhos nascidos fora do contexto do matrimônio.

Ainda sob o viés familiar, a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 1959, não versaria sobre a fundamentalidade da proteção à criança em todo e qualquer contexto, como ocorreria décadas depois. Surge em seu texto, no entanto, o Princípio do Melhor Interesse da Criança – uma elaboração legislativa que contemplava o interesse do menor como principal guia para os responsáveis pela educação e orientação da criança (ONU, 1959).

A priorização da criança, em todos os processos, surgiria apenas no texto de 1989 (UNICEF, 1989), que traz em seu artigo 3, parágrafo 1, que

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o melhor interesse da criança**.

Fica definida como prioridade para ação dos 196 Estados que ratificaram seu texto a proteção aos interesses das crianças, em todos os processos que as envolvam. No entanto, uma preocupação crescente, devido à modificação da dinâmica de deslocamentos humanos forçados e também das instituições democráticas, frente ao surgimento de novos agentes paraestatais catalizadores de conflitos, se dá exatamente em razão da necessidade de proteção de menores

em contextos onde a manutenção da paz encontra-se prejudicada ou durante os extensos processos de deslocamento humano aos quais têm se submetido um número cada vez maior de pessoas.

Segundo dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância, o UNICEF, os números mais recentes sobre crianças desacompanhadas em contextos de migração representam um aumento de 5 vezes nas estatísticas anteriores, se comparadas com os primeiros anos dessa década – saltando de 66,000, entre 2010 e 2011, a 300,000, entre 2015 e 2016, o que corresponde a um quinto do total de 800 mil crianças que chegaram à Europa nos últimos anos (UNICEF, 2017).

A Convenção de 1989, no entanto, não seria a primeira a abordar a temática da preservação da integridade criança na legislação internacional, nem a primeira trazer em seu texto disposições acerca do Princípio do Melhor Interesse da Criança. Apesar de outras tentativas antecedentes ao arranjo institucional das Nações Unidas, se tomarmos como análise os documentos surgidos no cenário internacional já sob a égide da ONU<sup>1</sup>, é adotada em 1959 a Declaração sobre os Direitos da Criança, o primeiro grande documento a definir princípios norteadores da atuação dos Estados no que se refere ao tratamento das crianças.

O Princípio, no entanto, ainda possuiria limitações *ratione materiae*, pois estaria limitado a ser o guia da atuação dos responsáveis pelos menores em sua orientação e educação<sup>2</sup>. De maneira aprofundada e destinando-se a proteger a criança em qualquer contexto, seja por parte dos Estados ou da iniciativa privada, o princípio apareceria apenas em 1989, no texto da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Como reflexo do Princípio do Melhor Interesse da Criança, a constar no artigo 3 da Convenção de 1989, que nutre em seu cerne norteador a obrigação de observar primeiro a preservação da integridade física, psicológica e psíquica das crianças, em todo e qualquer processo que as envolva – decorreriam outras obrigações, dispostas extensamente no corpo do texto da Convenção.

Isso implica, também, no reconhecimento, como disposto no Preâmbulo do referido texto, “que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial” (UNICEF, 1989). Entre essas condições excepcionais, como proposto mais adiante, no artigo 22 da Parte I da Convenção, está a situação de refúgio, uma hipótese de migração forçada.

Sobre a proteção das crianças em situação de refúgio, especificamente, Erika Feller (2011) enfatiza que

Muitos sistemas de refúgio não são apropriados para crianças, não levam em consideração as circunstâncias especiais de crianças solicitantes e legitimam a repatriação automática delas, sem fazer uso de proteção já estabelecida, tal como a determinação do superior interesse da criança. A detenção de pessoas em busca de refúgio continua criando grandes dificuldades individuais em muitos países. A duração pode ser demasiadamente longa, as

---

<sup>1</sup> Considerando-se que a Declaração de 1946 era uma extensão da Declaração de Genebra de 1923, e não um texto originariamente criado sob o arranjo institucional da Organização das Nações Unidas.

<sup>2</sup> “Principle 7 - The child is entitled to receive education, which shall be free and compulsory, at least in the elementary stages. He shall be given an education which will promote his general culture and enable him, on a basis of equal opportunity, to develop his abilities, his individual judgement, and his sense of moral and social responsibility, and to become a useful member of society. The best interests of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents. The child shall have full opportunity for play and recreation, which should be directed to the same purposes as education; society and the public authorities shall endeavor to promote the enjoyment of this right.” In: UNICEF. *Declaração dos Direitos da Criança. 1959*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2019.

condições injustificadamente duras e as possibilidades para supervisão ou revisão jurídica muito limitadas. Em alguns países chegou-se a um ponto em que existem mais garantias de devido processo legal regulando a detenção de criminosos que de solicitantes de refúgio.

O artigo 22 da referida convenção, por sua vez, em seu parágrafo 1, determina que

Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, **tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou qualquer outra pessoa**, a proteção e a assistência humanitária adequada a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

Desta forma, como o escopo do presente trabalho é abordar a especificidade das crianças em processos de migração forçada, há que se definir legalmente o que é uma criança desacompanhada – algo que, na vida prática, aparenta simples definição, mas que possui limitações expressas no texto da Convenção de 1989, pois há duas hipóteses definidas para a ausência de acompanhamento: a primeira, a de mais simples compreensão, refere-se à criança que esteja privada do convívio no seio familiar, temporária ou permanentemente. A segunda, no entanto, mais complexa, refere-se à impossibilidade da criança de permanecer nesse meio, em virtude da manutenção de seu melhor interesse – ou seja, quando o meio oferecer riscos ao desenvolvimento dessa criança, ela poderá ser privada do convívio com sua família, em nome da preservação de sua integridade.

Para ambas as hipóteses, a Convenção prevê que os Estados deverão implementar cuidados alternativos à essas crianças, de modo a que, apesar da ausência de acompanhamento familiar, não estejam desamparadas. A legislação dispõe, também, de sugestões sobre quais espécies de cuidado o Estado pode implementar, como lares de adoção ou a Kafalah do Direito Islâmico – expressão derivada de uma passagem do Corão e uma opção alternativa à adoção, uma espécie de adoção parcial, que pode significar provisões financeiras ou físicas, ou ambas (BARGACH, 2002).

Assim sendo, como complementação a esse direito, agora no parágrafo 2 do Artigo 22, a provisão sobre crianças refugiadas e desacompanhadas é a de que os Estados cooperarão, na maneira como considerarem mais adequada, para

localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção.

Nesse sentido, em razão da necessidade de proteção da criança desacompanhada em processos de migração forçada, o ACNUR desenvolveu um procedimento de Determinação do Melhor Interesse, de forma a garantir que a criança será priorizada quando do atendimento em situações de migração forçada.

## **PROCEDIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO MELHOR INTERESSE (BID) PELO ACNUR**

As consequências são inúmeras. Crianças desacompanhadas, em cenários de mobilidade, estão mais expostas a abusos e ao tráfico de crianças. E exatamente pela gravidade da situação apresentada, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) elaborou um procedimento unificado para assegurar a garantia do Princípio do Melhor Interesse da Criança, o

Procedimento de Determinação do Melhor Interesse, de acrônimo BID (Best Interest Determination).

Criado em 2008, o BID surgiu como um mecanismo formal e procedimental para viabilizar o acesso ao Princípio do Melhor Interesse da Criança. Devido à necessidade de se promover soluções duráveis para as inúmeras situações de exposição das crianças a riscos e abusos a nível global, o ACNUR elaborou regras gerais para a avaliação do melhor interesse da criança, em um primeiro momento, e para a efetivação do melhor interesse, em um segundo momento.

A primeira fase do procedimento é caracterizada pela avaliação e monitoramento das necessidades da criança (ACNUR, 2008), antes do início de qualquer procedimento estabelecido posteriormente no BID. A primeira fase do processo, referente à avaliação, denominada BIA (Best Interest Assessment), é formalmente documentada, para fins de referências futuras.

Na avaliação de melhor interesse (BIA), são apreciados os riscos e benefícios da situação em que a criança se insira, a gravidade da situação e a probabilidade da incidência dos riscos que se supõem. Tal avaliação é realizada por uma equipe qualificada, através de critérios como: idade, nível de maturidade, presença ou ausência dos pais, o ambiente da criança e suas experiências (ACNUR, 2013).

Após a avaliação, o próximo estágio do processo será a determinação do melhor interesse (BID), com a 1) identificação de soluções duráveis, 2) preparativos para cuidado temporário e 3) a possível separação da criança dos pais, quando a convivência apresentar riscos.

Na primeira etapa, a de identificação de soluções duráveis, caso a criança esteja desacompanhada, como proposto no presente trabalho, é feita uma tentativa de reunião familiar, sempre que factível, o que é endossado pela Observação Geral n. 6, parágrafo 79 (UNCRC, 2005), do Comitê da ONU para os Direitos da Criança, ao trazer que

Efforts to find durable solutions for unaccompanied or separated children should be initiated and implemented without undue delay and, wherever possible, immediately upon the assessment of a child being unaccompanied or separated. Following a rights-based approach, the search for a durable solution commences with analysing the possibility of family reunification.

Diante da impossibilidade de reuni-la com parentes ou responsáveis (ACNUR, 2008) - e o procedimento do ACNUR inclui também a eventualidade dos pais ou a família afetiva terem sido retornados ao lugar de origem – um novo procedimento de soluções duráveis de inicia, com a abertura do segundo passo do processo: os preparativos para cuidado temporário<sup>3</sup>.

Ao analisar-se a hipótese de cuidado temporário, será realizada uma avaliação da proposta pelo staff do ACNUR e, então, considerando-se adequada, é feita a adequação da criança aos estabelecimentos de cuidado temporário, que serão monitorados pelo sistema de proteção. Entre tais estabelecimentos, conforme é listado por relatório do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (ICRC, 2004), estão as instituições de abrigo a crianças, os cuidados comunitários e o acolhimento por uma família.

No terceiro passo, que conta com atuação em caráter excepcional por parte do ACNUR (2008), é realizada a separação intencional da criança do seio de sua família ou responsáveis, por risco ou cometimento de abusos. Constatando-se tal hipótese, através da avaliação já mencionada, iniciam-se, novamente, os procedimentos de BID.

---

<sup>3</sup> Faz-se necessário frisar que nem sempre tais medidas partirão do ACNUR e que, na hipótese de serem promovidas pelos próprios Estados, não há intervenção no procedimento por parte da agência. Aqui, há apenas definição acerca do procedimento quanto a crianças refugiadas, sob a égide do acolhimento do ACNUR.

No entanto, a despeito de toda a legislação acerca dos Direitos das Crianças, assinada e ratificada por inúmeros Estados, e apesar também dos vastos procedimentos apresentados pela agência especializada da ONU em assistir os refugiados em seus processos de acolhimento e mobilidade, conforme exemplificado, não há, ainda, qualquer definição específica sobre crianças refugiadas na legislação destinada ao assunto do refúgio no arcabouço jurídico internacional.

As definições aparecem de maneira esparsa, em legislação apartada – a criança refugiada somente é endereçada, brevemente, na legislação referente aos direitos da criança e, mesmo assim, a última referência ao tópico foi feita na Convenção de 1989. O Protocolo Facultativo à Convenção, adotado em 2000, e referente aos conflitos armados, não trata do assunto, apesar do tema ao qual se destina.

Apesar disso, há no Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma referência que provê os Estados com um instrumento, embora sem caráter vinculante, para auxiliar na implementação de procedimentos referentes ao melhor interesse da criança, o Parecer Consultivo OC-21/14, sobre os Direitos e Garantias das crianças em contextos de migração e a necessidade de sua proteção internacional.

## **A PROTEÇÃO A CRIANÇAS EM CONTEXTO DE DESLOCAMENTO FORÇADO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

No contexto do Continente Americano, expressivas são as estatísticas relacionadas às crianças migrantes identificadas pelas agências especializadas, em processos catalisados principalmente por situações domésticas de seus Estados de origem, como a pobreza, a violência de gangues e a ausência de oportunidades educacionais e econômicas, sendo a grande maioria dessas crianças oriunda de El Salvador, Guatemala, Honduras e México (UNICEF, 2018).

O retorno forçado dessas crianças ao lugar de origem, muitas vezes, representa um destino severamente pior do que o encontrado nos caminhos de fuga, por mais arriscados e prolongados que sejam, como a exposição ao tráfico de crianças, à exploração sexual e altas cargas de stress que podem ser profundamente gravosas ao desenvolvimento cognitivo completo, devido à liberação constante do hormônio cortisol, que prejudica a funcionalidade do cérebro (UNICEF, 2018).

Por solicitação do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma Opinião Consultiva, de número 21/14, de agosto de 2014, sublinhando o quão fundamental se torna o princípio da não-detenção infantil, a qual só deverá ocorrer em caráter de excepcionalidade, em contextos de migração ou não – sendo a detenção infantil uma prática que expõe a riscos principalmente a criança desacompanhada.

Com base nos questionamentos desenvolvidos pelos países solicitantes, a Corte discorreu pormenorizadamente sobre a vulnerabilidade da infância nos processos migratórios e tratou da especificidade da criança desacompanhada – questões como a garantia do status de refúgio, quando cabível, da não separação da família, quando possível, da não-detenção de meninas e meninos, quando não se fizer necessária, sempre sob a égide da Convenção Americana. A irregularidade migratória de uma criança, por si só, não deve ser motivo para detenção. Toda pessoa, mesmo criança, tem direito a solicitar asilo.

Dentro de um total de 61 milhões de migrantes apenas no ano de 2013, conforme os dados constantes do texto da Opinião Consultiva, 7 milhões eram menores de 19 anos, grande parte desacompanhada, o que expõe lacunas quanto à difícil aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança, sobretudo quando se fala sobre migração. O volume estarrecedor de

crianças em situação de trânsito no continente se reflete no texto do parágrafo 35 das Considerações Gerais da OC 21/14, ao afirmar que:

As crianças se deslocam internacionalmente por várias razões: em busca de oportunidades, seja por razões econômicas ou educacionais; com fins de reunificação familiar, a fim de reagrupar-se com familiares que já migraram; por mudanças repentinas ou progressivas do meio ambiente que afetam adversamente sua vida ou suas condições de vida; por danos derivados do crime organizado, desastres naturais, abuso familiar ou extrema pobreza; para serem transportados no contexto de uma situação de exploração, incluindo o tráfico infantil; para fugir de seu país, seja por temor fundado de ser perseguido por determinados motivos ou porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Apesar de as crianças geralmente se trasladarem com seus pais, membros da família ampliada ou outros adultos, **atualmente um número crescente e significativo migra de forma independente e sem companhia.** (grifo nosso) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

O parecer enfatiza em inúmeros pontos a vulnerabilidade infantil, quando em contextos de separação familiar e desacompanhamento, por estarem mais expostas ao tráfico de seres humanos e a abusos de toda sorte, destacando o quão necessária se faz a proteção infantil como mecanismo de combate ao tráfico de pessoas, utilizando-se da definição de tráfico de seres humanos presente no texto Convenção de Palermo, menção feita na nota de rodapé 155.

Da mesma maneira, o parágrafo 92 da OC 21/14 também destaca a obrigação e responsabilidade por parte dos Estados quando às medidas de combate ao tráfico de crianças, em razão da acentuada exposição às modalidades de exploração para o trabalho e exploração sexual, sendo de superior importância a necessidade

de adotar determinadas medidas de controle de fronteira com o objeto de prevenir, detectar e perseguir qualquer tipo de tráfico de seres humanos. Para isso, devem dispor de funcionários especializados encarregados de identificar todas as vítimas de tráfico de seres humanos, prestando especial atenção às mulheres e crianças. Para tanto, é essencial que se tome a declaração da vítima com o objetivo de estabelecer sua identidade e de determinar as causas que lhe obrigaram a sair de seu país de origem, tomando em consideração que as vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico de pessoas podem ser refugiadas caso reúnem os elementos para isso. Para assegurar um tratamento adequado às vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico infantil, os Estados devem conceder a devida capacitação aos funcionários que atuam na fronteira, sobretudo em matéria de tráfico infantil, com o objetivo de poder oferecer à criança assessoramento eficaz e assistência integral (grifo nosso).

Também menciona a hipótese de crianças desacompanhadas serem levadas ao tráfico através de fronteira, motivo pelo qual os agentes fronteiriços devem estar ainda mais atentos na identificação de quem são os seus acompanhantes, assegurando a responsabilidade sobre a integridade dessas crianças, devendo a intervenção por parte dos mecanismos de proteção ser “oportuna, adequada e justa”, partindo do pressuposto que nem sempre uma criança separada de sua família se encontra desacompanhada, assim como nem toda criança acompanhada por um adulto com o qual não possui vínculo familiar está em situação de tráfico.

O Parecer Consultivo ainda dispõe que mesmo quando as crianças não possuírem documentação, não poderão ter seu ingresso no país negado por autoridades fronteiriças, não devendo exigir de menores documentação que eles não podem ter, devendo encaminhá-las ao pessoal competente a realizar sua proteção e cuidado. Ainda que a identificação não seja possível, para promover a facilitação das buscas pela criança desacompanhada, deverá ser realizado um cadastro de todas as crianças que entram no país, para garantir também a proteção de seus direitos.

O procedimento de avaliação do melhor interesse da criança, iniciado logo do ingresso do menor desacompanhado pela fronteira, deverão contar, inclusive, com a presença de um intérprete, quando este se fizer necessário, seguindo os parâmetros do BID do ACNUR, porém estabelecendo parâmetros mais específicos de atuação, como por exemplo, dentre os objetivos prioritários do procedimento nas Américas, quais sejam:

(i) tratamento conforme sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma; (ii) determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada; (iii) determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida; (iv) obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e (v) adoção, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial.

Essa ampliação da atuação quanto a crianças desacompanhadas promove proteção adicional à criança em um contexto regional, levando-se em consideração que, em inúmeros outros lugares do mundo, como Inglaterra, Nova Zelândia e Alemanha, adotam-se reservas à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, pois, para esses países, seu texto não poderia ser interpretado no sentido de “evitar o exercício da jurisdição do Estado para controlar o ingresso, permanência e saída dos seus não-nacionais do território” (ARAUJO, 2015).

Isso se reflete de forma especialmente negativa na vida dessas crianças, pois a criança não tem voluntariedade sobre a intenção da família em migrar, não sendo um sujeito ativo nos processos. No entanto,

Como se ensina nas primeiras lições em todo curso de direito, a distância entre norma e prática não é um problema para a teoria do direito. Em outras palavras, o fato de que as crianças migrantes tenham dificuldade de gozar direitos humanos básicos não significa que não sejam destinatárias desses direitos, mas tão somente que as normas jurídicas estão sendo descumpridas. Nada mais que um simples problema de efetividade. Contudo, a questão torna-se teoricamente mais complexa quando não é possível identificar violações concretas de obrigações jurídicas pelo Estado, e parece que este é o caso (ARAUJO, 2015).

Assim, o que se percebe, sobretudo no texto do parecer, é a necessidade de se garantir a proteção à infância em todos os processos, levando-se em consideração a profunda vulnerabilidade, pelo processo de migração em si, e pela idade, à qual essas crianças estão submetidas, e que migrar, por si só, não deve ser motivo para detenção, principalmente em contextos de migração forçada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como fruto da preocupação da comunidade internacional com a proteção especial que deve ser conferida às crianças, em todos os processos que as envolvam, uma série de documentos normativos referentes à salvaguarda de seu melhor interesse foram implementados a nível mundial, conferindo ao Estados um elemento a mais para garantir que nenhum menor será deixado para trás sob sua égide, até que se chegasse ao mais moderno dos textos sobre o assunto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e seus respectivos Protocolos Facultativos, entre eles, o que se refere a crianças expostas a situações de conflito armado.

Tais documentos, resultado de esforços da comunidade internacional em garantir maior amparo às crianças, realizam dentro do sistema internacional de Direitos Humanos o surgimento de um princípio fundamental à proteção da infância: o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Destinado a garantir que os melhores interesses das crianças sejam levados em consideração em qualquer situação, tal princípio norteia a atuação dos Estados e da sociedade, de forma geral, quando do endereçamento de situações que envolvam riscos a menores. Ainda, o Princípio do Melhor Interesse, proporcionalmente, torna-se mais necessário quanto maior a vulnerabilidade da criança em questão, o que é notadamente agravado em situações de deslocamento forçado.

A complexa dinâmica das crianças em processos de migração é endereçada por políticas que possuem como destinação redefinir a realidade dessas crianças, sujeitas a incontáveis riscos. Orientados pelo Princípio do Melhor Interesse, diversos órgãos destinam-se a realizar avaliações acerca dos riscos corridos por crianças desacompanhadas em contextos de deslocamento humano.

Dentre tais órgãos, encontra-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que desenvolve políticas efetivas de proteção às crianças desacompanhadas em deslocamento, como a Best Interest Determination (BID), de forma a aproximar essas crianças, que se encontram em condição de vulnerabilidade, de soluções duradouras e acolhedoras, sem ignorar as características específicas de sua tenra idade.

O procedimento influenciaria as determinações do Parecer Consultivo OC-21/14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitido sob solicitação da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, determinando e ampliando o disposto a nível internacional, acerca do princípio da não-detenção infantil e do tratamento de crianças desacompanhadas nas Américas, em consonância aos principais documentos internacionais proteção a infância e o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a que nenhuma criança, ainda que desacompanhada, seja detida indevidamente e/ou sofra com o desamparo do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Emergency Handbook – best interests procedure for Children**. [2013] Disponível em: <<https://emergency.unhcr.org/entry/44309/best-interests-procedure-for-children>> Acesso em: 30 mar. 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). UNHCR: **Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**. Genebra: UNHCR, 2008.

ARAUJO, Natália Medina. “Migrantes indocumentados: histórias e aporias” in: GALINDO, George B (org). **Migrações, deslocamentos e direitos humanos**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Civil, Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, 2015, pp. 25-34.

BARGACH, Jamila. **Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret; Adoption In Morocco**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

CHESTER, L. Unaccompanied asylum-seeking young people. In: **The Russell House Companion to Working with Young People** (eds F. Factor, V. Chauhan & J. Pitts). Lyme Regis: Russell House Publishing, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf)> Acesso em: 20 jun. 2019.

ENSOR, Marisa O. **Children and migration: At the crossroads of resiliency and vulnerability**. Nova York: Springer, 2010.

FELLER, Erika. “A Convenção para Refugiados, aos 60 anos: ainda adequada a seu propósito?” in **Cadernos de Debates - Refúgio, Migrações e cidadania**. vol. 06, n. 06, 2011, pp. 13-51.



INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC). **Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children**. Geneva: Central Tracing Agency and Protection Division, 2004.

KOHLI, Ravi KS; MITCHELL, Fiona Mitchell. **Working with unaccompanied asylum seeking children: issues for policy and practice**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 29 mar. 2019.

UNHCR. **Global Trends: Forced Displacement in 2017**. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>> Acesso em: 22 mar. 2019.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)> Acesso em: 30 mar. 2019.

UNICEF. **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2019.

UNICEF. **Harrowing Journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation**. [2017] Disponível em: <[https://www.unicef.org/publications/files/Harrowing\\_Journeys\\_Children\\_and\\_youth\\_on\\_the\\_move\\_across\\_the\\_Mediterranean.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/Harrowing_Journeys_Children_and_youth_on_the_move_across_the_Mediterranean.pdf)> Acesso em: 30 mar. 2019.

UNICEF. **Report - Uprooted in Central America and Mexico: Migrant and Refugee Children face a vicious cycle of hardship and danger**. [2018] Disponível em: <<https://www.unicef.org/lac/media/3116/file>> Acesso em: 22 mar. 2019.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (UNCRC). **General Comment No. 6 (2005)** - treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2019.

# O DISCIPLINAMENTO NORMATIVO DAS FRONTEIRAS NO MERCOSUL: DESAFIOS JURÍDICOS PARA A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E PARA GESTÃO DAS MIGRAÇÕES NO ESPAÇO REGIONAL

**João Mauricio Malta Cavalcante Filho**

Doutorando e Mestre em Direito Internacional (UFPE). Bolsista (CAPES).

**Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**

Doutora em Direito (UFPE). Professora da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

## INTRODUÇÃO

As experiências de integração regional têm afetado as competências tradicionais atreladas à soberania nacional, na medida em que alteram a dinâmica desenvolvida entre fronteiras, territórios e mobilidade. Em um contexto internacional, marcado pela globalização econômica e por diferentes espécies de regionalismos, surgem sistemas jurídicos regionais, caracterizados como esferas normativas intermediárias, distintas do direito interno e do direito internacional, que passam a produzir normas disciplinadoras de temas classicamente associados ao Estado-Nação, como a gestão da mobilidade humana e o controle de fronteiras no espaço integrado.

Os blocos econômicos, sobretudo aqueles que optaram por conformar o mercado comum, passam a ter interesse em disciplinar a livre circulação de pessoas, em promover o controle integrado de fronteiras e a fomentar um tratamento jurídico harmônico das migrações. Nesses modelos integracionistas, as normativas regionais vigoram ao lado das regras internas dos Estados que compõem os arranjos de integração. Em consequência, a ordem jurídica regional enseja um esforço de harmonização e adaptação normativa, no intuito de favorecer os deslocamentos intrarregionais e disciplinar, de forma integrada, os fluxos extrarregionais.

Em face do panorama apresentado, o presente artigo aborda a temática do disciplinamento normativo das fronteiras nos processos de integração regional, com especial enfoque nos impactos do controle fronteiriço para a mobilidade humana. Para tanto, utiliza como objeto de análise a experiência concreta de integração desenvolvida no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). O problema investigado, por sua vez, envolve as tentativas de regulamentação das fronteiras no âmbito mercosulino, uma vez que as fronteiras regionais têm passado por constantes processos de abertura e fechamento com objetivo de disciplinar a mobilidade humana.

A problemática das fronteiras é marcante no contexto mercosulino, o que justifica a opção de estudo por este modelo, já que o bloco tem formulado regras regionais no sentido de implementar um controle integrado de fronteiras, de modo a consolidar o direito à livre circulação como corolário do mercado comum. Paralelamente, o arranjo sul-americano é desafiado a conferir tratamento jurídico favorecido aos cidadãos regionais e a harmonizar as migrações no espaço integrado. Ademais, o incremento da mobilidade nesses espaços, em que as pessoas circulam na condição de trabalhadores, turistas, prestadores de serviços e estudantes em mobilidade, coloca desafios jurídicos adicionais ao MERCOSUL, que busca desenvolver estratégias para disciplinar as fronteiras regionais e os direitos de mobilidade que podem ser exercidos no espaço comum, enquanto tenta lidar com a forte intergovernabilidade prevalecente na região.

Diante da problemática apresentada, tem-se como objetivo geral analisar a regulamentação jurídica das fronteiras no MERCOSUL e os seus impactos para a circulação de

peças. Especificamente, objetiva-se apontar as normativas regionais que tratam do controle de fronteiras; investigar a evolução normativa da livre circulação de pessoas e da gestão das migrações; e discutir os desafios jurídicos subsistentes em matéria de mobilidade e fronteiras.

Para atingir os objetivos propostos, pauta-se em uma abordagem metodológica qualitativa, utilizando-se do método dedutivo e da revisão bibliográfica, sob marco teórico do Direito da Integração Regional e da Teoria da Integração Econômica, em cotejo com os fundamentos da governança migratória regional. Como dado primário, a pesquisa analisa a legislação mercosulina pertinente, em especial: os Acordos de Recife sobre o controle integrado de fronteiras, os Acordos de Migração e Residência, e o Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL.

Tendo em conta o percurso da investigação, o artigo aborda, na parte inicial, os fundamentos jurídicos do processo mercosulino, com foco nas normativas regionais referentes às fronteiras. Na sequência, apresenta-se a evolução do tratamento da livre circulação de pessoas e da gestão migratória no bloco. Ao final, discutem-se os desafios e os impactos do modelo mercosulino de gestão de fronteiras para a mobilidade humana.

## **INTEGRAÇÃO REGIONAL E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO MERCOSUL**

A integração regional é configurada como um processo de associação interestatal (DIZ; JAEGER JÚNIOR, 2015, p. 140), sob bases jurídicas específicas, que tende a conformar uma organização de alcance regional com personalidade jurídica destinada à consecução de objetivos comuns. O bloco de integração enseja um esforço significativo de interação por parte dos Estados dispostos a participarem do arranjo regional, na medida em que leva à formação de uma esfera jurídica própria, que interage com a ordem jurídica interna e internacional, e que se destina a disciplinar as relações jurídicas desenvolvidas no espaço integrado.

Os blocos econômicos de integração, por sua vez, consolidam-se em um contexto de internacionalização da economia, marcando a proliferação de experiências integracionistas, após sucessivas ondas de regionalismo (OSTHUS, 2013, p. 15), sobretudo no cenário pós-Segunda Guerra Mundial. A partir de novos contornos dados às competências soberanas clássicas atreladas ao Estado-nação (DANTAS; SILVESTRE; MAIOR; 2018, p. 40), em face dos processos de regionalização e associativismo entre Estados (BARZA, 2005), e com a globalização econômica, em um contexto de interdependência, as nações foram levadas a desenvolverem novas formas de interação, revelando-se a integração regional como alternativa para os desafios apresentados.

Os arranjos regionais apontam possibilidades jurídicas e institucionais aos Estados, que visam encontrar soluções normativas mutuamente acordadas para enfrentamento de problemas comuns, como o desenvolvimento das regiões, o estímulo ao comércio recíproco, e a projeção e inserção das nações, de forma mais eficiente, no comércio multilateral, na medida em que funcionam como blocos de pressão em instâncias internacionais. Ademais, a depender do nível de integração alcançado, o modelo regional pode transcender os objetivos econômicos e levar à criação de um espaço integrado em que se estabelecem direitos e deveres tutelados no âmbito regional, o que afeta diretamente os cidadãos dos países do bloco, conferindo-lhes uma condição jurídica especial no que tange às facilidades de circulação, residência, trabalho, estudo e passagem fronteiriça, cujas normativas estão assentadas na ordem jurídica especificamente criada.

Em consequência, as transformações apresentadas pelos blocos econômicos tendem a alterar as relações tradicionais desenvolvidas entre Estados, fronteiras e mobilidade humana (SANT'ANNA, 2013, p. 1.172), sobretudo a partir da fase do mercado comum, caracterizada pela criação de um espaço integrado, em que se observa a livre circulação de bens, serviços, capitais e

pessoas. No contexto sul-americano, em especial, emerge uma experiência concreta, ilustrativa da discussão em comento, a partir da consolidação do MERCOSUL. Isso porque o bloco, criado inicialmente com funções marcadamente econômicas, passou a constituir um sistema regional de disciplinamento da gestão fronteiriça e migratória, valendo-se de uma estrutura institucional e normativa própria, cujos fundamentos se discutem a fim de traçar o panorama jurídico sob o qual se analisa a regulamentação das fronteiras e das migrações.

De início, é importante pontuar que o MERCOSUL se configura como um bloco econômico, criado pelo Tratado de Assunção de 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, que tem como objetivo instituir um mercado comum entre os países sul-americanos. Constituiu-se como organização de alcance regional que busca promover a liberalização de fatores de produção entre os Estados Partes, com base no direito da integração regional. Como aponta BUENO (2010, p. 69), o projeto foi firmado para fortalecer as posições comerciais da região frente à globalização da economia, muito embora, com a evolução do processo, o arranjo mercosulino tenha inovado para além da esfera comercial, alcançando maior integração também nos aspectos jurídicos, fronteiriços, migratórios e das populações dos países signatários.

No que tange às origens recentes, o processo que resultou na formação do bloco traçou contornos mais nítidos a partir da década de 1980, impulsionado por grandes mudanças no ambiente internacional e na necessidade de reestruturar os países sul-americanos (CAICHILO, 2017, p. 121). Os Estados da região optaram por abordar problemáticas comuns, como altas taxas de inflação, protecionismo e desemprego, desenvolvendo relações interestaduais mais estreitas. A ideia de que os interesses comuns poderiam ser abordados de forma mais eficaz por meio da convergência e da cooperação inspirou o associativismo, buscando promover o desenvolvimento conjunto, o fortalecimento das economias nacionais, e uma melhor inserção na sociedade global.

Como reforça VILLAMAR (2018, p. 134), o MERCOSUL nasceu no marco do novo regionalismo aberto, tendo como antecedentes diretos a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), em 1960, e sua substituta, a Associação Latino-americana de Integração (ALADI), em 1980, que conferiu maior abertura aos países para celebração de acordos de alcance parcial, com o objetivo de alcançar convergência no mercado comum latino-americano. Ademais, nas origens do bloco, destacam-se os compromissos e acordos de cooperação bilaterais subscritos por Brasil e Argentina, assim como a colaboração mantida por esses países com Uruguai e Paraguai. Em outros termos, tinha-se como objetivo desenvolver um regionalismo assentado em uma ordem jurídica própria, no sentido de unir esforços para que o mercado comum pudesse implicar na livre circulação de fatores produtivos, além de estabelecer uma tarifa externa comum e a implementação de uma política comercial em face de Estados terceiros.

Como se observa, o MERCOSUL traz uma dimensão econômica significativa do projeto associativista no cone sul. Sob o enfoque econômico, conforme a visão clássica da integração regional, o projeto integracionista ocorre em etapas sucessivas, na medida em que constitui um processo tendente à eliminação das discriminações entre as economias nacionais e que leva à formação de um espaço econômico comum (BALASSA, 1961, p. 12), cujas fases envolvem área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração econômica total. Para fins deste artigo, interessa mais especificamente a etapa do mercado comum, uma vez que esta é a fase que o acervo mercosulino busca estabelecer, não obstante ainda se configure como uma união aduaneira incompleta (PATRÍCIO, 2013, p. 46).

No mercado comum, demanda-se a gradual liberalização das barreiras físicas e tarifárias ao trânsito dos fatores produtivos no interior dos blocos, para promover a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas. Como corolário, há um afrouxamento das fronteiras, ou mesmo a eliminação dos postos internos de controle fronteiriço, como já ocorre em outras experiências

regionais, como a União Europeia (UE). Ademais, são adotadas medidas instrumentais ao mercado comum, como a busca por uma política migratória harmônica, a uniformização dos documentos de viagens válidos no espaço regional, o controle integrado de fronteiras e a facilidade de acesso aos direitos laborais e previdenciários, cujas normativas representam um dos principais desafios do modelo mercosulino. Ao tratar da experiência do MERCOSUL, JAEGER JÚNIOR (2004, p. 151) relembra que um projeto de integração objetiva constituir um todo com partes, isto é, um espaço econômico ampliado, no qual a interdependência se faça presente, em que os efeitos em um participante se processam nos demais, visando um propósito comum, tanto do ponto de vista do fluxo de bens e serviços, quanto do fluxo de pessoas.

Sob o aporte jurídico, o arranjo em análise se fundamenta em acordos internacionais na busca por soluções de problemas comuns, em que se consolida o direito mercosulino, através da estrutura intergovernamental, que está associada a uma dinâmica flexível fruto de entendimentos entre governos (DRUMMOND, 2011, p. 277), bem como à necessidade de incorporação normativa das regras regionais, e à necessidade de adequação dos ordenamentos jurídicos internos ao sistema regional. A partir da intergovernabilidade prevalecente, coloca-se o ritmo da integração e da incorporação normativa a cargo de cada Estado Parte, principalmente porque o bloco abarca Estados de soberanias jovens, que ainda relutam em conferir aspectos tão relevantes da soberania nacional para instituições regionais, preferindo a via dos acordos específicos de cooperação, em detrimento de estratégias mais incisivas de integração, como a adoção de agências comunitárias para controle de fronteiras ou políticas comuns de migração, por exemplo.

Neste ponto, cabe destacar que o modelo mercosulino optou, desde o Tratado de Assunção, pela estratégia da harmonização das legislações pertinentes para alcançar maior integração jurídica entre os Estados Partes, modelo esse que se mostra consentâneo com a estrutura intergovernamental do bloco e com o direito regional. O modelo contrasta com outras experiências integrativas, como a UE, que optou por uma atuação mais direta do sistema jurídico regional. A partir do método comunitário, o bloco europeu consolidou a supranacionalidade institucional, regida pelos fundamentos do direito comunitário ou europeu, que garante a aplicabilidade imediata, o efeito direto e a primazia das normas europeias (DIZ; CARNEIRO, 2017), o que implica em uma ação mais efetiva sobre temas associados à soberania nacional, como a circulação de pessoas e a gestão de fronteiras.

O direito mercosulino, por seu turno, abarca fundamentos jurídicos peculiares, como a gradualidade na implementação progressiva das ações exigidas para o mercado comum; a flexibilidade, atrelada à liberdade de forma conferida aos países para incorporarem as disposições dos tratados constitutivos; o equilíbrio, que evoca a igualdade jurídica e o compartilhamento dos ônus e vantagens da integração; e a reciprocidade, materializada em compromissos recíprocos e na utilização de mecanismos de controles mútuos de aplicação de normas pelos países (DIZ; JAEGER JÚNIOR, 2015). A estrutura normativa do MERCOSUL afeta os compromissos econômicos assumidos, mas, também, afeta o modelo de gestão de fronteiras e de gestão da mobilidade humana no bloco, que ainda está na dependência dos Estados Partes. Em vez de transferências significativas de competências estatais, a ordem jurídica mercosulina apostou em esforços contínuos de harmonização entre os Estados, no sentido de disciplinarem o funcionamento do espaço integrado, cooperando na adoção de um controle coordenado de fronteiras, na gestão harmônica das migrações e na implementação da livre circulação de pessoas.

No que tange à evolução institucional, após o Tratado de Assunção, o MERCOSUL buscou avançar nos objetivos regionais, a partir de uma maior convergência comercial e de uma maior sistematização normativa. Através do Protocolo de Ouro Preto (1994), alcançou-se a institucionalização do bloco, composto pelo Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior

que se manifesta mediante decisões; Grupo Mercado Comum (GMC), órgão executivo que se manifesta mediante resoluções; e Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), responsável pela assistência em matéria comercial. O arranjo mercosulino seguiu alterações estruturais, buscando alcançar maior eficiência na condução da integração, com a criação do Tribunal Permanente de Revisão, por meio do Protocolo de Olivos de 2002; a criação do Tribunal Administrativo Trabalhista; e a criação do Parlamento do MERCOSUL, com Protocolo Constitutivo de 2005. Paralelamente, alargou sua influência na América do Sul, com o ingresso da Venezuela como membro pleno desde 2012, mas que está suspensa por violação da cláusula democrática do Protocolo de Ushuaia, enquanto Bolívia se encontra em processo de adesão, ao passo que Chile, Colômbia, Equador, Peru, Guiana e Suriname integram o bloco com *status* de Estados Associados.

Do ponto de vista da dimensão social, desde a segunda metade dos anos 1990, o bloco tenta avançar na matéria, a partir de acordos regionais. O direito do MERCOSUL passou a editar normativas com vistas à facilitação do trabalho para o migrante regional, à facilitação de acesso aos direitos previdenciários, ao direito de residência, de circulação, bem como buscou consolidar um controle integrado das fronteiras regionais. Como ressalta VILLAMAR (2018, p. 140), este processo revela tendência de aprofundamento das relações interestatais, além da dimensão comercial e econômica, que sempre marcaram as discussões do bloco.

Seguindo o processo de diversificação da agenda de integração, a partir de 2010, o MERCOSUL busca consolidar um estatuto da cidadania regional (MOURA, 2018, p. 137), conferindo uma condição jurídica favorecida aos nacionais dos países do bloco, em matéria de estudo, trabalho, residência, previdência, deslocamentos regionais e integração fronteiriça, em que as fronteiras passam a ser reconhecidas como espaços essenciais para a consolidação do projeto regional de cidadania e de integração como um todo. Em linhas gerais, é possível notar que o bloco passou por uma evolução institucional significativa, valendo-se de um sistema normativo que objetiva disciplinar temas de interesse para a integração, cujas relações entre fronteiras e mobilidade têm se tornado cada vez mais relevantes para o espaço regional.

## **O DISCIPLINAMENTO NORMATIVO DE FRONTEIRAS NO MERCOSUL**

Como observado, a integração regional, inicialmente desenvolvida para melhor lidar com os desafios e necessidades econômicas de uma sociedade globalizada, multipolar e marcada pela proliferação de regionalismos, enseja, ela própria, novos desafios, sobretudo em termos de mobilidade humana e fronteiras. Ao alterar as tradicionais relações desenvolvidas entre Estados, territórios, fronteiras, soberania e mobilidade de pessoas, as competências classicamente atreladas ao Estado-nação, como a gestão fronteiriça e a mobilidade humana, passam a ser objetos de normativas regionais, ao lado das disposições de direito interno e direito internacional.

Especialmente em relação às fronteiras, espaços sensíveis ao projeto de integração, as normativas regionais representam fator de destaque nessas experiências interestatais, pois um o processo de integração que trava nas fronteiras dificilmente poderá prosseguir (ALVAREZ, 2010, p. 69). As áreas de fronteiras se tornam não apenas os limites dos países individualmente considerados, mas, também, os limites do arranjo integrativo como um todo (PAPADODIMA, 2011, p. 192). Tendo em vista que são espaços fundamentais para o gerenciamento aduaneiro, migratório, sanitário e de segurança, tem-se evocado a atuação das instâncias regionais para produção de normas que disciplinem uma fronteira flexível à circulação dos fatores produtivos, cuja mobilidade deve ser facilitada no âmbito dos acordos regionais assumidos. Simultaneamente, o bloco é desafiado a gerenciar, de maneira integrada, segura e humanitária os limites regionais exteriores. Em consequência, os espaços fronteiriços passam por constantes processos de abertura e fechamento normativo, uma vez que tendem a se abrir para facilitar o fluxo dos fatores

produtivos no interior dos espaços integrados, enquanto que, paralelamente, podem se enrijecer seletivamente para os fluxos extra bloco, inclusive de pessoas.

Forma-se, portanto, um duplo jogo de fronteiras, as quais se abrem para os nacionais dos blocos e as pessoas autorizadas a circular, e se tornam seletivamente fechadas para nacionais de países terceiros (MOURA, 2015, p. 633), a depender do respectivo *status* migratório. No contexto mercosulino, principal objeto de análise deste artigo, não se identifica uma agência supranacional para gestão das fronteiras, tampouco se observa uma completa abolição de fronteiras internas, senão mera facilitação dos controles para favorecer o deslocamento intrarregional, com vistas à promoção da livre circulação de pessoas em obediência ao objetivo de constituir um mercado comum, diferentemente do que ocorre em modelos de integração mais aprofundados, como a UE. Não obstante a ausência de um modelo comunitário, o bloco sul-americano desenvolve, desde a sua criação, normativas regionais tendentes ao disciplinamento das fronteiras, porque as reconhece como espaços essenciais para a consolidação do projeto de integração.

Inicialmente voltadas às matérias aduaneiras e alfandegárias, as regras regionais relativas às fronteiras do MERCOSUL evoluíram junto ao bloco, buscando garantir um controle integrado, a prevalência da dimensão social e a facilitação da integração de populações fronteiriças. A evolução regional da regulamentação das fronteiras mercosulinas foi considerável, a ponto de reconhecer os espaços fronteiriços como áreas que devem ser disciplinadas para implementar a livre circulação de pessoas e para a consolidar a cidadania mercosulina. Em tese, ao cruzar as fronteiras regionais, o cidadão do bloco não perde seus direitos no país de acolhimento. Em outros termos, as normativas regionais que tratam da gestão de fronteiras no MERCOSUL não mais se restringem a questões aduaneiras, alfandegárias, nem mesmo de segurança, mas tendem a impactar a condição jurídica do estrangeiro e facilitar os direitos de mobilidade exercidos no espaço integrado (MODOLO, 2015), estabelecendo uma dinâmica mais favorável ao estrangeiro regional, que pode ser considerado cidadão do bloco, com tratamento privilegiado no espaço comum.

As normativas mercosulinas destinadas ao disciplinamento das fronteiras tendem a impactar a circulação de cidadãos e os direitos de trabalho e residência dos migrantes regionais, enquanto buscam implementar um controle integrado, apostando na cooperação e na harmonização dos procedimentos de controle fronteiriço entre os Estados Partes, sem suprimir suas competências soberanas. Diante desses impactos da gestão fronteiriça para a integração, passa-se a analisar, especificamente, a evolução normativa das fronteiras no arranjo mercosulino.

Em relação à evolução normativa do MERCOSUL na área de gestão fronteiriça, é possível notar que o regime de administração integrada do trânsito de nacionais em fronteiras, estabelecido nos primeiros anos do bloco, passou a ser complementado por um sistema geral de cooperação em assuntos migratórios, fazendo surgir uma visão mais ampla da mobilidade humana, a partir da necessidade de definição e regulamentação de um conjunto de demandas relativas à circulação de pessoas (MENDES, 2016, p. 85). Dentre as preocupações do bloco, destacam-se a residência temporária e permanente, os direitos trabalhistas e previdenciários, e o acesso a benefícios sociais em igualdade de condições com os nacionais dos demais países mercosulinos, ao lado das preocupações tradicionais associadas à área fronteiriça nas questões aduaneiras, sanitárias e de segurança.

Em linhas gerais, a evolução do disciplinamento das fronteiras acompanhou a lógica geral de evolução do MERCOSUL (DESIDERÁ NETO; PENHA, 2016, p. 34). Inicialmente, as normativas adotadas no âmbito do processo regional regulamentavam, predominantemente, os aspectos comerciais e aduaneiros, reconhecendo o trânsito de pessoas apenas de forma incidental. Na sequência, observam-se preocupações normativas com a gestão das faixas de fronteiras como espaços para favorecer a circulação de trabalhadores regionais e a integração da população

residente em área fronteiriça. Em seguida, têm-se normas regionais voltadas à garantia da circulação dos migrantes regionais, buscando facilitar os deslocamentos no bloco, bem como o incremento das instâncias regionais responsáveis por gerenciar os espaços fronteiriços. Finalmente, observa-se uma tentativa de disciplinar a fronteira enquanto espaço de efetivação da cidadania regional, em que se destaca o direito de livre circulação de pessoas no espaço integrado.

No período de transição do MERCOSUL, entre 1991-1994, a ênfase das regras regionais assentava-se em uma lógica comercial e livre-cambista. Em consequência, as normativas focavam no disciplinamento dos aspectos comerciais e aduaneiros das fronteiras, tanto que o tema era tratado no subgrupo de trabalho relativo a assuntos aduaneiros. Dentre as normativas elaboradas no período, menciona-se a Resolução do GMC n. 03/91, que reconheceu a necessidade de implementar o funcionamento permanente de aduanas de fronteiras. Ademais, menciona-se a Resolução do GMC n. 04/91, relativa aos formulários de cargas e aduanas, objetivando simplificar e harmonizar os formulários, a fim de facilitar o trânsito de bens entre os países, reduzindo o tempo de demora e o custo de passagem pela fronteira.

A principal normativa do período, porém, foi a Decisão CMC n. 05/93, conhecida como Acordo para a aplicação dos controles integrados em fronteira entre os países do MERCOSUL, ou Acordo de Recife, que regulamenta o controle integrado nas passagens fronteiriças. O controle integrado, por sua vez, é entendido como a atividade realizada em um ou mais pontos de fronteira, utilizando procedimentos administrativos e operacionais compatíveis e semelhantes de forma sequencial e, sempre que possível, simultânea, pelos funcionários dos distintos órgãos que intervêm no controle, buscando facilitar os fluxos de bens e pessoas entre os países da região, nas áreas de controle integrado. Nos termos do acordo, as áreas de controle integrado são concebidas como as partes do território do país sede onde se realizam os referidos procedimentos coordenados de controle por parte dos funcionários dos países, enquanto que o ponto de fronteira é concebido como o lugar de vinculação entre os Estados, habilitado para a entrada e a saída de pessoas, mercadorias e meios de transporte de pessoas e cargas. Em síntese, o acordo é caracterizado pela unificação dos controles de saída e entrada em uma única área, simplificando e agilizando os procedimentos usuais de travessia de fronteiras (OIM, 2018, p. 89).

No período, destacam-se, ainda, as Resoluções GMC n. 03/94 e 08/94, relativas aos pontos de fronteira, que apresentam uma listagem nominal das áreas de controle integrado de fronteiras, além de reconhecerem os pontos de controle integrado de trânsito vicinal e turístico, e o controle integrado de cargas; bem como a Resolução GMC n. 127/94, que busca harmonizar o horário de funcionamento nos dias úteis dos pontos de fronteira. Portanto, no período de transição, as regras mercosulinas buscavam disciplinar procedimentos padrões de controle e instrumentalizar as áreas de controle integrado, a fim de melhorar o trânsito de bens, veículos, e, incidentalmente, pessoas.

No período de institucionalização do bloco, entre 1995 e início dos anos 2000, a lógica livre-cambista permaneceu influente. Do ponto de vista jurídico, as fronteiras passaram a ser disciplinadas a partir de questões técnicas e comerciais específicas, ao lado de normativas que buscavam promover uma maior integração das pessoas residentes em áreas fronteiriças. Como exemplo, destaca-se a Resolução GMC n. 77/99, relativa ao horário de atendimento em pontos de fronteira; bem como algumas normativas sobre o trânsito vicinal de pessoas residentes em áreas de fronteiras, como a Decisão CMC n. 18/99, que propôs a criação de credencial de trânsito para alcançar direitos de mobilidade favorecidos a certos nacionais dos países do bloco que residem em áreas fronteiriças, e que, portanto, estão sujeitos a interações transfronteiriças com mais intensidade, tentando avançar na livre circulação em cidades gêmeas e ampliando preocupações regionais em torno da integração fronteiriça (DESIDERÁ NETO; PENHA, 2016).



Destaca-se, ainda, a Decisão CMC n. 02/99 que buscou adotar medidas para a simplificação operacional e dos trâmites de comércio exterior e de fronteira; e a Decisão CMC n. 16/99 que regula a restituição de veículos automotores terrestres ou embarcações que transpõem ilegalmente as fronteiras entre os Estados Partes, objetivando aumentar a cooperação das partes no combate aos delitos de alcance transnacional. Em termos de segurança, surgem normativas específicas, como as Decisões CMC n. 22 e 23/99, que instituíram o Plano Geral de Cooperação e Coordenação Recíproca para a Segurança Regional, com preocupações de incrementar a cooperação, coordenação e assistência recíproca entre os Estados em ações transfronteiriças como tráfico de pessoas, narcotráfico, roubo de veículos e lavagem de ativos. No entanto, no MERCOSUL, ao menos do ponto de vista jurídico, não se verificam, com tanta frequência, normativas que invoquem o fechamento de fronteiras, o endurecimento e a securitização dos limites do bloco, ou mesmo o tratamento do estrangeiro como uma ameaça ao espaço regional. Sobretudo ao se comparar com outras experiências em que a securitização de fronteiras, “um dos maiores desafios do regionalismo” (SOUZA, 2018, p. 255), tem levado a um verdadeiro processo de securitização da própria mobilidade humana, como na UE. No MERCOSUL, as regras regionais sobre fronteiras privilegiam a cooperação integrada entre os países, no intuito de promover as liberdades do mercado comum, integrar os residentes fronteiriços e reconhecer as fronteiras como espaços de concretização dos direitos de cidadania.

Na sequência da evolução estudada, partir dos anos 2000 até 2010, observou-se um período de guinada normativa no MERCOSUL (AGUIRRE; MERA; NEJAMKIS, 2010, p. 60) em termos de fronteiras e migrações. Nessa fase, constata-se o relançamento da dimensão social do bloco, com a adoção de normativas específicas sobre os direitos dos migrantes regionais, que transcendem as disposições unicamente comerciais e tarifárias, cujas temáticas nortearam as primeiras fases do bloco. Após normativas como o Acordo Multilateral para a Seguridade Social, de 1997, e a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, de 1998, que traz regras específicas para os trabalhadores migrantes e fronteiriços, em seu art. 4º, firmam-se compromissos para adoção de procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas fronteiriças, adotando-se ações posteriores para melhorar as oportunidades de emprego, regularizar as situações migratórias e fomentar a mobilidade. Em outros termos, busca-se consolidar um panorama jurídico regional para a tutela da mobilidade humana.

No âmbito da gestão fronteiriça, o período de guinada tratou a temática de fronteiras em grupos de trabalho específicos do MERCOSUL, isto é, em fóruns de diálogo regional pré-normativo, buscando facilitar a concertação política e favorecer a integração fronteiriça, a partir da consolidação de um espaço regional, conforme aponta GOMES (2017, p. 10). Dentre os grupos criados, destaca-se o Grupo *ad hoc* sobre Integração Fronteiriça (GAHIF), estruturado pela Decisão CMC n. 05/2002, com função de criar instrumentos normativos que promovessem a integração das comunidades fronteiriças, objetivando melhorar a qualidade de vida das populações, sem prejuízo para os regimes nacionais ou bilaterais sobre a mobilidade humana. Menciona-se, ademais, a criação do Foro Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos (FCCR), com função de promover o estímulo ao diálogo e cooperação entre as entidades subnacionais dos países mercosulinos, em temas como integração produtiva, cidadania regional e integração fronteiriça. Tem-se, ainda, a criação do Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM), em 2004, como um fundo para o financiamento de projetos que promovam a redução das assimetrias entre os países, com destinação prioritária para a região de fronteira, bem como a criação do Grupo de Trabalho de Integração Fronteiriça, com o objetivo de promover estudos e seminários sobre o tema, “incorporando para si a função de estabelecer um fluxo formal de colocação de demandas das entidades subnacionais de fronteiras perante os governos centrais” (DESIDERÁ NETO; PENHA, 2016, p. 35).

A criação de grupos de trabalhos específicos voltados para áreas de fronteiras caracteriza uma estrutura peculiar do bloco, que tenta consolidar uma governança regional em matéria fronteiriça, envolvendo Estados, unidades subnacionais e sociedade. Além disso, os grupos funcionam como fóruns de concertação política e espaços de discussão para as normas mercosulinas futuras sobre mobilidade humana e gestão fronteiriça, seguindo o intuito de convergir o disciplinamento de fronteiras na busca por um espaço efetivamente integrado.

Em termos de fronteira e mobilidade humana, no período de guinada normativa, as regras regionais buscaram disciplinar as fronteiras como um espaço não apenas de segurança, combate à criminalidade transfronteiriça, controle aduaneiro e sanitário ou de livre trânsito de bens, mas, principalmente, como um espaço de promoção da mobilidade territorial humana. Isso porque a fronteira se torna uma área de garantia da liberdade de circulação de pessoas, uma consequência do mercado comum, a fim de consolidar uma gestão migratória regional e um espaço integrado.

Como exemplos de normativas afeitas às migrações e à circulação de pessoas, que afetam diretamente a gestão de fronteiras, ressaltam-se os Acordos de Migração e Residência, instituídos na XXIII Reunião do Conselho Mercado Comum, ocorrida em Brasília em dezembro de 2002, cujas disposições serão tratadas com mais vagar na seção seguinte. Os referidos acordos promoveram a regularização migratória na região, a facilitação do direito de residência para os nacionais dos Estados Partes, além de estabelecer uma livre circulação fronteiriça bilateral, entre o país de nacionalidade e de acolhimento do beneficiário (MOURA, 2015, p. 641), contribuindo para um espaço de livre residência e para a circulação fronteiriça no bloco.

Ademais, foram editadas normativas que afetam o cotidiano da mobilidade territorial humana, como a Decisão CMC n. 18/08, que trata da harmonização dos documentos de viagens válidos para o trânsito de nacionais e residentes do MERCOSUL pelo território dos Estados Partes e Associados. Sob o aporte do disciplinamento de fronteiras, as decisões contribuem para a formação de um espaço integrado, desburocratizando e agilizando os controles para os sujeitos em mobilidade, garantindo uma passagem facilitada nas fronteiras internas, não só para os membros originários, mas também para os países associados. Em síntese, no período da guinada normativa, a fronteira deixa de ser vista como um espaço unicamente aduaneiro e alfandegário e se torna um lócus para a integração regional e para a garantia dos direitos de mobilidade humana.

Finalmente, a partir de 2010, inaugura-se a fase atual da cidadania regional no MERCOSUL, a partir do Plano de Ação para conformação do Estatuto da Cidadania, com a Decisão CMC n. 64/2010, com meta de concretização até 2021 (MOURA, 2018, p. 96). O plano estabelece metas de ação para consolidar uma condição jurídica favorecida aos nacionais dos Estados mercosulinos, de modo que doravante os estrangeiros regionais devem ser considerados cidadãos do bloco, com prerrogativas especiais no território dos demais Estados Partes, inclusive na mobilidade fronteiriça. Para atingir tais objetivos, a decisão traz três eixos principais de ação: implementação da política de livre circulação de pessoas; promoção da igualdade de direitos civis, sociais, culturais e econômicos; e garantia da igualdade de acesso ao trabalho, saúde e educação.

No que tange à fronteira, esta passa a ser considerada uma área prioritária para a implementação da cidadania mercosulina, com medidas específicas destinadas ao seu disciplinamento, sobretudo no pilar da livre circulação de pessoas (MERCOSUL, 2019). Como exemplo de ação para as fronteiras, tem-se a ampliação das áreas de controle integrado, que são espaços que facilitam a integração fronteiriça, ao incentivarem a cooperação operacional entre os Estados Partes em matéria aduaneira, migratória e sanitária, funcionando como uma alternativa à completa abolição de controle de fronteiras internas. O plano estabelece, ainda, a atualização do Acordo de Recife, que abarcou o Acordo de Complementação ao Acordo de Recife em matéria migratória, Decisão CMC n. 18/14, que objetiva agilizar a verificação da inexistência de restrições

ou impedimentos à travessia das fronteiras através da interconexão dos sistemas informáticos e de comunicações para o intercâmbio de informação e documentação pelas autoridades nacionais competentes. O plano da cidadania estrutura, também, a integração fronteiriça em localidades vinculadas, a fim de facilitar os direitos das populações residentes nessas áreas, como o exercício do trabalho, facilidade de trânsito, acesso ao ensino e atendimento médico. Em suma, no período de cidadania, a fronteira passa a ser disciplinada como um espaço para efetivação dos direitos do cidadão mercosulino, em especial o direito à circulação.

Pelo exposto, observa-se que o modelo de gestão de fronteiras do MERCOSUL seguiu períodos específicos de evolução normativa. Inicialmente, o direito regional disciplinou as fronteiras como espaços para favorecer o intercâmbio comercial e aduaneiro, atendendo à lógica livre cambista do bloco. Posteriormente, as fronteiras passaram a ser disciplinadas como espaços para concretização da livre circulação de trabalhadores, fomentando-se a integração das populações residentes em áreas fronteiriças e harmonizando os direitos de mobilidade dos migrantes regionais. Finalmente, as fronteiras têm sido regulamentadas como áreas essenciais para consolidação da cidadania regional, a fim de se consagrar os direitos de mobilidade dos cidadãos do bloco no espaço integrado, em uma base jurídica de nacionalidade, tentando-se efetivar a livre circulação de pessoas na região.

Do ponto de vista jurídico, o modelo de gestão fronteiriça do MERCOSUL segue a dinâmica intergovernamental e o direito da integração regional, não adotando instâncias supranacionais de controle, não abolindo as fronteiras internas ao bloco e respeitando a soberania nacional para gerenciar os limites territoriais. O que o arranjo sul-americano busca é harmonizar os procedimentos de controle integrado nas fronteiras, a partir da cooperação e da coordenação operacional entre os Estados Partes e Associados, com adoção de acordos específicos de alcance regional, buscando favorecer a circulação dos cidadãos do bloco e harmonizar o tratamento da gestão migratória regional, muito embora ainda permaneçam desafios inconclusos para garantir uma efetiva gestão da mobilidade humana, como se abordará na sequência.

## **O DISCIPLINAMENTO DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E DAS MIGRAÇÕES NO MERCOSUL**

O disciplinamento da mobilidade humana representa um dos principais desafios das experiências de integração, em geral, e dos sistemas regionais de gestão de fronteiras, em particular. Diante do incremento da mobilidade a nível internacional, associado à globalização e às conexões multiníveis estabelecidas entre os territórios, em que as pessoas circulam na condição de trabalhadores, turistas, estudantes, prestadores de serviços ou mesmo nos casos de deslocamentos forçados, observa-se uma verdadeira era das migrações, que transformam Estados e sociedades, afetando relações bilaterais e regionais entre países, bem como as questões de segurança, identidade e soberania nacional (CASTLES; MILLER, 2004). O incremento das migrações desafia as competências tradicionais de controle fronteiriço e de gestão da mobilidade humana dos Estados, que mantêm atribuições de controle, mas são instados a cooperarem com outros atores na governança dos fluxos migratórios, a nível interno, regional e internacional.

Sob aporte jurídico, as competências de controle migratório estão associadas ao direito interno e à definição da condição jurídica do estrangeiro no território nacional, isto é, na atribuição de controlar fronteiras e determinar quem entra, sai e permanece no território, assim com os direitos que poderão ser exercidos nos respectivos limites nacionais, o que ressalta, mais uma vez, a função de identidade e separação da fronteira em relação ao nacional e ao estrangeiro. Assim, a fronteira passa a ser a produtora do estrangeiro, reproduzindo a dualidade entre nacional e estrangeiro, interno e internacional, cidadão e imigrante.

No entanto, como observado, diante das transformações das competências tradicionais do Estado-nação, da globalização econômica, da consolidação de sistemas jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos e das experiências de regionalismos, observa-se o advento de sistemas de regulamentação da mobilidade humana que transcendem os Estados-nação, ao estabelecerem molduras de ação para as prerrogativas de controle fronteiriço e migratório em relação, por exemplo, aos compromissos internacionais assumidos pelo próprio Estado em matéria de direitos humanos e de reconhecimento do direito de migrar. Ademais, verificam-se compromissos regionais firmados por países participantes de projetos de integração, em que os Estados se comprometem a facilitar seletivamente os procedimentos de controle fronteiriço em face dos estrangeiros regionais, sobretudo no mercado comum, em situações de normalidade.

A globalização dos fluxos migratórios, sua heterogeneidade e seus potenciais desafios geram, ainda, uma politização progressiva do fenômeno, que resulta na complexidade do processo em relação aos atores que lidam com a gestão da mobilidade humana. Como consequência, verifica-se o aumento da cooperação interestadual, que leva à multiplicação de fóruns e espaços de discussão em nível nacional, regional e global, gerando uma governança multinível do fenômeno migratório. Especialmente no âmbito regional, a participação de empresas, organizações não-governamentais e organizações internacionais na formulação e implementação de políticas e sistemas de disciplinamento da mobilidade tem sido significativa, o que leva a uma governança regional da migração, entendida como um processo de cooperação entre múltiplos agentes, a fim de oferecer respostas mais adequadas e eficazes à mobilidade humana (GRANJA; VILLAMAR, 2017, p. 63), e que é desenvolvida no marco jurídico constituído por convenções e acordos regionais, complementados no bojo das organizações internacionais.

Sobre a relação entre mobilidade humana e regionalismos, WIHTOL DE WENDEN (2016, p. 19) relembra que as migrações internas e internacionais afetam quase todas as regiões do mundo. Para a autora, quando as categorias de migrantes e de países se tornam mais fluidas, a globalização das migrações se faz acompanhar, também e paradoxalmente, de uma regionalização dos fluxos migratórios. Isso significa que as migrações tendem a se organizar geograficamente em sistemas de mobilidade complexos em torno de uma mesma região, onde se constroem complementaridades entre zonas de partida e de acolhida que correspondem a proximidades geográficas; vínculos históricos, linguísticos e culturais; redes transnacionais construídas pelos migrantes; e necessidades de mão de obra, que forma um espaço formal ou informal de circulação, podendo ser seguidos ou não de facilidades jurídicas de deslocamento.

Acerca da relação entre mobilidade humana e integração regional, GULZAU, MAU e ZAUN (2016, p. 164) afirmam que os blocos de integração tendem a formar espaços regionais de mobilidade, já que regulamentam os direitos de entrada e permanência, e harmonizam documentos de viagem e procedimentos de circulação no interior de espaços regionais. Em relação a esses direitos de mobilidade, destacam-se não apenas os direitos relativos à passagem fronteiriça, mas, ainda, os direitos associados à liberdade de circulação, como os direitos de entrada, residência e trabalho, que passam a ser normatizados também na esfera regional.

Os arranjos de integração, de fato, incluem a formação de espaços de mobilidade, já que podem abarcar áreas de viagem comuns e acordos sobre a liberdade de circulação em que são concedidos privilégios de mobilidade e residência aos cidadãos dos Estados-membros, podendo-se, até mesmo, adotar uma política migratória harmônica em relação a cidadãos de países terceiros, haja vista que o ingresso em um Estado-membro representa o ingresso no espaço regional, e potencialmente no território dos demais Estados Partes. Ou seja, os espaços regionais, sobretudo nos modelos que buscaram implementar o mercado comum e a livre circulação de pessoas, tendem a formar sistemas jurídicos próprios de disciplinamento da mobilidade humana,

paralelamente à governança global das migrações e aos ordenamentos jurídicos internos, uma vez que o processo de integração reconfigura territorialidades e redefine a dicotomia estrangeiro e nacional, interno e internacional, ao criar um espaço regional, com direitos de mobilidade intermediários atrelados aos nacionais dos países do bloco, em que a entrada, permanência, saída, circulação e passagem fronteiriça formam um centro normativo específico de mobilidade.

No âmbito da governança regional da mobilidade humana, o MERCOSUL oferece significativas contribuições, posto que transcendeu a dimensão estritamente economicista do processo e buscou avançar na temática social, com acordos específicos para disciplinar o deslocamentos humanos. Foram discutidas medidas para garantir direitos e permitir a livre circulação e residência de cidadãos dos Estados Partes e Associados, além de se adotar uma proposta de cidadania regional, a partir do incremento das migrações intrarregionais. Em suma, o bloco somou esforços significativos para liberalizar a mobilidade humana intrarregional, por exemplo, com os acordos de migração e residência, incentivo à migração laboral e regularização de situações migratórias na região, nos termos da evolução normativa que se passa a expor.

No que tange à liberdade de circulação de pessoas, é importante pontuar que esta se constitui como resultado do mercado comum, que autoriza o livre trânsito, ao permitir que o beneficiário possa movimentar-se para exercer atividades econômicas ou não, além de se estabelecer profissional e comercialmente no território dos demais membros sem que sejam impostas medidas impeditivas ou restritivas, ou ainda, controles fronteiriços rígidos (JAEGER JÚNIOR, 2004). Apesar de a liberdade de circulação abarcar, inicialmente, a circulação de trabalhadores, à medida que o projeto avança, a livre circulação pode se descolar do aspecto laboral, firmando-se em um critério jurídico de cidadania regional, como se pretende alcançar no contexto mercosulino, beneficiando todos os nacionais dos Estados Partes. Ademais, a livre circulação envolve medidas conexas, como a facilitação ou abolição dos controles de fronteiras internas e o reconhecimento das qualificações técnicas, profissionais e acadêmicas.

Enquanto a livre circulação de pessoas, no bojo de arranjos regionais, enseja a permeabilidade relativa dos limites fronteiriços em prol da dimensão social da integração, a ideia tradicional de gestão migratória, sobretudo da migração extrarregional, tem reafirmado o poder soberano dos Estados em controlar suas fronteiras, determinando quem entra e permanece nos seus territórios, a partir da adoção de políticas migratórias específicas. No bojo da integração, porém, os deslocamentos internacionais convertem-se em internos, estabelecendo um movimento dual de fronteiras, em relação aos cidadãos do bloco e aos originários de Estados terceiros, a partir dos acordos regionais celebrados (MOURA, 2015). No MERCOSUL, o desafio normativo é estabelecer uma dinâmica fronteiriça que aborde os deslocamentos intrarregionais sob o pilar da liberdade de circulação de pessoas, a partir de controles integrados de fronteiras e da harmonização dos documentos de viagens, enquanto busca evoluir em um tratamento mais harmônico no que tange à gestão migratória inter-regional. Em linhas gerais, o disciplinamento da livre circulação de pessoas e da gestão das migrações, na experiência mercosulina, seguiu os períodos normativos da gestão de fronteiras: transição; institucionalização; guinada; e cidadania.

No período de criação do MERCOSUL, o Tratado de Assunção não disciplinava expressamente a livre circulação de pessoas, fazendo apenas uma menção genérica à livre circulação de fatores produtivos. No período de transição do bloco, a ideia de circulação de pessoas foi regulamentada de forma instrumental aos objetivos econômicos do mercado comum, isto é, como uma forma de incrementar as trocas comerciais, mercantis e o turismo na região. Como aponta MENDES (2019, p. 145), no período inicial, faltava um plano de ordenamento regional para as migrações, uma vez que as propostas de estabelecer normas mercosulinas para facilitar o trânsito internacional de cidadãos dos Estados Partes partiam da perspectiva de integrar

mercados, considerando apenas subsidiariamente o fator humano e migratório. Dentre as normativas do período, destaca-se a Decisão CMC n. 12/91, responsável por inserir canais privilegiados em portos e aeroportos para trânsito de nacionais e residentes de países do bloco; a Resolução GMC n. 44/94, objetivando estabelecer uma lista comum de documentos de identificação para deslocamentos no bloco; bem como a Resolução GMC n. 112/94, estabelecendo características comuns aos documentos para circulação de pessoas entre os países.

Na fase de institucionalização, por sua vez, a mobilidade humana estava atrelada à harmonização dos documentos de viagem válidos para a circulação no espaço mercosulino e à adoção de normas destinadas a facilitar a integração e circulação nas zonas fronteiriças. Ademais, observam-se normas específicas para regulamentar o início da dimensão social, com a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 1998, que reafirma que os trabalhadores migrantes têm direito à ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidas aos nacionais do país em que estiverem exercendo suas atividades, e o Acordo Multilateral de Seguridade Social, com a Decisão CMC n. 19/97, que reconhece os direitos à seguridade social aos trabalhadores que exerçam atividades em qualquer dos Estados Partes. Nesse período, ressaltam-se a Resolução GMC n. 58/96, que propõe a adoção de um modelo único de cartão de entrada e saída de pessoas nos países do bloco; e a Decisão CMC n. 18/99, que trata do trânsito vicinal fronteiriço entre países, com vistas à desburocratização da circulação fronteiriça.

No período de guinada normativa, a partir dos anos 2000 até 2010, houve um salto qualitativo na regulamentação da mobilidade humana no MERCOSUL. Isso porque o sujeito em mobilidade se torna o principal destinatário das regras regionais e o migrante passa a receber tutela especial no sistema jurídico mercosulino. Em termos de livre circulação de pessoas, destaca-se a Decisão CMC n. 18/08, relativa à harmonização dos documentos de viagens válidos para o trânsito no espaço regional, garantindo passagem facilitada nas fronteiras internas, dispensando-se passaporte. Em termos de gestão migratória, destaca-se a criação do Fórum especializado migratório, em 2003, responsável por incentivar o diálogo em nível regional, e incentivar a cooperação e a concertação política de acordo com a pertinência temática. Frisa-se, ainda, a adoção da Declaração de Princípios Migratórios de Santiago, em 2004, que ajudou na harmonização normativa da região ao estabelecer certa convergência em torno dos princípios que devem guiar as políticas migratórias dos países, como a busca pela regularidade migratória, a integração do migrante à sociedade, a reafirmação da soberania dos Estados no controle de suas fronteiras, e a irregularidade migratória como fato não tratado essencialmente pelo Direito Penal.

O saldo normativo mais significativo do período, no entanto, são os Acordos de Migração e Residência de 2002. O acervo de residência e migração do bloco é composto por dois acordos sobre a regularização das migrações internas dos cidadãos do MERCOSUL, que ainda enfrentam problemas para plena incorporação normativa, sendo o primeiro assinado pelos países originários do bloco, e o segundo composto por países associados, Bolívia e Chile. O acervo é composto, ainda, por dois acordos sobre residência para os cidadãos dos Estados Partes do MERCOSUL, o primeiro composto pelas partes originárias e o segundo acrescido de Bolívia e Chile.

Os acordos de residência tiveram por principal objetivo implementar uma política de livre circulação de pessoas, disciplinando o processo de obtenção de residência permanente e temporária, além de buscar solucionar a situação migratória, a partir da concessão de residência permanente ou temporária para aqueles que já se encontram no país receptor, assim como combater o tráfico de pessoas. Para alcançar os objetivos propostos, os acordos concedem o direito de residência legal para os cidadãos que queiram residir em um dos Estados Parte, com base na comprovação da nacionalidade, em tese, dissociando-se da perspectiva laboral. Paralelamente, os cidadãos que já se encontram no país de acolhida, podem solicitar a residência

naquele Estado Parte, sem precisar retornar ao seu de origem, independente do status migratório de ingresso e sem aplicação de multas (VIEIRA; COSTA, 2018, p. 11).

Na sequência, tem-se o período da cidadania regional, a partir de 2010, que tenta consagrar a mobilidade humana como um direito da cidadania mercosulina, seguindo o processo de evolução normativa do bloco em matéria de circulação de pessoas e gestão migratória. Como observado na seção anterior, o principal instrumento regional do período é o Plano de Ação da Cidadania Mercosulina de 2010, que expressamente reconhece um eixo de ação específico para a implementação da política de livre circulação de pessoas. Os nacionais dos países do bloco não serão mais tratados unicamente como estrangeiros regionais, mas passarão a ser considerados cidadãos mercosulinos. Em consequência, devem gozar de um estatuto jurídico próprio e favorecido, inclusive em matéria de mobilidade humana. Dentre as ações, destacam-se a facilitação do trânsito e da passagem fronteiriça no espaço integrado, a simplificação de trâmites, a agilização de procedimentos de controle, a harmonização dos documentos migratórios, a ampliação das áreas de controle integrado de fronteiras; a simplificação dos trâmites para efeitos da equivalência de estudos; e a tutela dos direitos trabalhistas e previdenciários na região.

No período de cidadania, destaca-se, ainda, a Decisão CMC n. 46/15, relativa ao Acordo sobre documento de viagem e de retorno dos Estados Partes do MERCOSUL, com o objetivo de reconhecer a validade de documentos de retorno emitidos pelas representações consulares dos Estados a seus nacionais por motivos de furto, perda ou extravio reconhecidos para os deslocamentos no bloco; e a Decisão CMC n. 53/15, relativa ao acordo sobre registro migratório eletrônico, que busca implementar um sistema por meio do qual se obtém mais agilidade e segurança nos controles fronteiriços, evitando que os viajantes completem formulários manuais.

Portanto, em termos de mobilidade humana, o bloco apresentou avanços significativos do ponto de vista normativo, sobretudo buscando incrementar a cooperação em matéria de controle fronteiriço, implementar a livre circulação de pessoas e garantir uma condição jurídica favorecida para os seus cidadãos, partindo de uma concepção estritamente livre cambista e laboral, até chegar a uma concepção de migração com direitos. Porém, não obstante as conquistas alcançadas no plano normativo em matéria de disciplinamento migratório e fronteiriço, o MERCOSUL ainda encontra alguns óbices à efetiva implementação de um modelo mercosulino de gestão de fronteiras e de mobilidade humana, revelando desafios que abarcam desde a instabilidade na região, que repercute no incremento de fluxos intrarregionais, até a estrutura institucional intergovernamental, que acentua o espaço entre os discursos e as práticas de integração, passando pela retomada do enfoque economicista do bloco nos últimos anos. Assim, apesar da evolução apresentada, ainda coexistem desafios inconclusos para a criação do espaço integrado.

## **DESAFIOS JURÍDICOS DO MODELO MERCOSULINO DE GESTÃO DE FRONTEIRAS E IMPLICAÇÕES PARA A MOBILIDADE HUMANA**

No modelo mercosulino, a gestão de fronteiras traz impactos significativos para a mobilidade humana, para além das temáticas tradicionais aliadas aos controles fronteiriços relacionados às questões de segurança, controle sanitário e desembarço aduaneiro. Isso porque o bloco tem sido desafiado a implementar uma efetiva política de livre circulação de pessoas, baseada no estatuto jurídico da cidadania regional, o que implica em maior cooperação entre os Estados na gestão integrada das fronteiras para facilitar os deslocamentos das pessoas autorizadas a circular. Por outro lado, ainda precisa evoluir na harmonização da gestão migratória, sobretudo no que tange aos migrantes extrarregionais, já que a regulação da condição jurídica desses nacionais de países terceiros ainda está fortemente atrelada às prerrogativas nacionais.

No MERCOSUL, constata-se que o disciplinamento das fronteiras condiciona o tratamento jurídico concedido aos estrangeiros em relação aos direitos de mobilidade que podem ser exercidos no espaço regional, mormente no que tange à entrada, circulação e permanência no contexto mercosulino. Para WIHTOL DE WENDEN (2016, p. 24), “a fronteira determina a natureza dos fluxos, regulares e irregulares, qualificados e não qualificados, internos e externos, e as políticas de emigração e de imigração”, o que evidencia suas implicações diretas para a gestão da mobilidade humana nos blocos regionais. Ou seja, “a fronteira se tornou um espaço da migração transnacional” (BAENINGER; MESQUITA, 2016, p. 157), seja para favorecer os deslocamentos dos cidadãos do bloco, seja para garantir o controle integrado dos fluxos migratórios extra bloco.

Ainda que o MERCOSUL tenha apresentado evolução normativa em termos de gestão fronteiriça e migratória, ao conceber a mobilidade humana em um paradigma de conservação de direitos e ao entender que a passagem fronteiriça, no âmbito do espaço mercosulino, não implica a supressão completa das garantias e liberdades conferidas aos cidadãos do bloco em matéria de trabalho, residência e circulação, não se pode olvidar que o arranjo regional também enfrenta desafios próprios na relação entre fronteiras e mobilidade. Embora não haja tão expressamente objetivos declarados de luta contra a imigração irregular ou de recrudescimento generalizado de fronteiras externas em uma perspectiva de securitização, pelo menos não nos principais instrumentos analisados, como o plano da cidadania e os acordos de residência, seria pouco prudente reduzir a definição do MERCOSUL como um sistema de fronteiras abertas, enquanto outras experiências de regionalismo, como a UE, seriam fortalezas fechadas. Ambos os modelos congregam experiências complexas de exclusão e inclusão nas fronteiras, combinando elementos de abertura e fechamento em termos de extensão de direitos aos sujeitos em mobilidade.

Principalmente no modelo do MERCOSUL, ainda restam desafios jurídicos inconclusos em termos de fronteiras e mobilidade, que são postos à tona no contexto de incremento dos fluxos migratórios, como de venezuelanos, por exemplo, e no contexto de recente retomada da dimensão comercialista. No que tange ao sistema mercosulino de controle fronteiriço, frisa-se a necessidade de maior cooperação jurídica e operacional na gestão de fronteiras internas e externas ao bloco. Como observado, desde os acordos de Recife, tem-se buscado implementar áreas de controle integrado de fronteiras, as quais são consideradas essenciais para implementação da política de livre circulação e para a cidadania regional (MERCOSUL, 2019).

As fronteiras internas ao bloco, além de se sujeitarem intensamente às competências de cada Estado Parte, estão sujeitas a acordos regionais específicos de cooperação, inexistindo abolição de fronteiras, mas facilitação para os deslocamentos intrarregionais. A opção do modelo mercosulino não foi adoção de agência comum ou eliminação de fronteiras internas, mas acordos de cooperação nas áreas de controle integrado, visando facilitar os deslocamentos dos cidadãos do bloco e dos migrantes residentes, a partir de um tratamento jurídico favorecido em matéria de mobilidade. Esse modelo demanda compromissos de harmonização normativa e intensa coordenação entre as autoridades estatais nos pontos específicos de fronteira, para harmonizar procedimentos técnicos, operacionais e de trocas de informações na gestão da mobilidade.

Em relação às fronteiras externas ao bloco, cada Estado Parte conserva grande parte do poder soberano de controle. As autoridades nacionais permanecem competentes para gerenciar os limites exteriores da maneira que melhor entender, não se estruturando uma fronteira externa comum, tampouco uma guarda comum. Neste ponto, o desafio do modelo mercosulino reside na intensa dependência dos Estados para tornar as medidas regionais efetivas, bem como na disponibilidade de cada Estado Parte em cooperar com os demais na gestão fronteiriça. Consequentemente, eventual déficit de cooperação nas fronteiras impossibilita um espaço



funcionalmente integrado (LAUREANO; RENTO, 2013, p. 146), o que faz ressaltar a necessidade de incrementar a coordenação dos procedimentos de controle, valendo-se dos acordos já existentes.

Por outro lado, em relação à mobilidade humana no MERCOSUL, verifica-se desafio associado à gestão migratória regional. Constata-se certo déficit no disciplinamento dos fluxos inter-regionais, pois os migrantes de países terceiros têm seus direitos de mobilidade, no espaço integrado, atribuídos no contexto de cada lei nacional de migração. O bloco avançou significativamente no disciplinamento dos fluxos intrarregionais, regulamentando a circulação e a residência dos cidadãos mecosulinos, como pôde ser constatado nas normativas analisadas nas seções anteriores. No entanto, em relação aos cidadãos de países terceiros, não se observa a mesma evolução normativa no contexto regional. A dificuldade em harmonizar as leis nacionais de migração gera uma pluralidade normativa que obsta a adoção de uma política migratória integrada e acentua a distinção entre mecosulinos e não mecosulinos na passagem fronteiriça (MODOLO, 2015, p. 585), desafiando a criação de um espaço comum.

As problemáticas apresentadas acentuam-se diante da estrutura intergovernamental do MERCOSUL e do direito de integração prevalecente. Aponta-se como desafio o fato de que o ritmo da integração está em intensa dependência dos Estados da região, em especial dos chefes do Poder Executivo, o que faz variar a condução e as prioridades do bloco a depender da conjuntura assumida. Ademais, a necessidade de incorporação das normas mecosulinas também representa um sistema jurídico que depende da disponibilidade de internalização das normativas regionais.

Neste ponto, o desafio é efetivar as regras regionais, a partir da cooperação no controle integrado de fronteira, na garantia da livre circulação de pessoas como um direito da cidadania regional, cumprindo as metas traçadas no Plano de Ação da Cidadania, e prosseguindo no esforço de adaptação das leis internas para conferir tratamento favorecido aos estrangeiros regionais em seus direitos de mobilidade. Frise-se que não se está afirmando que o MERCOSUL deva necessariamente adotar a supranacionalidade, ou seguir princípios de aplicabilidade imediata e efeito direto de suas normas regionais, seguindo exemplo de outras experiências, mas apenas que deve avançar no escopo firmado no direito mecosulino originário de harmonizar as legislações nas áreas pertinentes à integração, como fronteiras e migrações, no intuito de alcançar o audacioso objetivo de formar o mercado comum, conforme evolução institucional apresentada.

Inclusive, em relação à evolução normativa do bloco, não obstante os avanços observados na dimensão social, em particular no âmbito da governança migratória e fronteiriça, o MERCOSUL, nos últimos anos, demonstra certa tendência a retomar o ímpeto comercialista do processo, que caracterizou os anos iniciais (VIEIRA; COSTA, 2018). A tendência de recuperar a dimensão econômica do processo se materializa, por exemplo, na assinatura do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2017, que incentiva investimentos recíprocos e a cooperação entre os Estados na promoção de ambiente de negócios favorável à atração de investimentos, bem como na conclusão das negociações envolvendo o acordo de livre comércio UE-MERCOSUL, manifestação do inter-regionalismo que pretende constituir área de livre comércio transatlântica.

Os referidos instrumentos normativos buscam implementar as liberdades do mercado comum, com elementos de um regionalismo social e produtivo, que pode alterar as prioridades dos governos nacionais, freando os avanços do bloco na matéria social. Em consequência, o desafio que se coloca é avançar na pauta econômica, afinal se trata de um mercado comum, mas sem negligenciar os avanços e metas traçados para a dimensão social, que representa o aspecto da integração que afeta diretamente a vida dos cidadãos, principais destinatários do projeto. Para tanto, faz-se necessário disciplinar as fronteiras não apenas para fins comerciais ou de segurança, mas como espaços para concretização da mobilidade humana e da integração fronteiriça.

Noutro giro, focos de instabilidade na região também pressionam a dinâmica existente entre fronteiras e migração, como a situação de instabilidade política e econômica vivenciada pela Venezuela. Especificamente em relação a esse país, suspenso do bloco por violação da cláusula democrática, tem-se desafio adicional em razão do incremento da mobilidade populacional, que desafia a governança migratória nos demais países da região e tensiona as fronteiras, que se tornam ainda mais complexas diante das tradições de cooperação com o MERCOSUL e dos compromissos humanitários recíprocos assumidos pelos Estados. As crises constantes ensejam a necessidade de se recorrer ao procedimento migratório interno, ante as lacunas provenientes da suspensão do país do bloco e da não incorporação de normativas (SOUZA; SILVEIRA, 2018, p. 118), que pode dificultar o recurso às regras regionais.

Os desafios, contudo, não se resumem à situação venezuelana, posto que se levanta a pluralidade de procedimentos aplicáveis entre cidadãos regionais e não regionais, entraves burocráticos para reunião familiar, ou mesmo exploração laboral decorrente da informalidade na região, de modo que ainda persistem episódios de segregação, coexistindo nos Estados posições a favor dos direitos humanos em relação aos migrantes e à gestão de fronteiras sob viés humanitário, em contraste com posições restritivas de controle e vigilância (DOMENECH, 2017).

Em síntese, no direito mercosulino, foi possível constatar certa evolução normativa na relação entre fronteiras e mobilidade, ao se conceber a ideia de migração com direitos, ao menos sob o aporte teórico-normativo. Por exemplo, através de acordos para dispensa de vistos, harmonização dos documentos de viagens, características comuns aos passaportes, facilitação do direito de residência, canais privilegiados de ingresso, áreas de controle integrado de fronteiras e projeto de cidadania regional, dentre outras normativas já delineadas.

Em consequência, o sistema de disciplinamento de fronteiras tem impactado a condição jurídica dos cidadãos do bloco e dos estrangeiros em face dos direitos de mobilidade. As medidas adotadas nas primeiras fases do MERCOSUL consistiam em um modelo de gestão de fronteiras que atendia à mobilidade pautada na qualificação técnica e voltada para os aspectos laborais da circulação de pessoas. As iniciativas para a liberdade de circulação estavam associadas ao trabalhador como fator de produção, orientado para a harmonização de procedimentos técnicos. A partir da guinada no tema da circulação de pessoas, tem-se um controle de fronteiras destinado a instrumentalizar este direito, ainda que parcialmente, para os cidadãos do bloco, adotando-se medidas mais concretas para implementar um espaço integrado, embora ainda não plenamente consolidado diante dos desafios apresentados e das transformações em curso na região.

## **CONCLUSÃO**

O disciplinamento das fronteiras em processos de integração ocupa uma posição de destaque para as experiências regionais, principalmente naqueles blocos em que se pretende adotar a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas. As fronteiras na integração operam em uma dinâmica própria, de abertura seletiva aos fluxos intrarregionais, e de gestão harmônica dos fluxos inter-regionais. Em consequência, as áreas fronteiriças passam a ser objetos de regulamentação a partir dos acordos regionais celebrados pelos Estados, que adotam procedimentos integrados de controle para melhor atingir os objetivos da integração, ao lado das tradicionais normativas de direito interno, atreladas à soberania territorial.

Especialmente com o incremento da mobilidade humana em espaços regionais, a regulamentação de fronteiras passa a ter implicações significativas na implementação da livre circulação de pessoas e na governança migratória regional. O sistema de gestão fronteiriça adotado pelos países do bloco precisa abarcar os compromissos regionais de cooperação,

favorecer a mobilidade e residência dos cidadãos regionais, nos termos do direito da integração, e disciplinar, de forma harmônica, os fluxos provenientes de países terceiros.

No modelo mercosulino de gestão de fronteiras, observa-se que os Estados não abrem mão das prerrogativas nacionais de controle, dada à forte intergovernabilidade do bloco, mas se comprometem a cooperar e coordenar os procedimentos de gestão fronteiriça em prol dos objetivos regionais. Isso porque o direito mercosulino disciplina as fronteiras a partir de normativas inicialmente atreladas à facilitação do desembarço aduaneiro e comercial, seguindo-se de preocupações com a integração das populações residentes em áreas fronteiriças, passando pela facilitação da circulação de trabalhadores, até chegar a uma concepção da área de fronteira como espaço para implementar a cidadania regional e efetivar a mobilidade humana.

A evolução da regulamentação de fronteiras no MERCOSUL, por sua vez, segue a evolução normativa da mobilidade humana. Parte-se de uma concepção da mobilidade como fator instrumental ao mercado comum, seguindo-se de uma concepção laboral da circulação de pessoas, até chegar à busca pela ampliação da livre circulação como prerrogativa da cidadania regional. Portanto, houve avanços no sentido de consolidar o espaço integrado, através da facilitação dos deslocamentos intrarregionais, com regras relativas à harmonização dos documentos de viagem, facilitação do direito de residência, implementação do controle integrado de fronteiras, e adoção de plano para conformação da cidadania regional.

No entanto, mesmo com os avanços mencionados, persistem desafios. O modelo mercosulino demanda maior disponibilidade de cooperação e harmonização normativa dos Estados para consolidação das regras relativas às fronteiras e à mobilidade humana. Em termos de gestão migratória, demanda-se maior harmonização no tratamento dos direitos de mobilidade dos nacionais de países terceiros, ante a permanência de controles fronteiriços e migratórios fortemente assentados nos Estados. Em termos de livre circulação de pessoas, deve-se avançar na consolidação desse direito, efetivamente apoiado em uma base de cidadania mercosulina, ainda em construção, embora passos significativos para a regulação do tema já tenham sido dados.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Orlando; MERA, Gabriela; NEJAMKIS, Lucila. Políticas migratorias e integración regional: la libre circulación y los desafíos a la ciudadanía. In: NOVICK, Susana. **Migraciones y Mercosur: una relación inconclusa**. Buenos Aires: Catálogos, 2010, p. 50-72.

ALVAREZ, Gabriel. Identidades migrantes, fronteira e cidadania. In: SOARES, Mauro; MATTOS, Izabel; MARTINS, Dilamar. (Org.). **Região e poder**. 1. ed. Goiânia: PUC-Goiás, 2010, p. 65-88.

BAENINGER, Rosana; MESQUITA, Romeu. Integração regional e fronteiras: desafios para a governança das migrações internacionais na América Latina. **Revista Transporte y Territorio**, Buenos Aires, n. 15, p. 146-163, 2016. Disponível em: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/rtt/article/view/2855>. Acesso em: 29 out. 2019.

BALASSA, Bela. **Teoria da integração econômica**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.

BARZA, Eugênia. Integração regional e direito internacional: um estudo sobre as transformações na ordem dos Estados-membros de uma associação regional de integração econômica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 6, 2005. Disponível em: [www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/289](http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/289). Acesso em: 03 nov. 2019.

- BUENO, Fábio. O controle de fronteiras e a integração regional no âmbito do Mercosul: aspectos históricos e perspectivas. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 3, n. 1, 2010. Disponível em: [periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/97/101](http://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/97/101). Acesso em: 27 out. 2019.
- CAICHILO, Carlos. The Mercosur Experience and Theories of Regional Integration. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 1, 2017. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-85292017000100117](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292017000100117). Acesso em: 29 out. 2019.
- CASTLES, Stephen; MILLER, Mark. **La era de la migración**. México DF: Miguel Angel Porrúa, 2004.
- DANTAS, Ivo; SILVESTRE, Janini; MAIOR, Silvério. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. **Ius Gentium**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 25-75, 2018. Disponível em: [uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/364](http://uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/364). Acesso em: 16 nov. 2019.
- DESIDERÁ NETO, Walter; PENHA, Bruna. As regiões de fronteira como laboratório da integração regional do MERCOSUL. **Boletim de Economia e Política Internacional**, n. 22, p. 33-50, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6733>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- DIZ, Jamile; CARNEIRO, Caio. (Re)Visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 04, n. 49, p. 255-284, 2017. Disponível em: [revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294](http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294). Acesso em: 29 out. 2019.
- DIZ, Jamile; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 138-158, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3580/pdf](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3580/pdf). Acesso em: 03 nov. 2019.
- DOMENECH, Eduardo. Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. **Revista Terceiro Milênio**, v. 8, n. 1, p. 19-48, 2017. Disponível em: <http://uenf.br/posgraduacao/sociologia-politica/wp-content/uploads/sites/9/2018/11/Terceiro-Milenio-volume-8-.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- DRUMMOND, Maria. A opção intergovernamental do Mercosul e a reforma do Protocolo de Ouro Preto. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 273-295, 2011. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1382](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1382). Acesso em: 23 out. 2019.
- GOMES, Joséli. A contribuição da Rede Mercocidades para o desenvolvimento da integração fronteiriça junto ao Mercosul: o papel da paradiplomacia municipal sulamericana na concretização da integração regional em zonas de fronteiras. **Intellecter**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 16, 2017. Disponível em: [periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/264](http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/264). Acesso em: 29 out. 2019.
- GRANJA, Lorena; VILLAMAR, Maria. Mercosur migrante: enfoques y evolución del tratamiento de la movilidad humana en el Mercosur. **Terceiro Milênio**, v. 8, n. 1, p. 49- 78, 2017. Disponível em: [revistaterceiromilenio.uenf.br/index.php/rtm/article/download/3/3](http://revistaterceiromilenio.uenf.br/index.php/rtm/article/download/3/3). Acesso em: 03 nov. 2019.
- GULZAU, Fabian; MAU, Steffen; ZAUN, Natascha. Regional Mobility Spaces? Visa Waiver Policies and Regional Integration. **International Migration**, v. 54, n. 6, 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/imig.12286>. Acesso em: 30 out. 2019.
- JAEGER JÚNIOR, Augusto. Para uma Quinta Liberdade Econômica Fundamental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v. 2, n. 4, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49190/30824>. Acesso em: 02 nov. 2019.

LAUREANO, Abel; RENTO, Altina. Poderá o “espaço Schengen” europeu servir como uma espécie de “laboratório de análise” para o Mercosul? **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, n.2, p.131-148, 2013. Disponível em: [uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16436](http://uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16436). Acesso em: 07 nov. 2019.

MENDES, José. Deslocamentos regionais contemporâneos e a legislação do Mercosul: dilemas de uma ordem migratória em crise. **Metaxy**, Rio de Janeiro, v.2, n. 1, p. 140-180, 2019. Disponível em: [revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/article/view/29342/16484](http://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/article/view/29342/16484). Acesso em: 12 nov. 2019.

MENDES, José. ¿Puertas abiertas? Migraciones regionales, derecho e integración na Comunidade Andina de Nações e no Mercosul. **Caderno CRH**, Salvador, v. 29, n. 3, p. 77-92, 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/20011/12684>. Acesso em: 27 out. 2019.

MERCOSUL. **Cartilha da Cidadania do MERCOSUL**. Conselho de Representantes Permanentes. 2019. Disponível em: [www.cartillaciudadania.mercosur.int/uploadedPdf/pdfCompleto\\_pt.pdf](http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/uploadedPdf/pdfCompleto_pt.pdf). Acesso em: 03 nov. 2019.

MODELO, Vanina. O Mercosul Importa. A Política Regional de Mobilidade Territorial. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v37n2/0102-8529-cint-37-02-00571.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019.

MOURA, Aline. A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 630-648, 2015. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3580/pdf](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3580/pdf). Acesso em: 20 out. 2019.

MOURA, Aline. O Estatuto da Cidadania do Mercosul: é possível uma cidadania regional? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 135-153, 2018. Disponível em: [seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1783/1829](http://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1783/1829). Acesso em: 27 out. 2019.

OIM. Dinámicas Migratorias en Fronteras de países de América del Sur. **Cuadernos migratorios**, n. 10, 2018. Disponível em: <https://robuenosaires.iom.int/cuaderno-9-evaluaci-n-del-acuerdo-de-residencia-delmercosur-y-su-incidencia-en-el-acceso-derechos>. Acesso em: 17 out. 2019.

OSTHUS, Kjersti. **The Trade Negotiations between the EU and Mercosur, 2000–2013**. 2013. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Estudos Europeus) – Universidade Norueguesa de Ciência e Tecnologia, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/52101520.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

PAPADODIMA, Zampeta. Las fronteras regionales: La matéria de migraciones em la geopolítica contemporánea. **Cuadernos Geográficos**, Granada, n. 48, p. 189-205, 2011. Disponível em: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/cuadgeo/article/view/585/673>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PATRÍCIO, Maria. O processo de integração do MERCOSUL: particularidades e atualidades. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 41-47, 2013. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/12571](http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/12571). Acesso em: 27 out. 2019.

SANT’ANNA, Fernanda. O papel da integração fronteiriça para a integração regional na América Latina. **Revista Geonorte**, Manaus, v. 7, n. 1, p. 1169-1185, 2013. Disponível em: <http://periodicos.ufam.edu.br/revista-geonorte/article/view/1228>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SOUZA, Ayrton; SILVEIRA, Marina. O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil (2014-2018). **Cadernos Prolam**, v. 17, n. 32, p. 114-132. 2018. Disponível em: [www.revistas.usp.br/prolam/article/view/144270](http://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/144270). Acesso em: 10 nov. 2019.

SOUZA, Gustavo. Noções de fronteira na teoria e prática do regionalismo. **Civitas**, Porto Alegre, v. 18, n. 2, p. 245-261. 2018. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/31575/](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/31575/). Acesso em: 12 nov. 2019.

VIEIRA, Luciane; COSTA, Vitória. A liberdade de circulação de pessoas no MERCOSUL e na UE: perspectivas e desafios para o futuro. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1 – 21, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/24650>. Acesso em: 29 out. 2019.

VILLAMAR, Maria. Regionalismos e Migrações Internacionais na América do Sul: Contexto e Perspectivas Futuras sobre as Experiências na Comunidade Andina, no Mercosul e na Unasul. **Espaço Aberto**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 131-148, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/EspacoAberto/article/view/20197>. Acesso em: 03 nov. 2019.

WIHTOL DE WENDEN, Catherine. As novas migrações. **Dossiê sobre Migrações e Direitos Humanos**, v. 13, n. 23, 2016, pp. 17-28. Disponível em: <http://sur.conectas.org/wpcontent/uploads/2016/09/1-sur-23-portugues-catherine-wihtol-de-wenden.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

# MIGRAÇÕES DOS AFRICANOS PARA EUROPA: FATORES E CONSEQUÊNCIAS NAS POLÍTICAS DE MIGRAÇÃO LABORAL

**José Gil Vicente**

Doutor em Ciências de Educação (UNIROMA, Itália; UNIGRANADA, Espanha). Professor Efetivo (ICET/UFAM).

## INTRODUÇÃO

As discussões que se vem tendo, nos últimos anos sobre os movimentos migratórios internacionais, tornaram-se um fenômeno preocupante na conjuntura internacional contemporânea. A magnitude aumentou numa forma assustadora e preocupante, assumindo novas e diferentes características. As preocupações evidenciam, cada vez mais, a necessidade de reflexões e debates frente às novas dinâmicas de fluxos migratórios<sup>1</sup> à escala global de pessoas do continente africano para o europeu. Os debates que vêm ocorrendo no contexto das políticas de migração laboral são uma crua realidade e desafio para a Organização Internacional do Trabalho. O artigo traz reflexões e debates informados e equilibrados sobre migrações dos africanos para Europa. A nossa intenção é contribuir para fortalecimento da Organização Internacional de Trabalho - OIT e dos seus constituintes na consecução de uma governação justa e eficaz da migração laboral que beneficie as sociedades de origem e as de destino, que proteja os direitos dos trabalhadores migrantes, seus familiares e que tome conta do reforço da coesão social. O artigo busca de certa forma, fazer uma análise crítica do papel dos profissionais de (i) migração e da Organização Internacional de Trabalho - OIT e dos seus constituintes na consecução de uma governação justa e eficaz da migração. A pesquisa é relevante para o desenvolvimento de estudos dos fenômenos multifacetados sobre direito e políticas migratórias de trabalho. Para o Conselho Pontifício dos Migrantes e os Itinerantes, o direito à emigração e à imigração é, o direito à liberdade de movimento e residência dentro da comunidade política da qual é cidadão; e ele também tem o direito, quando legítimos interesses o aconselham, a imigrar para outras comunidades políticas e estabelecer-se nelas. Pelo fato de ser cidadão de uma determinada comunidade política, nada perde seu conteúdo como membro da família humana; e, portanto, pertencendo, como cidadão, à comunidade mundial.

Neste contexto, o Conselho Pontifício para os Migrantes e os Itinerantes faz nos entender que podemos migrar quando há justificações para que um determinado nacional possa movimentar-se em busca da segurança, bem-estar, quando os seus direitos estiverem em risco.

## CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A história dos emigrantes de África, continente com imensas riquezas e potencialidades extraordinárias, nos brinda cotidianamente com incremento dos fluxos migratórios à escala global e conseqüentemente pelas deficiências da sua gestão política. As pressões migratórias no início da década de 2010 chegaram sem surpresa considerando o historial geopolítico do Norte da África. Nossa intenção é trazer ao debate temas ligados as migrações dos povos africanos para Europa. A migração é um fenômeno global que afeta a vida da maioria das pessoas, sendo que, 258 milhões de pessoas sejam migrantes internacionais (UN DESA, 2017). É necessário entender e analisar de forma detalhada as políticas de migração laboral. Só desta forma que podemos avaliar

---

<sup>1</sup> O fluxo migratório é motivado por vários fatores, entre eles a busca de uma vida melhor, situação política, guerras e outros tipos de calamidades que levam à busca de lugares onde for possível desenvolver a vida

a implementação das políticas migratórias de trabalho e seus impactos na vida cotidiana do emigrante e do nativo da cultura que o recebe.

O relatório do Departamento Internacional de Migração, afirma que, a migração pode ser de igual modo entendida como um motor de desenvolvimento sustentável, para os próprios migrantes e para suas comunidades nos países de origem, de trânsito e do destino (UN DESA, 2017). Tomando como abordagem os fatores e consequências nas políticas de migração laboral.

Do ponto de vista conceitual, a migração internacional vincula-se inexoravelmente à ideia de Estados nacionais, materializando-se por meio do cruzamento das fronteiras políticas de tais Estados (CASTLES, 2009; SAYAD, 1999) citados pela (BARALDI, 2014, p.15-16). As migrações internacionais, assim, só existem porque existem as fronteiras. Juridicamente deveriam constituir a exceção no sistema de Estados-nação, que se constrói sobre a tríade: governo, povo e território, em que um povo estável (ou estabilizado), localizado em um território definido, é ligado a um governo e a um ordenamento jurídico que possui jurisdição (poder) sobre aquele território (BARALDI, 2014).

Ao longo da história da humanidade, as percepções, culturais, socioeconômicas, jurídicas e políticas, assim como as condições objetivas de mobilidade, sofreram grandes mudanças. Houve uma época, na Europa, em que era mais fácil entrar em outro território do que deixar o seu. Os Estados, recém-constituídos, necessitavam de um povo estável que pudesse defender o território nas guerras e pagar impostos (WIHTOL DE WENDEN, 2013). A partir do século XVI, a colonização das Américas e da África foi um processo que trouxe muitos europeus ao continente americano e africano. Durante os séculos XIX e XX ocorreram as grandes migrações do Velho para o Novo Mundo. Milhares de europeus se estabeleceram na África e América, dando nova configuração aos povos destes países. Principalmente África do Sul e as Américas, hoje são considerados países formados pela imigração .

Segundo BOUBEKER (2007), a história política das migrações, incluídas estas mais antigas e hoje em grande parte romantizadas, constitui uma série de emergências descontínuas, muito distantes da lenda da plena integração ao país de destino: trata-se de uma história de lutas pelo reconhecimento que continua a ser contada. As transformações que atingem as migrações não foram somente políticas, mas também sociais e econômicas.

Vários são fatores que tem motivado a migração dos povos da África com o destino a Europa. Um dos fatores é que nos países de proveniência dos imigrantes, vive-se uma intolerância política, religiosa, guerra, calamidades naturais e uma situação de extrema pobreza gerada pela ingerência dos governantes dos seus países agravados pelos conflitos sócio-políticos que causam incerteza sobre o futuro dos seus países e, particularmente o futuro da população jovens que se encontra à margem da sociedade e á beira de ameaça sem precedentes. A imigração à Europa perspectiva-se encontrar trabalho para uma vida melhor do que a situação dos seus países de origens. O êxodo dos jovens africanos em massa com destino à Europa, principalmente a partir da década de 2000, mais do que livrar-se de um clima de conflito, vai à busca de um espaço de uma realização pessoal e profissional, que dentro dos seus países é difícil encontrar um ambiente mínimo de satisfação de necessidades fisiológicas básicas, necessidades de segurança, sociais e auto realização.

A crise migratória resulta, em larga medida, das grandes desigualdades regionais existentes. As grandes nações têm o dever de instar os governantes e decisores a interrogarem-se sobre as posições e medidas que têm sido tomadas no sentido de prevenir o flagelo da migração dos africanos para Europa. Perante esta situação, deveria haver um plano para mobilizar África, Europa, América e Ásia no sentido de trabalharem para melhorar o sistema. É necessário que os



países que compõem a Organização Internacional da Francofonia (OIF)<sup>2</sup> e em África trabalhem de mãos dadas para poderem reforçar a atuação da região.

## MIGRAÇÃO NO CONTEXTO DE DIREITOS HUMANOS

De acordo com Organização Internacional do Trabalho - OIT e Banco Mundial (2015, pp.3-4), atualmente a migração encontra-se associada, direta ou indiretamente, à busca de oportunidades de trabalho digno. São diversas as pesquisas científicas que se ocupam em abordar o fenómeno da migração internacional e no interior de cada uma dessas múltiplas perspectivas de análises. Dados agregados sobre incremento dos fluxos migratórios de pessoas do continente africano para o europeu fornecem a demógrafos, economistas, geógrafos, historiadores, sociólogos e outros especialistas, material em quantidade razoável para análise desta experiência humana e ancestral.

Vemos que as migrações são originadas pelas variadas motivações: guerras, procura de melhores condições de vida e riqueza material, fuga de calamidades naturais adversas, perseguições política, conflitos étnicos, questões religiosas, familiares e afetivo-sentimentais, entre outras possibilidades de abordagem do fenómeno da migração dos povos para Europa.

Todavia, o atual debate político em torno da migração baseia-se muitas vezes em falsas percepções sobre a relação entre migração, empregos e desenvolvimento, exacerbados pelos grandes movimentos de refugiados<sup>3</sup>, outras pessoas obrigadas a deslocar-se e migrantes irregulares em diversas partes do mundo, nomeadamente na região do Mediterrâneo. Estas falsas percepções tornaram muito mais difícil a missão de defender que a migração laboral bem governada é um fator positivo para o desenvolvimento sustentável. Apesar das dificuldades, é ainda mais urgente debater a governação da migração laboral tendo em conta a natureza em rápida mutação do trabalho, o alargamento das disparidades económicas e demográficas e a necessidade de adequar as competências aos empregos para satisfazer as necessidades do mercado de trabalho. Embora a migração seja encarada como uma dimensão fundamental dos debates em curso sobre o futuro do trabalho (uma das sete Iniciativas do Centenário da OIT), os desafios em matéria de migração laboral irão aumentar devido a tendências como as mudanças tecnológicas, as evoluções da relação laboral e a erosão do contrato social entre o Estado e outros intervenientes. No distorcido e problemático debate público europeu sobre o fenómeno da (i) migração, a tentativa de grande parte dos políticos, das políticas e das mídias têm sido remover os problemas reais e as causas do êxodo com o qual os europeus estão lidando há muitos anos. Infelizmente, os estudos e pesquisas que tratam do continente africano ou de seus vínculos com a Europa são poucos estudados ou insuficientes considerando catástrofe a magnitude do fenómeno de migrações.

Obviamente, estudos pouco conhecidos entre nós africanos, de onde centenas de milhares de pessoas fogem a cada ano, acabando por ampliar as fileiras da emigração para a Europa. Esse episódio faz com que percamos um entendimento mais denso da complexidade africana em seus multifacetados fenómenos. Naturalmente, o processo escravocrata e a herança por ele

---

<sup>2</sup> A OIF foi criada em 1970. É composta por 84 estados, sendo 58 membros e 26 observadores. Cabo Verde é membro desde 1996.

<sup>3</sup> Entende-se os refugiados, aqueles que pertencem a todos os tempos ao longo da história da humanidade. Aquelas pessoas que buscaram proteção fugindo da perseguição e muitos países desenvolveram a tradição de conceder asilo aos refugiados. Existe conjunto de tratados com suas extensões e uma série de organizações que deram forma à legislação internacional a favor dos refugiados.

deixada são fatos fundamentais que propomos justamente a fomentar e aprofundar o debate sobre as diferentes agendas e temas dedicados as migrações internacionais.

África, é o continente que é o centro da gravidade energética do planeta, que durante séculos, viveu e vive saqueados por poderes externos e multinacionais que controlam ou desestabilizam territórios e governos com guerras, corrupção e repressão interna, muitas vezes tornando a vida de seu povo e nação insustentável. Dentre os países da África, aqueles que não possuem ouro, diamante, petróleo, gás e outros recursos naturais e energéticos não há guerra. Infelizmente, se formos a reparar, a maioria dos países com muitos recursos naturais e energéticos, os conflitos de ocupação de terras, grilagem, e guerras não terminam. Vários acordos são assinados apenas para permitir intervalo do jogo e traçar novas estratégias de ocupação e exploração de territórios. É necessário analisar historicamente os processos complexos das guerras para ter acesso a terra com recursos naturais, as negociações, os conflitos, bem como a investidura de capitais estrangeiros utilizados pelo governo moçambicano às políticas de produção e exploração dos recursos antes e na atualidade, a fim de pesquisar e compreender as relações de privilégios e o modo de atuação das companhias que operavam durante o colonialismo e aquelas que estão a obter concessões atualmente. Neste contexto podemos conhecer e compreender melhor os decretos e as dinâmicas de fluxos migratórios<sup>4</sup>. Um fenômeno preocupante que várias vezes os direitos dos refugiados e imigrantes foram atropelados por alguns estados europeus. Contrapondo a Declaração Universal dos Direitos Humanos que no seu art. 14 assevera: “Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países<sup>5</sup>”. As comunidades tornaram sistemas de inclusão e exclusão, e o questionamento sobre se a nacionalidade é um critério moral significativo para essa exclusão se fortalece em um momento no qual as lógicas da globalização abrem as portas para a construção de novas relações entre universalidade e diferença nas estruturas políticas, com base nas próprias ideias modernas de liberdade e igualdade (LINKLATER, 1998).

Recentemente os presidentes e membros dos parlamentos dos países francófonos de África, do Canadá e da Europa e os especialistas participantes na "Declaração da Praia" admitem que os movimentos migratórios são causados por conflitos armados, terrorismo, precárias condições de vida, bem como pela ausência de perspectivas futuras.

Os direitos humanos são fins desejáveis e que, apesar da desejabilidade, ainda não foram todos, em todos os lugares, e na mesma medida reconhecidos: emblemático é “o direito de migrar” (WENDEL, 2015). A participação comunitária dos migrantes nos programas de cooperação internacional para o desenvolvimento sustentável aparece como um valor em si mesmo, mais também como primordial e essencial tendo em conta o caminho para um desenvolvimento saudável, humano, consciente, justo e sustentável. Assim, as diferentes categorizações entre os migrantes não devem ser motivo de uma disputa entre os que têm algum direito e os que têm menos do que estes, se a busca é por uma política migratória com base nos direitos humanos, iguais para todos. A colaboração dos migrantes<sup>6</sup> nos desenhos de reformulação das políticas migratórias e entrada em consenso com as comunidades locais e

---

<sup>4</sup> Os decretos sobre fluxos migratórios são instrumentos de implementação de documentos de planejamento, com o qual os governos estabelecem todos os anos, com base nas indicações contidas nos documentos de planejamentos trienais e nos dados sobre a real solicitação de trabalho pelas entidades locais, elaboradas por registros computadorizados.

<sup>5</sup> Na declaração dos direitos humanos consta que este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

<sup>6</sup> Chamamos de “migrantes” quando nos referimos a pessoas que se deslocaram por razões que não se encaixam na definição legal de refugiado.

todos intervenientes nos programas de políticas de migrações internacionais pode tornar uma alavanca na sua transformação em agente ativo de mudanças e desenvolvimento de políticas migratórias que revalorizam os aspectos positivos da migração, enquanto se trabalha na redução dos seus efeitos negativos. A migração é constituinte do processo de formação da maior parte das comunidades políticas que hoje chamamos de Estado (MOULIN, 2011). Dados os nossos laços históricos que enraizaram profundamente os vínculos sociológicos, o que é surpreendente vem do exame dos fluxos econômicos e financeiros de muitos países africanos. São subtraídos os seus recursos, degradando o meio ambiente e tornando muitos de seus territórios lugares onde é tão difícil viver que muitas vezes não há outra escolha senão emigrar.

Neste contexto, as migrações são uma questão radicalmente política no sentido de que incidem sobre a própria configuração do Estado nacional. Pensar a imigração é pensar o Estado, seus termos de inclusão e exclusão (SAYAD, 1999). É nesse sentido que a mobilidade é uma prática democrática de busca da igualdade (ARADAU; HUYSMANS, 2009) e um exercício de liberdade (MEZZADRA, 2006) contra a exclusão gerada pela ordem político-jurídica nacional e capitalista. Como alternativa de solução para este conflito, as Organizações Internacionais propõe a gestão das migrações internacionais para o benefício de todos, uma mudança no nível do discurso que não implica transformações políticas que garantam direitos aos migrantes. As migrações são um processo que é constante na história da humanidade.

Na Espanha, é relativamente pacífico e tendencialmente crescente o reconhecimento da igualdade de direitos entre nacionais e imigrantes às prestações estatais (saúde, educação, segurança, previdência social, etc.). O relativo consenso claramente refere-se aos imigrantes regularmente aceitos pelos Estados. Nesse sentido, a regularização por meio de amnistias migratórias e acordos bilaterais tem sido medida recorrente para incluir os imigrantes na população destinatária destes direitos.

Estas medidas ad hoc, no entanto, não impedem a constância da presença de imigrantes não autorizados, o que complica essa equação. Que políticas têm Espanha? Como garantir direitos para pessoas não reconhecidas pelo ordenamento jurídico? Apesar de à primeira vista parecer paradoxal, é o que tem ocorrido em diversos países, e é o que dispõe um inteiro capítulo da Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias de 1990 (doravante, Convenção da ONU sobre Trabalhadores Migrantes). Estas medidas aparentam ser uma tímida e não declarada aceitação de que as migrações são “uma parte normal das relações sociais” (CASTLES, 2004) ou um movimento social em seu sentido literal (MEZZADRA, 2011), além da insuficiência do critério da nacionalidade para a titularidade da cidadania

## **MIGRAÇÃO E LABORAL**

No nosso entender, se no passado as migrações exerceram um papel fundamental no processo do desenvolvimento das economias em via de industrialização e modernização, atualmente a situação da migração caminha noutro sentido. As tendências dos fluxos migratórios à escala globais e regionais demonstram o dinamismo e a complexidade da migração laboral. Os fluxos migratórios Sul-Sul, incluindo a migração para os países vizinhos, são tão significativos quanto os fluxos Sul-Norte, e constituem efetivamente a tendência de crescimento mais rápido. Portanto, os países que tradicionalmente foram países de origem também se tornaram, num período de tempo curto, países de destino e de trânsito.

Dada a mudança na dinâmica da migração laboral, foram criadas novas oportunidades e também novos desafios.

De acordo com George Martine (2005), a migração de trabalhadores oriundos de países ou regiões mais pobres sempre foi funcional para as economias desenvolvidas. A demanda por trabalhadores migrantes vem aumentando constantemente, não somente nas atividades altamente qualificadas, mas também para trabalhos de baixa qualificação e salários inferiores, especialmente na agricultura, limpeza e manutenção, construção civil, serviço doméstico e a indústria do sexo. São as ocupações e trabalhos que os trabalhadores nacionais já não querem. Este cenário acontece também para as economias de alguns países da África. A título de exemplo África do Sul e Nigéria. Na África do Sul, a migração tem provocado fenômenos de xenofobia e vários tipos de violência contra os emigrantes.

No encontro da Cidade da Praia, Cabo Verde em 2018, os Líderes da francofonia mostraram-se preocupados com migração ilegal dos africanos para a Europa, os participantes disseram que, "a migração ilegal tornou-se para muitos jovens uma alternativa com o objetivo de contornar as necessidades básicas e fugir a atrocidades relacionadas com situações de precariedade, violência, injustiças e tensões diversas" num contexto de redução de oportunidades e aumento da pobreza, desemprego, conflitos e alterações climáticas<sup>7</sup>. No mesmo encontro, os Especialistas, presidentes e membros dos parlamentos dos países francófonos de África, Canadá e Europa instaram os deputados de outros espaços linguísticos a adotarem a harmonização de leis sobre a migração e a levarem a cabo campanhas de sensibilização sobre o respeito dos direitos dos migrantes.

Pesquisa abrangente, realizada por Skeldon, citado pelo Martine( 2005) concluiu que a migração pode ser um fator significativo para aliviar a pobreza. Segundo aquele autor, a evidência empírica sugere que a mobilidade promove o crescimento econômico e melhora as condições de vida da maioria da população, embora não de todos (SKELDON, 2002, p. 75-79). Também coincide com a opinião de Mármora (2000, p. 17) de que "os dados e as pesquisas existentes apresentam um quadro que tem pouco a ver com esse alarme." Mais contundente ainda é a opinião da Cepal (2002, p. 244).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os últimos debates em torno do fluxo migratório e as razões que levam os africanos a migrarem para Europa tem sido motivado pelo destino que lhe ofereça acolhimento, proteção e oportunidade para recomeçar a vida, conforme sabemos às condições de viagem pelo alto mar são perigosas e precárias com risco a sua própria vida.

Embora tenhamos ainda evidenciado que, todo o ser humano tem direito e liberdade de residir fora e dentro do seu estado e voltar no mesmo se constatar que, as razões que fizeram-no abandonar do seu país melhorar, depois de terem sido qualificadas as condições para a realização pessoal pode regressar. Entretanto para que isto possa acontecer, é um desafio aos governantes para que, trabalhe com todo afinco e que longe de estar a pôr um maior assento aos interesses económicos muito particular, devem olhar na grande maioria que prefere abandonar o seu país, pedindo não só o refúgio, mas para ser força de trabalho que possa produzir e atrair investimento e economia, a vida da população deve ser a prioridade dos governantes. Sendo vítima de fome, de guerra e outras catástrofes, nesta e noutras circunstâncias, os imigrantes devem ser acolhidos. No caso da Espanha os imigrantes são reconhecidos os seus direitos de liberdade como direito

<sup>7</sup> <https://www.dw.com/pt-002/1%C3%ADderes-da-francofonia-preocupados-com-migra%C3%A7%C3%A3o-ilegal/a-43850942>

fundamental, portanto gozaram de liberdades públicas. Na Itália, de tanto estar preocupado com o fenómeno migratório dos povos africanos aprovou um decreto-lei para a mitigação da entrada dos imigrantes no País. Fato como exemplo é a diminuição de facilidade para os estudos. Já com o Portugal, apesar da crise económica, o imigrante serve como mão-de-obra barata que contribui para a recuperação da economia, mas um outro fator que constatamos, os imigrantes para além de contribuir no setor turístico, vivendo em comunidades, podem manter as tradições culturais como identidades próprias.

Humanamente, é necessário formar, capacitar e sensibilizar aqueles que poderiam e deveriam tomar decisões tendentes a permitir que a migração internacional jogasse um papel mais eficaz no processo de desenvolvimento. Esse é o maior desafio para os estudiosos e ativistas da área de migração. Atualmente, não tanto no detalhamento adicional das tendências e padrões já bastante conhecidos e analisados, senão no desenvolvimento de argumentos que sejam capazes de conscientizar a sociedade civil e, por essa via, mobilizar os fazedores e tomadores de decisão a empreender ações mais eficazes nessa área.

Portanto, a forma com que a os países europeus e países africanos lidam com o fenómeno, atualmente, com os movimentos migratórios internacionais pode ser considerada desumana. A atitude concreta dos países europeus constitui uma manifestação importante das inconsistências entre o discurso e a prática liberal na atual fase de globalização.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zajar, 2003.

CEPAL. **Globalización y Desarrollo**. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, 2002. 396p. <https://www.dw.com/pt-002/l%C3%ADderes-da-francofonia-preocupados-com-migra%C3%A7%C3%A3o-ilegal/a-43850942> . Acesso em 28 de novembro de 2019.

MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. São Paulo **Perspec**. vol.19 no.3 São Paulo July/Sept. 2005

MARMORA, L. Perspectivas migratorias em el proceso de globalización. In: **Migrações Contemporâneas**: Desafios à vida, à cultura e à fé. Brasília: Centro Scalabrino de Estudos Migratórios, 2000.

MEZZADRA, Sandro. **Diritto di Fuga**. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione. Verona: Ombre Corte, 2006.

MEZZADRA, Sandro. The Gaze of Autonomy. Capitalism, Migration and Social Struggles. In: SQUIRE, Vicki. **The Contested Politics of Mobility**: Borderzones and Irregularity. London: Routledge, 2011.

MOULIN, C. **Eppur si muove**: mobilidade humana, cidadania e globalização. Contexto Internacional, v. 33, n. 1, 2011.

OIT: **O futuro do trabalho Iniciativa do Centenário**, Relatório do Diretor-Geral, Relatório I, CIT, 104ª Sessão, 2015, Genebra, parágrafo 61; OIT: Towards the ILO centenary: Realities, renewal and tripartite commitment, Relatório do Diretor-Geral, Relatório I(A), CIT, 102ª Sessão, Genebra, 2013.

OIT: **The future of labour supply**: Demographics, migration, unpaid work, The Future of Work Centenary Initiative Issue Note Series 2, nov. 2016, p. 5, e também outras notas desta série

disponíveis em: <http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--en/index.htm>. Acesso em 14/12/2018.

RELATÓRIO IV. Enfrentar os desafios da governação no contexto de mudança na migração laboral. **Conferência Internacional do Trabalho**, 106ª Sessão. Genebra, 2017

SAYAD, Abdelmalek. **La double absence**. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré. Paris: Seuil, 1999.

SKELDON, R. Migration and poverty: ambivalent relationships. **Asia-Pacific Population Journal**, Bangkok, v. 17, n. 3, p. 67-82, 2002.

WENDEL, C. W. de. **Il diritto di migrare**. Trad. it. di E. Leopardi. Roma: Ediesse, 2015. OIT, OCDE e Banco Mundial: The Contribution of Labour Mobility to Economic Growth, artigo conjunto para a Reunião de Ministros do Trabalho e do Emprego do G20, Ancara, Turquia, 3-4 setembro de 2015, pp. 3-4.

WENDER Anne-Sophie, **Rapport sur la situation alarmante des migrants subsahariens en transit au Maroc et les conséquences des politiques de l'Union Européenne**, Paris: Cimade, 2005.

# SOCIEDADE INTERNACIONAL: OS IMPACTOS DA SOBERANIA E DA GLOBALIZAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL DE REFÚGIO

**Laura Galvão Marques Cavalcante**

Mestranda em Direitos Fundamentais (FADIC). Advogada (OAB/PE).

## INTRODUÇÃO

O direito internacional cria relações legais recíprocas no cenário planetário. A maior consequência disso é compreender o mundo como uma sociedade. Desta forma, algumas características podem ser observadas, como a universalidade, igualdade, interestatalidade e descentralidade.

Neste contexto em que a ordem universal se institui, questiona-se a força da soberania dos Estados. Dois são os principais motivos: os direitos dos indivíduos são garantidos independentemente do crivo estatal, por tornarem-se sujeitos de direito internacional, o que desconstitui a ideia do contrato social, tornando-o desnecessário e a globalização homogeneiza os preceitos mundiais.

Todavia, críticas são tecidas frente a estes aspectos, pois os direitos individuais só são efetivados nacionalmente. A globalização possui uma ideologia homogeneizadora, porém não apoia o fracasso do Estado. Primeiro porque é uma política econômica e o Estado é a entidade que efetiva e regula os negócios territorialmente. Segundo porque a integralização não é assimilada uniformemente em todo o mundo, o que acaba aumentando as desigualdades entre as nações.

Faz-se necessário o estudo da sociedade internacional e da soberania para perceber a importância dos direitos individuais na legislação internacional, o grau de aceitação desta, bem como a sua eficácia. Somente assim é possível mensurar como os refugiados e seus direitos são compreendidos no mundo.

## ANÁLISE ORGANIZACIONAL DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

O direito internacional pode ser compreendido de várias formas. Segundo Bull, o direito internacional é um conjunto de regras que conectam os Estados e outros agentes da política mundial em suas relações. Estas regras são consideradas reciprocamente obrigatórias, por isso é possível considerar a existência de uma sociedade internacional. (BULL, 2002, p. 147-149).

Raciocinando analogicamente, a sociedade internacional funcionaria do mesmo modo que as internas de cada Estado-nação. Isto porque haveria uma colaboração mútua entre os envolvidos na relação, todos viveriam em um mesmo tempo e espaço e possuiriam preceitos comuns.

Deste modo é possível deduzir que o conceito de direito internacional está intimamente ligado ao de sociedade internacional, uma vez que são as obrigações recíprocas, constituídas pelo direito internacional, que transformam as relações entre os Estados em sociedade. Esta possui algumas características. São elas: universalidade, igualdade, interestatalidade e descentralidade.

A universalidade é o entendimento de que há um mínimo ético irreduzível, como nos direitos humanos, que decorrem da dignidade humana, um valor intrínseco à condição humana (PIOVESAN, 2011, p. 44). A igualdade é a concepção de que os Estados se encontram

hierarquicamente no mesmo nível. A interestatalidade é a coexistência entre os Estados. Por último, a descentralidade é a divisão do poder de coerção entre todos os membros da sociedade.

Ao comparar o direito internacional com o interno, divergências foram encontradas, o que causou controvérsia. O status das regras internacionais foram questionados. Alguns doutrinadores chegaram a compreender que não se tratava de leis e esta conclusão seria um grave problema para a efetivação do direito internacional, pois os Estados poderiam decidir por não o adotar ou não o respeitar. Em se tratando da tutela de direitos universais, tais medidas seriam um caos para a sociedade internacional.

A inexistência, na sociedade internacional, de um poder coercitivo advindo de um soberano, característica tradicional das leis internas, levantou a indagação acerca da classificação das regras de direito internacional. Caso fossem consideradas leis, deveriam estar dotadas de coerção, como originalmente sugeriu Hobbes, quando disse que não existe lei quando falta um poder comum; John Austin, quando pregou que a lei seria a ordem de um soberano e Kelsen ao explicar que a lei se distingue das outras ordens sociais por possuir um caráter coercitivo (BULL, 2002, p. 150).

Os estudiosos tradicionais entendem que a característica fundamental da lei é a existência de um poder coercitivo. Entretanto, este raciocínio no direito internacional não é tão simples. No direito nacional o poder coercitivo é observado nas mãos do soberano, porém este não existe no âmbito internacional já que todos os Estados são iguais entre si. Enquanto nacionalmente há um poder coercitivo, que obriga obediência, internacionalmente há um dever de cooperação recíproca.

Ainda que a coercitividade do direito internacional não seja compreendida com clareza, tal fato não pode afastar de suas regras o caráter legal, porque acreditar que elas têm o status de lei torna possível a realização de atividades importantes na sociedade internacional. Disto decorre a necessidade de entender que as regras de direito internacional possuem status legal.

Na busca pela melhor explicação para dar a estas regras o status legal, surgiu uma corrente doutrinária que afirma existir coercitividade no plano internacional através das sanções por meio da força ou da coerção. Para tanto não seria necessária a existência de um governo mundial, acima de todos os Estados (BULL, 2002, p. 150), pois este seria encontrado de outras formas como, por exemplo, através das sanções que usam da força ou da coerção como uma forma de punição por violação legal ou para implementar uma lei.

Segundo Hans Kelsen, a lei é uma ordem coercitiva e possui como característica principal o monopólio da força. No que tange ao âmbito internacional, esta ordem coercitiva é baseada em sanções descentralizadas. Isto ocorre porque elas são aplicadas individualmente por cada Estado que em suas ordens legais exercem o monopólio da força (BULL, 2002, p. 151).

Nacionalmente as sanções são consideradas centralizadas porque partem de uma única figura, o soberano e apenas ele é legítimo para aplicá-la. No âmbito internacional mutuamente os participantes da sociedade possuem o poder de sanção, pois a posição hierárquica é igual entre eles. Ante a igualdade, surge a descentralização.

O problema é que embora os Estados utilizem os atos de coerção para garantirem os seus direitos, não é em nome deles que o faz. Não é o desejo de aplicar e manter a lei que leva aos atos de coerção. Os Estados usam a força com objetivos políticos, para ganho material, por medo de outros Estados ou porque almejam impor um credo ou uma doutrina. Sendo assim, dizer que as regras são dotadas de coerção, porque se infringidas levam uso da força, não é totalmente correto. Afinal, não é este o único motivo.



Tal situação fragiliza o argumento de que as normas de direito internacional são dotadas de coerção. Isto porque não é em nome da lei, embora a favor dela, que tais atos são praticados. Neste caso, um modo alternativo seria desconstruir a ideia clássica de que só há lei quando houver coercitividade.

Na busca pela defesa do status legal do direito internacional, melhor seria questionar a doutrina de Hobbes e seus sucessores, que acreditavam que a lei implicaria obrigatoriamente em sanções com o uso da força ou da coerção (BULL, 2002, p. 153). Noções de regras legais baseadas em sanções derivam do direito nacional, porém não são uma característica obrigatória, o que retira a necessidade de estar presente no direito internacional. A ideia não é retirar o status legal do direito internacional, mas sim questionar a necessidade da coerção. Um exemplo é a resolução da Organização das Nações Unidas, que possui status legal, mas não é dotada de coerção.

As resoluções da Organização das Nações Unidas têm status legal, principalmente as da assembleia geral, quando aprovadas de forma reiterada pela maioria; quando revestidas de solenidade especial; quando apoiadas pelos Estados dos dois principais sistemas socioeconômicos ou dos três principais grupos políticos. Ao serem tomadas em conjunto, as resoluções da assembleia geral proporcionam uma fonte rica de evidência do desenvolvimento da lei consuetudinária. (BULL, 2002, p. 172).

O direito internacional deve ser compreendido como uma realidade social. A obediência dos Estados ocorre em parte por hábito e outra por inércia. O respeito ao direito se dá não pelo fato de que os membros da sociedade pretendem seguir os princípios em detrimento de seus interesses, mas sim pelo fato de que estes princípios se adequam aos seus interesses. Sendo assim, a função primordial do direito internacional é identificar os princípios e proclamar as suas supremacias. Além disso, deve expressar regras básicas de coexistência entre os membros da sociedade internacional. Entretanto, quando as obrigações legais conflitarem com os interesses dos Estados correram o risco de serem desrespeitadas.

A atuação em conformidade com a norma possui três motivações. Em primeiro lugar, a obediência pode se dar porque há uma exigência legal e a ação ordenada legalmente é considerada valiosa, mandatária ou obrigatória, com um fim em si mesmo, como meio de realizar valores. Estas normas são conhecidas como direito internacional da comunidade. Em segundo lugar, a obediência pode advir da coerção ou da ameaça. Estas normas são reconhecidas como direito internacional do poder. Em terceiro lugar, a obediência pode surgir em decorrência do interesse de um Estado na reciprocidade com os outros. Estes acordos e princípios são reconhecidos como o direito internacional da reciprocidade (BULL, 2002, p. 161).

O direito internacional não é condição necessária a ordem internacional, as suas funções são essenciais mais podem ser exercidas de outras formas. Além disso, o direito internacional não é suficiente para manter a ordem internacional e algumas de suas medidas até a prejudicam como, por exemplo, a discussão sobre os direitos humanos, que é causa de tensão entre os Estados. O direito internacional é instrumento para outros objetivos que não a ordem internacional, propósitos políticos e a promoção a ordem são um deles.

Os Estados eram os únicos sujeitos de direito internacional, contemporaneamente os indivíduos também são, como é possível observar na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Ademais, as organizações internacionais interestatais também fazem parte desses sujeitos de direito. Esta mudança transformou o direito em mundialmente comunitário. Phillip Jessup diz que houve uma modificação do direito internacional para o transnacional e explica que este regula todos os eventos e ações que transcendem as fronteiras nacionais. De acordo com C.

Wilfred trata-se de um direito comum da humanidade. Já Percy Corberth pregou que o direito internacional se transformou em direito mundial (BULL, 2002, p.168).

Se os direitos do indivíduo são confirmados internacionalmente, ainda que contra os interesses dos seus Estados e se estes direitos são proclamados independentemente de sua situação como cidadão, então a soberania estatal sobre os cidadãos, que implica dever de obediência, é contestada e a estrutura da sociedade dos Estados soberanos é posta em perigo. Uma vez que o indivíduo não precisa da condição de cidadão para ter seus direitos efetivados, o dever de obediência torna-se desnecessário.

Tal fato quebra com a proposta de Hobbes do contrato social, que prega a mitigação da liberdade pessoal em prol do soberano para que este garanta os direitos dos cidadãos. Tal afirmação retira o Estado-nação do cenário principal do direito internacional e o substitui pela sociedade internacional, trocando assim a soberania pela universalização, que é o direito internacional pertencente a todos os povos, com preceitos comuns.

Corroborando com os preceitos de universalização está o direito cosmopolita, que se limita a hospitalidade universal e se estabelece diante do princípio de que todos tem o mesmo direito originário sobre o solo. Sendo assim, nenhum ser humano possui mais direito do que outro na terra. O direito sobre o solo é decorrente do direito à liberdade sobre o corpo, que precisa de espaço e da propriedade coletiva originária sobre o solo. Entretanto este não é um direito adquirido.

Todo cidadão da terra possui o direito de tentar a comunidade com todos, de modo que para isto visite os diversos lugares da terra e não seja tratado como inimigo. Sendo assim, haverá uma lesão a este direito quando os que chegam não são suportados por aqueles que ali estão.

Neste sentido, critica-se a noção de “nações civilizadas”, que se refere eufemisticamente à conquista de outros povos. Os Estados civilizados são inospitais e ao visitarem os países e povos estrangeiros encaram como um ato de conquista, o que aumenta a injustiça. De acordo com Kant, este ato reduz o outro a nulidade, tornando impossíveis as relações pessoais (NOUR, 2004).

Diante disso, percebe-se que os direitos humanos dos refugiados são universais e devem ser promovidos independentemente de fronteiras. Compreender esta questão de modo diverso implica na ofensa aos direitos originários e no fracasso das relações interestatais. Tal fato não colocaria em risco apenas a efetividade de direitos fundamentais, mas também a paz mundial.

## **O ESTADO-NAÇÃO E A SUA SOBERANIA FLEXIBILIZADA**

No direito romano, o instituto similar ao da soberania clássica era o poder de império. Através dele, os romanos acabavam por impor suas vontades aos povos vencidos, possuíam autoridade suprema sob a população e o território e o único limite eram as suas próprias leis (PESSÔA, 2011, p. 560).

As navegações modificaram a distribuição de poder no mundo. A criação do Estado moderno, soberano, estabeleceu relações diferentes das que ocorriam na idade média. Jean Bodin definiu a soberania como um poder estatal absoluto, perpetuo, inalienável, uno e indivisível, limitado apenas pelo direito natural e a igreja. (BARROS, 2011).

A modificação conceitual da soberania demonstra que esta não pode possuir um conceito rígido. Inicialmente foi compreendida como o domínio dos povos e a supremacia do território, posteriormente transformou-se em um poder absoluto e arbitrário, que motivou lutas sociais para sua limitação.

Na busca por critérios de delimitação e diferenciação a soberania foi dividida em duas: interna e externa. A primeira diz respeito ao domínio do Estado frente ao seu território, sua população e sua ordem jurídica interna. A segunda representa o poder do Estado de celebrar pactos e tratados internacionais.

A maior transformação da soberania ocorreu ao passo em que a política de proteção aos direitos humanos se desenvolvia. De acordo com Falk, o surgimento dos direitos humanos acentuou a diferença entre a soberania interna e a externa (FALK, 2000).

Ao passar dos anos a soberania se tornou um pilar da ordem mundial. Ao analisá-la é possível perceber as características da sociedade internacional, por trata-se de um critério medidor de envolvimento dos Estados. O poder soberano não pode mais ser atrelado apenas ao território. Contemporaneamente, ele está ligado a ideia de cooperação internacional, que age em busca de finalidades comuns. O Estado não é visto como um ente isolado, supremo e independente, mas sim como membro da sociedade internacional.

Ainda que culturalmente diferentes, socialmente os Estados se encontram atrelados por relações recíprocas, que são regidas por preceitos comuns, mínimos éticos, como os direitos humanos, intrínsecos a todos os indivíduos. Por isso, um ato de soberania internacional também será um ato de respeito aos direitos humanos, que parte da premissa de que as nações devem respeitar os direitos do homem e vigiar os atos que os transgrida (PESSÔA, 2011).

Segundo Bobbio,

[...] posta na base de uma nova concepção de Estado- que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais um fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência – a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos (BOBBIO, 1992)

Desde os primórdios os direitos humanos foram considerados uma preocupação do direito internacional. Entretanto após os horrores da segunda guerra houve uma necessidade de a sociedade internacional repensá-lo e redefini-lo. Duas grandes consequências surgiram. O conceito de soberania absoluta foi modificado e o indivíduo foi incluído como sujeito de direito internacional, o que trouxe o fortalecimento dos direitos humanos.

Ao ser incluído como sujeito de direito internacional o indivíduo passou a possuir mecanismos processuais para garantir sua proteção. O conceito de soberania estatal absoluta – Estado como único sujeito de direito internacional - foi abandonado em prol da proteção e do amparo dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, nacional e internacionalmente. Entre outras medidas tomadas para fortalecer os direitos do homem duas foram mais importantes: a busca pela salvaguarda de uma existência minimamente digna e a diminuição das distinções ou ofensas existentes, sejam nacionais, sociais ou raciais (FRENEDA, 2011).

Estes ideais foram aceitos com facilidade pela sociedade internacional que ainda estava sobre os efeitos dos horrores da guerra. Entretanto, apenas a declaração formal da existência desse direito não seria suficiente, por isso criou-se instrumentos de consolidação, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ao passo que os Estados assumem compromissos mútuos através de convenções e tratados, que mitigam seus poderes discricionários, reduzem a sua soberania. Internamente, esta redução é demonstrada ao reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional. Externamente, a redução se mostra ao reconhecer que outros Estados também são dotados de soberania.

Quando um Estado reconhece um compromisso, impõe-se restrições e limites, pois deve respeitá-lo, não podendo, posteriormente, alegar juridicamente apenas a sua vontade para se excluir das obrigações que escolheu se impor (MAZZUOLI, 2004). O Estado, quando aceita a posição de colaborador ao lado dos demais membros da sociedade, torna pleno o conceito contemporâneo de soberania compartilhada, que nada mais é que o respeito mútuo entre os Estados em prol os objetivos comuns, respeitando as normas pactuadas e os direitos humanos (FRENEDA, 2011).

A proteção aos direitos humanos deve ultrapassar fronteiras e nações, não se justificando desrespeitar internamente a dignidade humana sobre o fundamento de que a soberania nacional estaria sendo ofendida ou suplantada. Deve-se observar os princípios da dignidade instituídos pelos mecanismos coletivos internacionais, que representam os interesses dos povos e não apenas a economia global, pois a proteção aos direitos humanos é a garantia da existência da própria humanidade.

O novo entendimento que superou o conceito tradicional de soberania levou alguns autores a questionar o seu plano existencial. Entretanto, a concepção de soberania ainda subsiste, mesmo que flexibilizada.

## **CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA SOCIEDADE INTERNACIONAL**

A compreensão do mundo como sociedade, a inserção dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, a efetivação dos seus direitos sem o crivo do Estado e o reconhecimento de uma ordem legal sem coerção, levaram ao enfraquecimento da figura do Estado-nação. Alguns doutrinadores chegaram a acreditar que este estaria fadado ao fracasso por falta de finalidade. Todavia, esta dedução é precoce, pois um outro fenômeno deve ser considerado: a globalização.

Em um contexto de globalização, dois entendimentos importantes acerca dos Estados são apresentados. O primeiro o interpreta como um soberano fragilizado, que só possui como função garantir os negócios globais. O segundo o concebe como um soberano forte, que controla os negócios internos, mas que ao assimilar os preceitos comuns de um mundo globalizado, aumenta as desigualdades internas.

A flexibilização da soberania levou a compreensão de que os Estados se encontravam fragilizados. A globalização, como fenômeno de integração social internacional, em tese, deveria contribuir para o fortalecimento desde pensamento. Entretanto, por também se tratar de um acontecimento econômico, corrobora com a função primária estatal, ou seja, com o controle dos povos e do território.

Por um lado, este controle poderá ser percebido como a única função do Estado, existente apenas como meio para manter a ordem e eficácia dos negócios globais, sem interferir neles. Por outro, como forma de selecionar quais os negócios aptos para ingressar no território nacional. Todavia, será um ponto de intercessão nessas duas vertentes afirmar que o Estado está inserido na sociedade internacional e é por ela influenciado.

Os que são adeptos da primeira corrente explicam que os ideais de uma ordem universal vão de encontro aos negócios mundiais. A universalização transmitia a esperança, a intenção e a determinação de se produzir a ordem universal. Este termo se refere aos efeitos globais, que notadamente não são pretendidos, nem previstos pelas iniciativas empreendimento globais (BAUMAN, 1999). Isto porque o Estado funcionaria como garantidor dos negócios e a substituição dele por algum tipo de potência global prejudicaria os interesses do mercado internacional.

Historicamente é característica do Estado possuir recursos para se estabelecer e impor normas, inclusive de negociações, em um território, bem como ser uma entidade hierarquicamente organizada, dotada de soberania. Todavia, contemporaneamente não é bem assim. Diante de todas as mudanças já expostas, a soberania se tornou enfraquecida. A nova concepção apresenta, para a primeira corrente, um Estado fraco e impotente.

O Estado possui apenas a necessidade básica, ou seja, a repressão. De base material destruída, soberania e independência anuladas, classe política apagada, o Estado-nação se torna apenas um serviço de segurança. Ele seria reduzido ao papel de policial local, com a função de garantir o nível necessário de ordem para realização dos negócios (BAUMAN, 1999). Entretanto, seria fraco para impor freios às empresas globais, incapaz de ser temido. Diferentemente da ideia anterior de que a ordem global resultaria da cooperação entre os membros da sociedade internacional, nesta visão crítica ela seria a reunião de ordens locais. Cada Estado cuidaria de seus interesses locais.

Uma crítica mais branda a respeito dos efeitos da globalização é a apresentada pela segunda corrente, que parte do pressuposto de que a globalização pretende homogeneizar os membros integrantes da sociedade internacional, mas o efeito colateral disto é aumento das desigualdades internas de cada nação, pois as assimilações dos preceitos internacionais não acontecem com igualdade no mundo.

A globalização exige a eliminação das fronteiras geográficas nacionais e difunde a modernização, expansão econômica, política, militar e territorial, fundindo e destruindo identidades nacionais pela imposição de governos e modos de produção, enquanto mundializa a cultura (GUERRA, 2004, p. 336). Porém, não ocorre desta forma. O mercado global se apresenta como capaz de homogeneizar o planeta, enquanto, na verdade, as diferenças locais são profundas. Busca-se a uniformidade, mas o mundo se torna menos unido, o que torna distante a ideia de uma cidadania universal, ao passo que o consumo é estimulado (SANTOS, 2001, p. 9).

A universalização busca um mundo igualitário, uniforme, com ideais similares. Embora a globalização esteja impregnada dessa ideologia, por ser um processo de aprofundamento internacional de integração econômica, social, cultural e política, quando é assimilada de formas diferentes dentro de cada Estado o efeito é reverso. Sendo assim, o que deveria unir as regiões do mundo as distancia.

Deste modo, o Estado é fortalecido para atender a economia e garantir os interesses internacionais, em detrimento das populações, cuja vida se torna mais difícil. A fome e o desabrigo são gerais em todos os continentes. Somente é possível pensar na construção de um novo mundo através de uma globalização mais humana. (SANTOS, 2001, p. 10). Humanizar a globalização seria buscar uma integração que respeitasse o tempo de assimilação de cada Estado e os direitos humanos, não apenas que visasse os lucros.

Não há dúvidas de que a noção de soberania foi revista. Entretanto, para esta segunda corrente, o Estado continua forte e a maior prova disso é que as empresas transnacionais e as instituições supranacionais não possuem força normativa para impor, dentro de cada território, sua vontade econômica ou política, uma vez que cabe ao Estado nacional regular o mundo financeiro e construir infraestruturas, atribuindo às empresas escolhidas a condição de viabilidade. O mesmo ocorre com as instituições supranacionais, cujas recomendações precisam de decisões internas de cada país para que possuam efetividade (SANTOS, 2001, p. 38).

A função do Estado não será apenas de manter a ordem e de efetivar os negócios impostos pela globalização, como dito pela primeira corrente, posto que só é efetivado nacionalmente o que for aprovado por ele, através de seu poder legislativo, constitucional, que ratifica as leis

internacionais e permite o funcionamento de empreendimentos estrangeiros no país. Ademais, a cessão da soberania não é natural e automática, uma vez que depende da forma como o governo de cada país decide se inserir na globalização (SANTOS, 2001, p. 38). Ou seja, o Estado regulará seu nível de inserção na globalização e na sociedade internacional, o que automaticamente determinará o grau de flexibilização da sua soberania.

Outra questão importante diz respeito aos direitos humanos individuais. Ainda que o indivíduo tenha se tornado sujeito de direito internacional e tenha garantido a sua proteção para além do Estado, seus direitos só podem ser efetivados por este e o motivo é simples: os organismos de proteção interestatais, que garantem estes direitos internacionalmente, não possuem território e os outros Estados não assimilam facilmente estrangeiros. Sendo assim, a única forma de tutela e garantia desses direitos é pelo Estado, como cidadão.

O cidadão de um lugar pretende também se tornar do mundo, porém este não regula lugares. O cidadão do mundo é uma promessa distante. Os atores globais eficazes são antihomens e anticidadãos, sendo as realidades nacionais as únicas condicionantes para a existência de um cidadão. Assim, o cidadão só o é como cidadão de um país. A cidadania plena depende de soluções locais (SANTOS, 2001, p. 55).

A história elucida porque o estrangeiro não é uma figura interpretada positivamente. Tal esclarecimento repousa na evolução do conceito de humanidade. Primordialmente, os homens não eram aqueles que pertenciam a espécie humana. Em Roma, no período republicano, a palavra 'humanitas' era utilizada para distinguir o homo humanus, o romano educado, do homo barbarus, aquele que não era um cidadão romano (DOUZINAS, 2011, p. 4). Ou seja, só era considerado homem, correto, educado, aquele que pertencesse a Roma, caso contrário, não era tido como um.

Posteriormente, com a expansão da igreja católica, compreendeu-se que todos são iguais perante Deus, iniciando-se o universalismo, pois todos os povos seriam igualmente parte da humanidade. Entretanto, aqueles que eram considerados pagãos somente deveriam ser reconhecidos como iguais se aceitassem o catolicismo. Já aos não-católicos, assumidamente de outras religiões, não haveria possibilidade deste reconhecimento.

A separação clássica entre grego (ou humano) e bárbaro era baseada em fronteiras territoriais claramente demarcadas. No império cristão, a fronteira foi internalizada e dividiu o globo conhecido diagonalmente entre o fiel e o pagão (DOUZINAS, 2011, p. 4).

No final do século XVIII, a noção de humanidade foi revista, passando a ser empregada no sentido que conhecemos hoje. Neste período, a ideia de humanidade foi transferida de Deus para a natureza. O conceito de 'homem' foi criado e transformado em um valor absoluto e inalienável, em torno do qual todo o mundo girava. (DOUZINAS, 2011, p. 5). A inalienabilidade foi atrelada aos direitos naturais porque eles existiam independentemente de um governo para efetivá-los e eram a representação dos eternos direitos dos homens, inextinguíveis.

Ainda que o entendimento acerca dos direitos do homem tivesse mudado, possuía raízes dos entendimentos anteriores. A Declaração francesa é uma prova disso. Neste instrumento o homem era tido como universal, social, mas precisava de um ato que assim o declarasse, através da associação política nacional e estatal. Além disso, o homem particular, indivíduo, era o cidadão nacional e somente ele possuía direitos.

A humanidade era obtida através da aquisição dos direitos políticos. Desta forma, o estrangeiro, por não ser cidadão, não integrava o Estado, não possuía direitos e era considerado menos humano. Relacionando às épocas anteriores, o estrangeiro moderno é o bárbaro ou o pagão, o inumano ou o subumano. Sendo assim, a humanidade estaria atrelada à cidadania. Hodiernamente estes conceitos ainda estão vinculados. Em um mundo globalizado, não possuir

cidadania, ser um refugiado é ser um representante histórico da inumanidade. A solidariedade e a compaixão são sentimentos vinculados a empatia, porém só existe capacidade de identificação com semelhantes. Ou seja, não há uma interpretação positiva do estrangeiro, nem o desejo de amparo aos refugiados porque, historicamente, eles não são tidos como semelhantes aos nacionais, nem sequer aos “humanos”.

Deste modo, a única forma de garantir os direitos de um indivíduo será na figura de cidadão, integrante de uma nação. Trata-se de uma construção de baixo para cima e o principal é a existência de individualidades e de garantias jurídicas para elas. A base geográfica para isso será o lugar, que é considerado como espaço para o exercício da existência plena (SANTOS, 2001, p. 55).

A questão é que o refugiado perdeu a cidadania por falta de proteção, guerra ou até perseguição de seu Estado. Sendo assim, deixará de ter seus direitos efetivados. A solução seria a busca pela inserção em outro território, porém na prática esta lógica não é tão simples pois, embora existam organizações interestatais para tutelar seus direitos, nenhum outro país, ainda que obrigado por tratados e convenções, o assimilará com facilidade.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos humanos dos refugiados são universais e devem ser promovidos independentemente de fronteiras e ideologias nacionalistas. Compreender esta questão de modo diverso implica na ofensa aos direitos originários e no fracasso das relações interestatais, arriscando não apenas a efetividade de direitos fundamentais humanos, mas também a paz mundial.

A proteção desses direitos deve ultrapassar fronteiras e nações, não se justificando desrespeitar a dignidade humana sobre o fundamento de ofensa à soberania, a homogeneidade nacional, a segurança interna ou estabilidade econômica, pois tais argumentos possuem uma carga estigmatória e preconceituosa. O refugiado, quando acolhido, beneficia a sociedade interna com seus predicados culturais e individuais. A violação de direitos fundamentais com base em afirmações que beiram o cego idealismo e sem comprovações práticas deve ser inadmitida no âmbito do direito internacional. Os princípios da dignidade instituídos pelos mecanismos coletivos internacionais, que representam os interesses dos povos e não apenas a economia global deve ser respeitada, uma vez que a proteção aos direitos humanos é garantia da existência da própria humanidade.

A concepção de soberania, como forma de imposição da vontade maior do Estado, ainda subsiste, mesmo que flexibilizada por organismos de direito internacional que determinaram o indivíduo como sujeito de direitos neste arcabouço protetivo. Ainda que para uma eficácia plena seja necessária uma atuação territorial.

O refugiado perdeu a cidadania por falta de proteção, guerra ou até perseguição de seu Estado. Sendo assim, deixará de ter seus direitos efetivados. A solução natural deveria ser a busca pela inserção em outro território, porém, na prática, como foi observado, não ocorre facilmente pois, embora existam organizações interestatais para tutelar seus direitos, nenhum outro país, ainda que vinculado por tratados e convenções, o assimilará rapidamente.

Sendo assim, é necessário repensar os paradigmas que fundamentam este impasse na ceara do direito internacional, pois, por si só, não haverá uma resolução prática e célere que respeite a dignidade humana, porque este é o lado mais vulnerável e não possui forças para efetivar e impor seus direitos.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alberto Ribeiro. **10 lições sobre Bodin**. São Paulo: Vozes, 2011.
- BAUMAN, Zygmund. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BULL, Hedley. **A sociedade anárquica: ordem na política mundial**. São Paulo: universidade de Brasília, 2002
- DOUZINAS, Costas. **Os Paradoxos Dos Direitos Humanos**. Traduzido por Caius Brandão. Pensar Os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. V.1, N. 1, 2011.
- FALK, Richard A. **Human Rights horizon: the pursuit of justice in a globalizing world**. New York/London: Routledge, 2000
- FRENEDA, Eduardo Gomes. **Da Internacionalização dos Direitos Humanos e Da Soberania Compartilhada**. 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Soberania e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2004.
- NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e relações internacionais**. Martins Fontes, 2004.
- PESSÔA, Fernando José Breda. **A Transformação da Soberania e o Tribunal Penal Internacional**. 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. Saraíva, 2011.
- SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização do Pensamento Único à Consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.



# O CAMPO COMO MARCO CONTEMPORÂNEO: A SITUAÇÃO JURÍDICA DO REFUGIADO ATRAVÉS DA RELAÇÃO ENTRE SOBERANIA E BIOPOLÍTICA ARTICULADA POR GIORGIO AGAMBEN

Luciana Regina de Macêdo Ferreira

Graduanda em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO: A CONTEMPORANEIDADE DE GIORGIO AGAMBEN

Comentar o trabalho do filósofo italiano Giorgio Agamben implica passar por uma vasta gama de áreas de conhecimento, um percurso cujo intento pode ser, com certo esforço, definido como empreender uma visualização da vida humana a partir da convergência entre atualidade e retrospectiva, denunciando-a como cindida por violências progressivamente sistematizadas que são abrigadas pelo direito – seus primeiros livros podem ser vistos como leituras da modernidade, iniciando-se com a questão da arte e da estética e, através dela, conduzindo à ética e à política; momento em que se estabelecem suas afinidades, seu vocabulário e problemas que serão enfrentados (CASTRO, 2012, p. 5). Através dos trabalhos que constituem a série *Homo Sacer*, provavelmente seus escritos de maior ressonância, cujo tema central é também a grande questão recorrente em Agamben – a relação entre a política e a vida (CASTRO, 2012, p. 37) –, desenvolve-se uma longa investigação que conecta temas como lei, soberania, biopolítica, governo e, precisamente, a vida submetida ao governo, construção que pode ser centralizada em uma imagem recorrente em seu pensamento: o estado de exceção. Segundo o autor, se um livro abriga algo como um centro que permanece escondido, sendo o processo de escrita uma forma de aproximar-se dele, de encontrá-lo ou mesmo de evitar tal centro, esse núcleo problemático seria, em sua obra *Estado de exceção (Homo Sacer II)*, a relação entre anomia e direito, que ele consolida como o elemento constitutivo da ordem jurídica. Assim, seu objetivo é o de analisar a duplicidade no cerne da natureza da lei, a ambiguidade essencial que faz a ordem jurídica parecer “sempre dentro e fora de si mesma, simultaneamente vida e norma, fato e direito”. O estado de exceção faz emergir aos olhos esse caráter ambivalente, enquanto mantém unidos os aspectos contraditórios do sistema jurídico. Institui, assim, o nexos entre violência e direito, ao mesmo tempo em que, ao assumir sua forma “efetiva”, dá forma à possibilidade de romper com esse nexos (AGAMBEN, 2006, p. 133-134) – noção que dialoga profundamente com a concepção acerca de violência e norma elaborada por Walter Benjamin.

A formação inicial de Agamben é jurídica: estudou direito e aproximou-se da filosofia na Universidade de Roma (Disponível em: <<https://egs.edu/faculty/giorgio-agamben>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019), tendo escrito uma tese não publicada, em filosofia do direito, acerca do pensamento político de Simone Weil, relativamente desconhecida na Itália da época – 1965. Impressionou Agamben a crítica por ela realizada sobre as noções de personalidade e lei em *A pessoa e o sagrado*, levando-o a apontar que sua própria crítica do direito, nunca abandonada desde a publicação do primeiro volume de *Homo Sacer*, tenha, talvez, suas raízes fincadas no ensaio de Weil (Disponível em: <<http://jcrt.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019). Prossegue seus estudos em aproximação a Heidegger: em 1966 e 1968, participa dos seminários por ele ditados em Le Thor, no sul da França, sobre Heráclito e Hegel. Agamben recorda, em *Ideia da Prosa*, tais imagens: o seminário ambientado em um jardim sombreado por grandes árvores, ou, fora do povoado, em um refúgio perdido em meio a oliveiras

(CASTRO, 2012, p. 33); ou as refeições compartilhadas em que perguntava as questões que lhe interessavam – se ele havia lido Kafka, se conhecia Benjamin. E afirma que o encontro com Heidegger, igualmente ao com Benjamin, dá-se de maneira nunca finalizada, como influência contínua – ambos são definidos como eventos muito grandes para que aconteçam de uma só vez: permanentes (Disponível em: <<http://jrcrt.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019). Vai mais longe ao considerar incalculável o débito que possui com Benjamin: sem ele, suas incursões em campos tão diversos como teologia e direito, política e literatura, não teriam sido possíveis. Além de tradutor da obra de Benjamin para o italiano, ele descobriu seus manuscritos por duas vezes; primeiro em Roma, na casa de um amigo da juventude do primeiro, depois na Biblioteca Nacional de Paris – o que Agamben atribui ao fato de que “quando alguém persegue um autor tão intensamente, produzem-se fenômenos que parecem quase mágicos, mas que são apenas o resultado dessa intimidade” (Disponível em: <<http://jrcrt.org/religioustheory/2017/02/06/philosophy-as-interdisciplinary-intensity-an-interview-with-giorgio-agamben-antonio-gnolioido-govrin/>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019).

As temáticas de Agamben afiguram-se melhor quando se visualiza sua rede de influências e aproximações: há Foucault e seu método arqueológico; a simultaneidade entre Heidegger e Benjamin em que, segundo o autor, o pensamento do último tenha talvez funcionado como um antídoto ao do primeiro; Aby Warburg, essencial para sua relação com o domínio da estética, tendo Agamben estudado no amplo ponto de observação que é a Biblioteca Warburg, descrita por ele como uma coleção de documentos acerca da psicologia da expressão humana destinada a realizar um diagnóstico do homem ocidental (AGAMBEN, 1999, p. 91-93); Carl Schmitt, que aparece relativamente tarde e suscita dele o comentário de que, se sua intenção era trabalhar com direito e política, era essencial a presença de Schmitt – como um inimigo, sobretudo, embora a antinomia amigo-inimigo fosse uma das teses schmittianas que ele desejasse pôr em questão (AGAMBEN, 2006, p. 132); Aristóteles, essencial para sua reflexão sobre a potência; Hannah Arendt, a quem um jovem Agamben escreve uma carta, em 1970, agradecendo-a por apontar, no espaço entre passado e futuro, a direção segundo a qual ele e outros sentiam a urgência de trabalhar, relatando como a descoberta de seus livros representou uma experiência decisiva em sua vida (Disponível em: <<http://www.critical-theory.com/wp-content/uploads/2013/06/agamben-arendt-letter.jpg>>. Acesso em: 11 de outubro de 2019).

Para elucidar os significados dessas influências e os rumos a partir delas estabelecidos ao longo da obra de Agamben, é útil iniciar pelas respostas encontradas à sua indagação sobre o significado de contemporaneidade. Conforme a exposição de Edgardo Castro, a primeira delas é nietzscheana: o contemporâneo estabelece com seu tempo uma relação de inatualidade, aderindo a ele mediante um anacronismo de modo a rejeitar aquilo que sua época vive orgulhosamente. A segunda refere-se a dados da natureza que informam sobre luzes: certas células periféricas da retina, na ausência de luz, tornam-se ativas para fazer com que se enxergue a obscuridade; e a escuridão do céu é composta de luzes que se dirigem até nós, mas não conseguem alcançar-nos, pois a fonte que as emite se afasta a uma velocidade superior à sua. Assim, de acordo com Agamben em *O que é o contemporâneo*, sê-lo “significa ser capaz não só de ter fixo o olhar na obscuridade da época, mas também de perceber na obscuridade uma luz que, dirigida até nós, afasta-se infinitamente”. A terceira resposta remete ao método arqueológico tão relevante em seu trabalho e de inspiração foucaultiana: o contemporâneo inscreve-se no próprio tempo percebendo nele as marcas da proveniência (CASTRO, 2012, p. 105).

Falar em Foucault indica tanto uma informação valiosa acerca dos métodos empreendidos por Agamben em suas investigações, quanto sobre sua maneira de comunicar-se com as referências escolhidas e dispô-las na forma de um mapa de referências múltiplas, em que se

entrelaçam autores de diferentes correntes e épocas (CASTRO, 2012, p. 107). O autor define seu método como arqueológico e paradigmático, estando muito próximo a Foucault, mas não idêntico a ele. Sua intenção é, diante das dicotomias estruturantes da cultura, ir além das exceções que as têm produzido, não para identificar um estado cronologicamente originário, mas para compreender a situação do presente. A arqueologia, conforme afirmado por Agamben em algumas oportunidades, é a única via de acesso ao presente. Para o autor, a superação da lógica binária ocorre através da transformação de dicotomias em bipolaridades: as oposições consideradas substanciais, ou, dito de outro modo, antinômicas – como a da democracia *versus* totalitarismo – não desaparecem, mas perdem o caráter substancial e intransponível, sendo apresentadas na forma de um campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos, sem que se possa traçar linhas claras de demarcação. O campo de tensão é, assim, a abertura da possibilidade de encontrar uma via de saída (AGAMBEN, 2006, p. 132). A bipolaridade é capaz de fazer surgir um “terceiro termo, que não é a superação dos anteriores, não é da mesma natureza que eles, mas que os desidentifica e desnaturaliza” (CASTRO, 2012, p. 110).

Acerca do paradigma, apresentado como o método foucaultiano em seu gesto mais característico (AGAMBEN, 2009, p. 22), trata-se de um fenômeno particular que, valendo para todos os casos do mesmo gênero, constrói um conjunto problemático mais vasto e neutraliza a falsa dicotomia entre universal e particular (AGAMBEN, 2006, p. 133). O conhecimento demarca um percurso realizado de singularidade a singularidade, o que implica uma forma nem indutiva, nem dedutiva, mas analógica: o termo grego para paradigma significa, precisamente, exemplo – e esse exemplo, por assim sê-lo, torna-se um modelo. Dessa forma, “o panóptico, o grande parto, a confissão e o cuidado de si, em Foucault, o *homo sacer*, o muçulmano, o estado de exceção e o campo de concentração, em Agamben, são paradigmas” (CASTRO, 2012, p. 112-114), condição que, como é o intento desse trabalho investigar, também é atribuída pelo autor à figura do refugiado, elevada à posição de centralidade para pensar adequadamente a política contemporânea.

Tais paradigmas, cujos significados conduzem os sentidos deste trabalho à luz dos entrecruzamentos e esforços de tornar convergentes dissonâncias para obter delas algo que não é visto de imediato – de modo a ser construído à luz de um método semelhante ao do filósofo que o inspira –, remetem a uma arqueologia da potência, que auxilia na busca de categorias com as quais pensar por meio de novas maneiras que ultrapassem aquelas preexistentes (CASTRO, 2012, p. 106). Pensar na política que vem e na filosofia que vem através de lentes – ou melhor, lupas ou binóculos – arqueológicas que fazem ver melhor o presente, o que é outra forma afirmar um pensamento acerca do ser humano sem remetê-lo a um destino biológico nem uma vocação histórica e sem, por isso, consigná-lo ao nada (CASTRO, 2012, p. 32), é o que faz de Giorgio Agamben um contemporâneo.

## O PARADOXO DA SOBERANIA

Ao tratar sobre a instituição do nexa entre violência e direito, Agamben, conforme apresentado, encontra inspiração em um comentário precedente acerca do estado de exceção – o de Benjamin, na Tese VIII de *Sobre o conceito da História*:

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos que chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus

opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável (BENJAMIN, 2013a, p. 13).

O processo que conduz à definição da figura do estado de exceção, norteador pela necessidade de investigar um caminho que se abra em perspectivas para a ruptura desse nexo, é descortinado por Agamben não apenas como centro do ordenamento jurídico e da forma de o direito incidir sobre o mundo – um alicerce de governo e de manejo da vida por um poder soberano –, mas também como a chave para desativação desse poder e, pode-se dizer, uma forma de saída para a vida e reconfiguração do atual domínio exercido sobre ela, cuja definição tem como fonte a distinção entre formas de violência empreendida por Benjamin – trata-se da violência dividida entre aquela que institui e aquela que mantém o direito (CASTRO, 2012, p. 39-40; 54), a violência historicamente reconhecida, ou sancionada, e a não sancionada (BENJAMIN, 2013b, p. 59-62) – e o conceito de soberania estruturado por Carl Schmitt; mais precisamente, o diálogo entre ambos.

Para melhor explicitar como esses significados se apresentam na obra do autor, aponta-se, de antemão, que o estado de exceção, cuja definição habitual costuma ser a medida última a ser tomada diante de grave ameaça contra a ordem constitucional, é entendido por Giorgio Agamben não como um fim ou objetivo em si mesmo, estando inscrito em um conjunto maior: o das tecnologias de governo (AGAMBEN, 2004, p. 3). A criação de um estado de emergência permanente configura-se como uma das práticas políticas dos estados democráticos contemporâneos que é frequentemente justificada através do discurso de suposta defesa da democracia (AGAMBEN, 2004, p. 13; 32-33). A exceção como medida plenamente absorvida pela estrutura governamental, não mais necessitando da expressa revogação de liberdades democráticas para que se concretize, ou seja, integralmente conciliável com o arquétipo formal do Estado Democrático de Direito (BELLO, BERCOVICI, LIMA, 2019, p. 1797), tem seus rumos contemporâneos convergentes às dinâmicas de funcionamento regidas e ditadas pelo capitalismo, de modo que, em escala global, a classificação entre centro e periferia permanece essencial para a identificação dos espaços em que a exceção se materializa e torna-se permanente de maneira mais contundente na forma de exclusão social, devido à “constante negativa de aplicação de direitos e garantias fundamentais, nos aspectos políticos e econômicos, para a maioria da população” (BELLO, BERCOVICI, LIMA, 2019, p. 1798). Assim, em atenção às características que historicamente permeiam o cenário socioeconômico brasileiro, entre outros espaços em que são recorrentes situações de vulnerabilização da vida, por exemplo, é útil a atualização que Gilberto Bercovici realiza com bases na forma de estado de exceção teorizada por Agamben: a periferia do capitalismo está submetida a um estado de exceção econômico permanente, decorrência do êxito na substituição da ditadura política pela ditadura econômica dos mercados, que se contrapõe à normalidade do centro. Os Estados periféricos são marcados pelo convívio dos poderes constitucionais com o decisionismo de emergência para salvar os mercados; e soberania popular é progressivamente reduzida enquanto o direito interno subordina-se às necessidades do capital financeiro – limitam-se os direitos da população em geral para garantir que passem incólumes a propriedade privada e a acumulação capitalista, transformando a razão de Estado em razão de mercado (BERCOVICI, 2005, p. 1-2; 4-5).

É através da atribuição de permanência à figura do estado de exceção, bem como de sua adjetivação como o alicerce da ordem jurídica, que as contribuições da teorização de Carl Schmitt se elucidam e pavimentam o caminho a uma das chaves para o pensamento de Agamben: a reflexão sobre o poder soberano. Segundo Schmitt, soberano é aquele que decide sobre a exceção (SCHMITT, 2009, p. 13); para isso, precisa estar fora do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que sua inserção ancora o estado de exceção na ordem – essa duplicidade de caráter denota a

verdadeira natureza da lei (AGAMBEN, 2007, p. 23) e exprime a estrutura originária da relação jurídica (AGAMBEN, 2007, p. 27). A definição schmittiana conduz à postulação do problema da realização formal do direito como sendo completamente convergente à situação de exceção, que representa a essência da questão da manutenção da ordem política e do Estado – a ordem que repousa sobre uma decisão, e não sobre uma norma. Se o soberano decide sobre a situação em que a ordem jurídica será vigente, a soberania duplamente afirma e nega a ordem (BERCOVICI, 2014, p. 3). Essa relação implica um paradoxo constitutivo, que joga luz sobre a estruturação e finalidade do direito enquanto, conseqüentemente, demonstra a falha inescapável dos modelos tradicionais de racionalidade jurídica e suas correntes de justificação:

Qual é, na realidade, o paradoxo da soberania? Se o soberano é, segundo a definição de Carl Schmitt, aquele que tem o poder legítimo de proclamar o estado de exceção e de suspender, de tal modo, a validade do ordenamento jurídico, o paradoxo do soberano se pode enunciar então desta forma: “o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro do ordenamento”. A precisão “ao mesmo tempo” não é supérflua: “o soberano, na verdade, tendo o poder legítimo de suspender a validade da lei, se coloca legitimamente fora dela. Por isso, o paradoxo da soberania se pode também formular deste modo: “a lei está fora de si mesma, está fora da lei; ou: eu, o soberano, que estou fora-da-lei, declaro que não há fora da lei”. Este paradoxo é muito antigo e, se se observa atentamente, está explícito no mesmo oxímoro em que se encontra a expressão; o sujeito soberano. O sujeito (isto é, aquilo que etimologicamente está sob) é soberano (é, por isso, aquilo que está sobre). E talvez o termo sujeito (em conformidade à ambigüidade da raiz indo-europeia da qual derivam as duas proposições latinas de sentido oposto *super* e *sub*) não tem outro significado que este paradoxo, este ficar lá onde este não está (AGAMBEN, 2005, p. 93).

Trata-se, aqui, de voltar a atenção à ideia de suspensão sendo perfeitamente abrangida pelo direito, prejudicando a distinção entre o que está dentro e fora dele; ou melhor, revelando sua verdadeira configuração indistinta em que a norma se aplica à exceção desaplicando-se (AGAMBEN, 2007, p. 25). Ao definir a exceção como o dispositivo que entrelaça o direito e a vida, Agamben refere-se a Schmitt na conceituação de soberania articulada por meio dessa figura do soberano como quem guarda o poder de decidir acerca do estado de exceção, da aplicação ou desaplicação da lei, o que pressupõe que a norma tem como referência a normalidade e, diante da situação caótica ou definida como incontrolável através dos mecanismos comuns, o direito abriga em si a possibilidade de ausentar-se sem, por isso, abdicar de seu caráter de comando: o soberano cria e garante a situação necessária à vigência do direito. A própria definição do que é a regra, assim, dialoga intimamente com sua exceção, seu “suposto oposto” – a exceção não se subtrai à regra, é esta que, ao suspender-se, abre espaço à exceção e só assim se constrói enquanto regra, consolidando suas características ao diferenciar-se daquilo que não é. Tal relação contínua com uma exterioridade é a forma com que o direito refere-se à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão – a forma de inclusão que só ocorre através de sua exclusão. O estado de exceção advém diretamente de um elemento formal especificamente jurídico – a decisão – e esse é o ponto vinculante que articula exceção e teoria da soberania. Se o soberano é aquele que pode decidir sobre o estado de exceção, ou seja, sobre a suspensão da norma, ele está situado fora da ordem jurídica; entretanto, ao ser o responsável pela efetivação dessa suspensão, ele está, simultaneamente, incluído – assim é elaborada a imagem agambeniana da exclusão inclusiva (CASTRO, 2012, p. 39-40; 54).

## A VIDA ABANDONADA

Através da expressão *bloß Leben* (BENJAMIN, 2013b, p. 79) (que abrange, conforme a tradução, os significados de mera vida ou vida nua), Benjamin contempla a vida submetida à violência soberana. Tanto essa conceituação quanto o caráter sacro atribuído a essa forma de vida

são reaproveitados por Agamben através da recorrência do paradigma que intitula sua série mais conhecida de obras e representa a convergência a que várias de suas referências e teorizações se destinam: o *homo sacer*. Dirige-se tamanha atenção a essa figura em razão de, para o autor, tratar-se da primeira afirmação histórica da sacralidade da vida humana; uma vida da qual se dispõe sem necessidade de celebrar sacrifícios e sem que perpetrar sua morte configure homicídio – e nenhuma das explicações oferecidas ao fenômeno havia tido êxito em abarcar a duplicidade inerente a esse Homem Sagrado: tanto insacrificável quanto integralmente exposto à morte (CASTRO, 2012, p. 58-59; 42-43). Trata-se de uma categoria própria do direito romano arcaico: uma espécie de condenação por delito que implicava, como pena, o estar exposto à morte sem poder ser alvo de assassinato (sem que este, se realizado, configurasse crime), mas cujo alvo também não poderia ser objeto de sacrifício aos deuses. Essa vida, assim, simboliza a esfera da soberania por representar uma vida matável e insacrificável, integralmente capturada e à disposição da violência soberana (AGAMBEN, 2007, p. 91): criam-se os contornos de uma vida existente e excluída da política (AGAMBEN, 2007, p. 183). A questão sacrificial pode ser elucidada quando se compreende o “insacrificável” como aquele que não poderia passar pelo rito comum de punição. Um novo paradoxo é revelado ao adicionar-se a ausência de punição àquele que o executasse, pois o *homo sacer* tornava-se destinado a uma forma anômala de pena, deixando em aberto a questão relativa à proibição do sacrifício: o *homo sacer* é impuro e rejeitado pelos deuses, ou ele se torna propriedade divina, e por isso não pode ser sacrificado? A resposta encontrada por Agamben reside na chamada vida sacra vivida pelo *homo sacer*: se a ideia original de consagração transporta seu objeto do direito humano para o direito divino, do profano ao sagrado, a vida sacra é o resultado da expulsão da esfera do direito humano sem que esta signifique a passagem à esfera do direito divino – esta vida, então, não está sob a proteção de jurisdição alguma, pois a violência infligida contra ela não constitui sacrilégio e nem crime, não profana um objeto sacro. A vida insacrificável e, todavia, não protegida contra a morte, incluída na comunidade na forma de matabilidade, é a vida sacra (AGAMBEN, 2007, p. 90-91).

Trata-se de uma existência que permanece em curso, que ainda vive, mas é separada através do signo da exclusão, do banimento, não sendo objeto de mais nada além dos desígnios livres da violência soberana: uma forma íntegra e absoluta de desproteção. A vida sacra equipara-se ao conceito de vida nua, e ambos são apresentados por Agamben na forma da não pertença suportada pela figura do banido; por isso, Agamben retoma uma indicação de Jean-Luc Nancy – “entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado fora de qualquer jurisdição. O abandono respeita a lei, não pode fazer de outro modo” (NANCY, 1983, p. 149-150) – para dar o nome de bando à relação de soberania, sendo o termo tanto referente à vida excluída da comunidade, quanto à distinta marca que identifica o soberano (CASTRO, 2012, p. 40):

Torna-se assim compreensível a ambiguidade semântica, já anteriormente registrada, pela qual *in bando*, *a bandono* significam originalmente em italiano tanto “à mercê de...” quanto “a seu talante, livremente” (como na expressão *correre a bandono*), e *bandito* significa tanto “excluído, banido” quanto “aberto a todos, livre” (como em *mensa bandita* e a *redina bandita*). O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. Somente por isso pode significar tanto a insígnia da soberania [...] quanto a expulsão da comunidade. (AGAMBEN, 2007, p. 117)

A produção da vida nua é, portanto, o préstimo original da soberania, e a sacralidade da vida, cujo sentido é atualmente marcado pela tentativa de ser interpretado como um direito humano fundamental, orientado pela definição de um suposto valor intrínseco à vida humana, exprime, em oposição, justamente a vida sujeita ao poder de morte, “sua irreparável exposição na relação de abandono” (AGAMBEN, 2007, p. 92). Essa exposição localiza a vida que a sofre no espaço de uma zona indistinta, que remonta o conceito de exclusão inclusiva característico da

figura do soberano: o abandonado é ligado a seu bando através da exclusão, pois, apesar de ser feito “externo” a ele, sua identidade ainda evoca a do bando e é a ele condicionada por ser aquela do “banido”, que passa a estar à mercê de quem o excluiu. Essa submissão nega liberdade ao abandonado, enquanto o impede de pertencer a qualquer espaço constituído, restando-lhe a indeterminação. A vida nua ou sacra é a vida natural enquanto objeto da relação política de soberania, ou seja, a vida abandonada (CASTRO, 2012, p. 45); e a vida natural submissa e excluída é a chave para empreender a conexão agambeniana entre soberania e biopolítica, quando esta última, para o autor, tem como característica essencial a sua necessidade de “redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora” (AGAMBEN, 2007, p. 138). Através dessa relação, são criadas e definidas as formas de vida afastadas das garantias professadas pelo direito, aquelas que, mesmo formalmente incluídas, têm sua experiência marcada pela submissão ao jugo impune da violência, e, por outro lado, outras que são destituídas do caráter historicamente entendido como “humano” por meio de ações engendradas para tanto, regidas pelas razões de Estado que preenchem o conteúdo e operam suas razões de direito – como se pode aferir pela análise de experiências totalitárias ou por formas diversas de hierarquização da vida.

A partir da introdução do conceito foucaultiano de biopoder, pode-se dizer que a investigação realizada por Agamben em *Homo Sacer* pode ser resumida em três teses: a ideia de bando constitui a relação política original; a função do poder soberano é a produção da vida nua; o paradigma biopolítico do Ocidente não é a cidade, mas sim o campo de concentração (CASTRO, 2012, p. 49). Para a compreensão desta última, é necessário, inicialmente, deter-se sobre a conceituação de estado de exceção permanente e ilocalizável; depois, voltar a atenção à leitura realizada por Agamben em relação aos sentidos de uma biopolítica que integra o poder soberano e é tão antiga quanto ele, leitura baseada principalmente em uma ampliação das concepções de Michel Foucault e Hannah Arendt.

Na forma arquetípica preceituada por Carl Schmitt, o estado de exceção, embora ilocalizável enquanto ideia ou premissa, era o princípio de toda localização jurídica, por ser o único instituto capaz de abrir o espaço em que a fixação de um determinado ordenamento e território se torna, pela primeira vez, possível. Para Agamben, o nexa entre localização e ordenamento, que, segundo Schmitt, constituiria o *nómos* da terra, adquire descrição ainda mais complexa ao abrigar em seu anterior uma ambiguidade fundamental, “uma zona ilocalizável de indiferença ou exceção que, em última análise, acaba necessariamente por agir contra ele como um princípio de deslocamento infinito”. A tese de que a exceção é a estrutura política fundamental do tempo atual e, por isso, emerge continuamente ao primeiro plano e tende a tornar-se regra implica perceber que, quando este tempo procurou “dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração”, um estado de exceção desejado e permanente, além do temporário teorizado por Schmitt – é este o paradigma adequado a representar a estrutura originária do *nómos*, em vez do cárcere, como se poderia pensar (AGAMBEN, 2007, p. 27). Transformar o ilocalizável em localizável significa a realização de um estado de exceção desejado, permanente, alicerce das razões de Estado, que, ao constituir-se como o campo que pode aparecer em diferentes espaços e contextos políticos de acordo com os desígnios do poder soberano, em decorrência de tais características, representa a apropriação pelo poder da pura vida sem qualquer mediação no mais absoluto espaço biopolítico (AGAMBEN, 2007, p. 177-178).

Ao atingir esse ponto no percurso que, inicialmente, conduz à interpretação da noção de soberania em termos de bando e, em seguida, à vida que é objeto do bando na forma de vida sagrada, ou seja, abandonada (CASTRO, 2012, p. 46), torna-se necessário traçar um panorama acerca do que é o biopoder que também é poder soberano, investigar as construções teóricas que

Agamben revisita para realizar a articulação entre os dois conceitos que, previamente, apareceram dissociados. Em Foucault, a passagem do poder ao biopoder – da soberania à biopolítica – é colocada na forma de substituição, em que a segunda aparece como marco da modernidade; de “fazer morrer e deixar viver”, o poder passaria a “fazer viver e deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 181). A soberania foucaultiana assume um caráter territorial, um exercício atrelado ao domínio estabelecido no período medieval centralizado na terra e no que nela se produz, e é marcada pelo poder do soberano sobre a vida e a morte, sendo essa capacidade uma “velha potência de morte” (FOUCAULT, 1999, p. 131) que é a imagem da identidade soberana: o soberano assim o é porque possui em absoluto o poder de fazer morrer. Os conceitos de biopolítica e biopoder aparecem enquanto processo posterior caracterizado principalmente pela mudança de postura e funções assumidas pelo Estado: a partir da formação dos Estados nacionais modernos, iniciou-se o movimento em que a política passou a encarregar-se e ter como interesse central, através de seus mecanismos, da vida biológica dos indivíduos e populações; no mesmo sentido, Hannah Arendt demonstra, em *A condição humana*, como a vida biológica passava a ocupar progressivamente o centro da vida política (CASTRO, 2012, p. 38). Demarca-se de maneira intensificada no século XIX, pela primeira vez, um processo cuja articulação se amplia continuamente desde então: os dispositivos estatais têm como objeto a vida humana em acepção direta e pura, o que representa uma “estatização do biológico” (FOUCAULT, 2005, p. 286) engendrada através do controle sistematizado de processos referentes a nascimento, mortalidade, longevidade, entre outros. O poder disciplinar exercido tendo como alvo o corpo, bem como as regulações da população, assim, “constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida” (FOUCAULT, 1999, p. 131).

O ponto de intersecção entre os conceitos apresentados pode ser compreendido através da produção de vida nua que marca o campo como máximo espaço biopolítico e, ao mesmo tempo, espaço absoluto de realização do poder soberano – para Agamben, a biopolítica é, pelo menos, tão antiga quanto a exceção soberana (AGAMBEN, 2007, p. 17). A articulação realizada para apresentar esse pressuposto de simultaneidade se inicia através do comentário sobre dois termos do grego clássico que podem ser traduzidos como “vida”: *zoé* e *bíos*. O primeiro se refere ao “simples fato de viver, comum a todos os viventes”, enquanto o segundo fala sobre uma vida politicamente qualificada, a “forma de viver própria de um indivíduo ou de um grupo”. Como já havia feito Hannah Arendt, Agamben aponta que esses termos eram distinguidos e separados em termos de espaço pelos gregos entre, respectivamente, a casa e a cidade. A caracterização da vida nua acontece quando o poder soberano inscreve a *zoé* em seus dispositivos: a modernidade tem como característica central a politização desta (CASTRO, 2012, p. 28). Como afirmava Foucault:

O que se poderia chamar de “limiar da modernidade biológica” de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O Homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão (FOUCAULT, 1999, p. 134).

A mudança empreendida por Agamben consiste em colocar que a produção da biopolítica consiste em um traço originário do poder soberano, um vínculo secreto que é reconduzido à luz através da estruturação do Estado moderno (AGAMBEN, 2007, p. 15). Há, em lugar da substituição, a mesma antiguidade. A intenção de Agamben ao utilizar-se desses conceitos retrabalhando sua cronologia reside em sua observação de aspectos lacunares que surgem da interação dessas teorias e que, dessa forma, terminam por constituir a tarefa que ele busca enfrentar em *Homo Sacer*: abre-se um espaço sem resposta, segundo o autor, em razão de Arendt ter deixado de vincular as reflexões de *A condição humana* à sua análise sobre a ascensão totalitária no século XX, bem como por Foucault não ter abarcado em seus objetos de investigação os campos de concentração e extermínio, nem ter interrogado “o centro comum no qual se



cruzam as técnicas políticas com as tecnologias do eu da Modernidade”. Nesse sentido, o percurso realizado por Agamben ao dialogar com essas duas referências envolve retomar as investigações de ambas “enfrentando o núcleo comum no qual se cruzam as técnicas políticas e as formas de subjetivação”, o que leva a “analisar a relação entre biopolítica e soberania, o modo em que a vida nua está inscrita nos dispositivos do poder soberano”, descortinando, por fim, a constatação de que a politização da *zoé* é cronologicamente coincidente à existência da soberania e não configura uma novidade moderna (CASTRO, 2012, p. 38-39). Afirma Agamben:

A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou ao menos integrada; no sentido que o que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si mesma antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal converta-se em um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal. O decisivo é, antes, que, simultaneamente ao processo pelo qual a exceção converte-se por todos os lados na regra, o espaço da vida nua, situado na origem à margem do ordenamento, coincide progressivamente com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (AGAMBEN, 2007, p. 16).

Embora Agamben analise pormenorizadamente a concepção eugênica do nazismo e as práticas nela alicerçadas, sua intenção não é propriamente fornecer uma espécie de fenomenologia dos campos de concentração e extermínio; trata-se, na verdade, da descrição de sua estrutura jurídico-política que faz emergir à luz a “matriz oculta da política contemporânea” (CASTRO, 2012, p. 49). A porta que potencialmente leva à concretização de quaisquer cesuras biopolíticas, sejam elas decorrentes da atuação ou da ausência do Estado, produtoras da redução do acesso a direitos ou da absoluta desumanização confinada ao campo, é aberta a partir da possibilidade de os Estados definirem e redefinirem os critérios que preenchem as categorias de homem e de cidadão, que se referem à participação política e à constituição do que é um sujeito de direito, colocadas em uma separação necessária que consegue demonstrar o que está em jogo na questão dos direitos humanos. Segundo Agamben, dois fenômenos próprios do século XX devem ser lidos através dessa perspectiva: os refugiados, aqueles que perderam ou nunca foram inseridos em determinada estrutura de direitos de cidadania, e a “separação entre o humanitário, cujo objeto é a vida desprovida de cidadania, e o político” (CASTRO, 2012, p. 46-47). Além disso, essas figuras convergem quando identificadas através do eixo comum do campo, considerando que os primeiros campos construídos na Europa tinham como objetivo funcionar como espaço de controle para refugiados, sendo a sucessão na forma de campos de concentração e extermínio uma “filiação perfeitamente real”. Agamben nota que uma das poucas regras que foram efetivamente seguidas pelos nazistas ao longo da Solução Final era a de que os judeus e ciganos apenas poderiam ser enviados aos campos de extermínio após terem sido completamente desnacionalizados. A cidadania é, assim, traço constitutivo do que é ser um sujeito de direito e estar protegido por determinado ordenamento, e de não estar, portanto, passível de sofrer todo tipo de violência articulada por determinado poder cuja característica essencial é a impunidade, o ser inexistente para qualquer direito. Eis aí uma problemática intensamente explorada por Agamben em relação à proteção jurídica professada pelos direitos humanos: quando os direitos deixam de ser vinculados à existência formal enquanto cidadão, sobrando apenas o homem desnacionalizado, este se torna realmente sacro de acordo com o sentido posto pelo direito romano arcaico – entregue à morte. Diante da intrínseca condição provisória doutrinariamente inscrita no estatuto do refugiado, que deveria ser substituída quando possível pela naturalização ou repatriação, a interpretação agambeniana estabelece-se no sentido de que “um estatuto estável do homem em si mesmo é inconcebível no direito do Estado-nação” (AGAMBEN, 2015, p. 28-30).

## A SITUAÇÃO JURÍDICA DO REFUGIADO

A reflexão proposta por Agamben em *Meios sem fim* é, no sentido até aqui exposto, uma associação da proteção de direitos à noção de cidadania tendo como influência principal a teorização de Hannah Arendt acerca do tema: segundo a autora, a suposta inalienabilidade dos Direitos do Homem mostra-se falha a partir do momento em que surgem pessoas que não são cidadãos de algum Estado soberano, mesmo nos países que os colocam como fundamento de suas constituições (ARENDR, 2012, p. 399). No mesmo sentido, trata-se de pensar a condição do refugiado e do apátrida que não mais deseja assimilar-se a uma nova identidade nacional como o paradigma de uma nova consciência histórica: “os refugiados expulsos de país em país representam a vanguarda de seus povos”. O declínio da ideia de Estado-Nação é acompanhado do declínio das categorias jurídico-políticas tradicionais e, para Agamben, isso torna o refugiado “a única figura do povo pensável” nos tempos atuais, a única categoria que guarda em si o vislumbre da comunidade política que vem, enquanto não se consolidam os passos que levarão à dissolução do Estado-Nação e de sua soberania – o desejo de uma construção filosófica como um trabalho absolutamente novo implica pensá-la à luz dessa figura e reconfigurá-la através das imagens que rompam as classificações políticas habituais (AGAMBEN, 2015, p. 25-26).

A tutela prometida em nome dos direitos humanos passa a ser insuficiente para lidar com o fenômeno dos refugiados quando este atinge proporções de massa, processo que tem seu início no fim da primeira guerra mundial – em pouco tempo, mudam-se de seus países 1.500.000 russos brancos, 700.000 armênios, 500.000 búlgaros, 1.000.000 de gregos, centenas de milhares de alemães, húngaros e romenos (AGAMBEN, 2015, p. 26) – e, atualmente, atinge novas proporções diante dos deslocamentos à Europa de grandes contingentes de refugiados, principalmente do Oriente Médio e África do Norte, e da rigidez que marca a política de recebimento que vários países passaram a adotar: a ideia de rejeitado, separado e exposto à morte ganha novos adjetivos atrelados às imagens de embarcações irregulares e superlotadas que tentam, sem sucesso, entrar no continente europeu, impedidas pelas legislações nacionais e frequentemente resultando na morte de seus ocupantes no mar. Pode-se perceber as dimensões dessa postura utilizando como exemplo o país natal de Agamben: em junho de 2019, o parlamento italiano aprovou uma lei que previa multa de até 50 mil euros para embarcações que resgatassem imigrantes e refugiados no Mar Mediterrâneo. Em maio, especialistas em direitos humanos das Nações Unidas escreveram à Itália em contrariedade ao projeto interpretado como uma tentativa de criminalizar as operações de busca e salvamento empreendidas por organizações humanitárias – boa parte delas, inclusive, já não têm condições de operar na Itália após o governo ter fechado os portos e intensificado investigações (Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/italia-vai-multar-barcos-que-resgataram-refugiados-no-mar-23734603>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019). Em 2014, aproximadamente 170.000 pessoas chegaram à Itália em embarcações geralmente perigosas e controladas por traficantes de pessoas; no final do mesmo ano, o país e a União Europeia decidiram encerrar a operação humanitária da marinha italiana *Mare Nostrum*, que havia resgatado mais de 166.000 pessoas em apenas um ano. No ano seguinte, aproximadamente 1.700 refugiados e migrantes haviam morrido por afogamento (Disponível em: <<https://anistia.org.br/sete-perguntas-sobre-os-refugiados-e-migrantes-que-estao-morrendo-mediterraneo/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019). Em agosto de 2019, a Câmara italiana autorizou o aumento da referida multa para embarcações privadas que realizassem o resgate de refugiados e não respeitassem a proibição de entrada em áreas territoriais para até 1 milhão de euros, além de determinar a imediata apreensão dos barcos multados. A medida foi alvo de críticas por parte da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), cujo porta-voz reafirmou o papel inestimável das ONGs em salvar vidas de refugiados que tentam a travessia à Europa, de modo que a ação humanitária jamais deveria ser criminalizada ou estigmatizada (Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/onu-critica-multa-de-e1-milhao-para-barcos-que-resgataram-migrantes-no-mediterraneo/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019).

Se a ação de organizações orientadas pelo fomento dos direitos humanos e proteção à vida é constantemente coibida pelas legislações nacionais – ou seja, por soberanias –, é possível perceber um revérbero contínuo da leitura de Agamben acerca do nítido desamparo em que se encontra a vida dissociada da cidadania: quando o fenômeno do refugiado se espalha, ampliando-se em decorrência de diversos conflitos e situações de vulnerabilidade, tanto as organizações quanto os Estados, mesmo diante da constante invocação dos direitos inalienáveis do homem, falham em resolver o problema e o enfrentam de maneira singularmente errada, deixando-o nas mãos da polícia e das organizações humanitárias. O refugiado passa, assim, a representar uma situação paradoxal, em que a suposta encarnação por excelência dos direitos humanos é a marca de sua crise radical, inexecutáveis quando deixam de poder ser caracterizados como direitos do cidadão de determinado Estado. Esse paradoxo, prossegue Agamben, é lido na ambiguidade que intitula a Declaração de 1789: Declaração dos direitos do homem e do cidadão, “em que não é claro se os dois termos nomeiam duas realidades distintas, ou formam, ao revés, uma díade na qual o primeiro termo é, em verdade, sempre, e desde logo, conteúdo do segundo” (AGAMBEN, 2015, p. 28). A garantia de direitos está, na prática, atrelada e condicionada à noção de pertença, como já preceituado por Hannah Arendt:

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados de seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes) bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer (ARENDDT, 2012, p. 403).

A partir desse pressuposto, Agamben considera que os direitos do homem – o termo aparece, aqui, espelhando a atual leitura de direitos humanos e o real alcance das ações de finalidade humanitária na consecução de seus preceitos – representam a inscrição originária da vida nua na ordem jurídico-política do Estado-nação. Retomando a acepção biopolítica que essa inscrição revela, é válido notar que o significado de Estado-nação reside em ser aquele “que faz da natividade, do nascimento (isto é, da vida nua humana) o fundamento da própria soberania”; apontando, ainda, a conformidade com o étimo: *natio* significa, em sua origem, simplesmente “nascimento”. Existe uma ruptura abrigada pela figura do refugiado em razão de haver nela o estilhaçamento da identidade entre homem e cidadão, amplificada e aprofundada quando se vivencia um momento histórico em que porções da humanidade progressivamente não mais são representáveis no interior da estrutura identitária e politicamente engendrada na forma da trindade Estado-Nação-Território, o que transforma uma categoria comumente marginalizada na figura central da história política desse tempo – um conceito-limite que permite “conduzir o campo a uma renovação categorial contemporaneamente inadiável” (AGAMBEN, 2015, p. 29-30).

Ao comentar sobre as proporções crescentes do fenômeno da chamada imigração ilegal nos países da Comunidade Europeia, Agamben evidencia o fato de que os Estados industrializados atuais possuem em seu território uma “massa estavelmente residente de não-cidadãos, que não podem nem querem ser naturalizados ou repatriados”. Embora possuam uma nacionalidade originária, esses imigrantes, enquanto optam por não usufruir da proteção de seu Estado, encontram-se, analogamente aos refugiados, na condição de “apátrida de fato”. E menciona, em semelhança às imagens paradigmáticas, o termo “*denizens*”, utilizado por Tomas Hammar para

referir-se aos residentes não-cidadãos em um país, contrapondo-se à ideia de “cidadão” como conceito suficiente para descrever a realidade político-social dos Estados contemporâneos. Por outro lado, também é possível perceber que aqueles considerados cidadãos de Estados industriais avançados manifestam uma “crescente deserção em face das instâncias codificadas de participação política”, tornando-se propensos a quase a mesma transformação em denizens, ao menos em determinadas faixas sociais que avançam a zonas de potencial indistinção; enquanto, “em conformidade com o conhecido princípio segundo o qual a assimilação substancial em presença de diferenças formais exaspera o ódio e a intolerância, crescem as reações xenófobas e a mobilização defensiva” (AGAMBEN, 2015, p. 31).

O elo que conecta as figuras apresentadas – do *denizen* ao refugiado ao *homo sacer* – é a cesura biopolítica realizada pelo poder soberano e indicativa de sua função e construção histórica: uma espécie de chave conceitual que alcança relevância prática quando se pensa na formação de um pensamento futuro, nos significados políticos em voga hoje e na possibilidade ou não de desarticular o domínio apropriado pela exceção soberana. Ao mesmo tempo em que a existência confinada no campo representa a degradação em seu empreendimento máximo, o resultado de um cálculo de morte que, produzindo a vida mais ausente de consciência, abre espaço para a reflexão acerca do que é humano e de como os direitos associados à vida nua conseguem definir um arcabouço discursivo sobre o que é humanidade, mas não necessariamente têm êxito em protegê-lo; o refugiado, habitualmente tido como marginalizado e “externo” a seu entorno, pode ser pensado como um conceito político fundamental que conduziria a imagens de futuro não previamente delineadas pelas bases atuais de domínio e força. Entretanto, o aspecto crucial que revela a face nefasta da exposição à violência que marca a construção histórica e social dessas vidas é o fato de que a reflexão que observa o futuro é capaz de pavimentar caminhos, mas não consegue impedir as violações presentes. Se o contato com o horror é paralisante, desesperador ou tendente a causar uma apatia na forma de descrença, uma visão pessimista e obliterada de esperanças de vencer um poder cuja estruturação parece firmemente fincada como absoluta, como preencher o espaço esvaziado com uma atividade que potencialmente reconfigure a realidade? Em outras palavras, a impossibilidade de encontrá-la no presente pode ser repensada na forma de visualizar um espaço que permita essa formulação futura?

Próximo à conclusão do pensamento sobre as aproximações entre o poder soberano do velho Estado territorial e o biopoder moderno na forma que aparece em O que resta de Auschwitz?, Agamben retoma a distinção foucaultiana entre “fazer morrer e deixar viver” e “fazer viver e deixar morrer” para afirmar que, à luz dos rumos da biopolítica levados à cabo ao longo do século XX, é necessária a definição através de uma nova fórmula: fazer sobreviver. A contemporaneidade é marcada pela intenção do poder de produzir uma “sobrevivência modulável e virtualmente infinita”, que separa a vida orgânica da vida animal, o não-humano do humano, a vida em estado vegetativo da vida consciente, criando sucessivos pontos-limite que não são fixos, uma vez que se deslocam e rearticulam em função do progresso das tecnologias em sentido político e científico. O biopoder ambiciona, assim, produzir no corpo “a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a *zoé* e a *bíos*, o não-homem e o homem: a sobrevivência” (AGAMBEN, 2008, p. 155-156). Se uma vida é, por algum contexto imprevisível ou disposição não conhecida, insistente e resiliente à anulação e degradação, se ela, pela potência contida nessa fórmula, é capaz de lembrar, narrar e possuir história, pergunta-se: é a ela possível – ou *suficiente* – sobreviver?

## DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: CAPACIDADE DE RECONFIGURAÇÃO POLÍTICA?

Se a disseminação de símbolos através da comunicação que fomentam a manutenção e perpetuação do poder soberano e a ingerência do capital no funcionamento da política são traços perfeitamente abrangidos pela democracia, é possível pensá-la para além dessas amarras, ou, em atenção ao que ela promete ser e não é, para além de uma ficção? Trata-se, primeiro, de refletir acerca desses fenômenos na forma de amarras que podem ser desfeitas através da ideia de democracia como um princípio e um norte, um esforço, o que exige participação popular, democratização das mídias, entre outras medidas que demandam atuação constante do direito, embora seja frequente que mudanças sociais se iniciem do lado de fora dele; ou, em outra perspectiva, perceber um traço de condenação insolúvel no fato de o direito estar ancorado na relação de exceção, com o agravante de que o funcionamento das instituições não apenas é insuficiente para bloquear sua deturpação por interesses antidemocráticos, como também pode ser entendido como favorecedor de tais interesses. É interessante notar que o filósofo Georges Didi-Huberman concorda com a leitura de Agamben sobre esses fenômenos, mas tende a se afastar do que ele chama de criação de um horizonte apocalíptico, com o perigoso potencial de desdialetar as noções de imagens e povos (DIDI-HUBERMAN, 2011, p. 102) que podem e devem guardar um potencial contrário, de resistência, dissonância e inconformidade. Ver nas imagens uma contínua possibilidade de reorganização seria, então, compreender a imaginação como política, intenção que é realizada, por exemplo, por Jacques Rancière, ao concentrar-se em questões da imagem, da imaginação e da “partilha do sensível” (DIDI-HUBERMAN, 2011, p. 61). O filósofo pensa nos “atos estéticos como configurações da experiência, que ensejam novos modos do sentir e induzem novas formas de subjetividade política” (RANCIÈRE, 2005, p. 11). O conceito de partilha do sensível pode ser entendido como o sistema de evidências sensíveis que revela, simultaneamente, a existência de um plano comum, compartilhado, e dos recortes nele realizados que definem os lugares e partes respectivas que indivíduos ou grupos ocupam. Trata-se, também, de constatar quem pode tomar parte do comum político, acessá-lo, colocando a política como o amplo domínio daquilo que se vê e de discursos que podem ser articulados a partir dessas visões, das distribuições das competências para ver e para discursar sobre o visto, das características e possibilidades do espaço e do tempo – a questão da ficção remete, sobretudo, à distribuição de lugares; e a percepção do compartilhamento das mesmas formas de inteligibilidade permite a abertura a novas organizações de pensamento e fala, a construção coletiva de interesses previamente inexistentes ou não organizados, de modo que diferentes sujeitos políticos podem recolocar em causa a partilha do sensível já posta (RANCIÈRE, 2005, p. 15-17; 60).

Esse modo de ver a questão da mobilidade dos discursos políticos e sua capacidade de empreender alterações na sociedade fala diretamente à conceituação de Rancière acerca da democracia: não se trata de um regime de governo, mas sim da sempre disruptiva e conflituosa manifestação do princípio da igualdade (Disponível em: <[https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere\\_6\\_385721454.html](https://www.eldiario.es/interferencias/democracia-representacion-Laclau-Ranciere_6_385721454.html)>. Acesso em: 13 de outubro de 2019), não identificada com uma forma jurídico-política, mas sim como um perpétuo processo de pôr em jogo diferentes formas de subjetivação (RANCIÈRE, 2014, p. 71; 80). De maneira análoga, Gilberto Bercovi, por sua vez, coloca que a democracia não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional e deve ser cumprida no cotidiano para a realização de direitos fundamentais; não devendo, assim, ser entendida apenas como mera técnica jurídica, de representação e de legislação – o que demonstra como o “positivismo jurisprudencial” elucida uma crise que se alinha à crise da representatividade (BERCOVICI, 2003, p. 127). Nesse ponto, é possível estabelecer um diálogo mais direto: Rancière, em O ódio à democracia, critica a visão dos direitos humanos alinhada a Agamben e Arendt, bem como a de uma vida nua desprovida de agência no âmbito político. Ele começa por retomar a leitura de Hannah Arendt e defini-la como

um enunciado em que os direitos humanos são ilusórios em razão de serem os direitos do homem nu, que teve seus direitos retirados e foi expulso de sua casa, de sua terra e cidadania por um regime tirânico (RANCIÈRE, 2014, p. 26). Após, ao tratar sobre as implicações da dualidade entre homem e cidadão, coloca que, entre Agamben, Arendt e outros críticos, consolidou-se o pensamento de que “se a política precisa de dois princípios, e não de um só, é por causa de um vício ou embuste. Um dos dois deve ser ilusório, se não os dois”. Sua compreensão perpassa a ideia de que a crítica estabelecida nesse sentido afirma que os direitos humanos são vazios ou tautológicos: são os direitos do homem nu; mas o homem nu, que não pertence a uma comunidade nacional constituída, não possui direito algum. Sobraria, assim, reconhecer que tais direitos são simplesmente os direitos dos cidadãos de determinada nação, a partir da ideia de comunidade nacional enquanto pressuposto para a obtenção de garantias e direitos que, naturalmente, só existirão para o humano que é cidadão – uma tautologia, portanto. Essa dualidade reveladora da vida nua parece problemática, para Rancière, em razão de sua conceituação de identidade e subjetivação atravessar outros caminhos: a identificação de um sujeito político não ocorre por meio da categorização “humanos”, por agrupamento de populações ou por identidades definidas através de textos constitucionais. Essa definição, na verdade, decorre de “um intervalo de identidades, sejam essas identidades determinadas pelas relações sociais ou pelas categorias jurídicas” (RANCIÈRE, 2014, p. 78-79). Percebe-se, assim, o intento de não recair no que o autor considera uma categorização fixa, de pouca mobilidade, que não abarcaria as possibilidades de reconfiguração da partilha e dos constantes traçados de novas comunicações associados ao compartilhamento de símbolos e formas comuns de dizer, pensar, fazer. Em suma, Rancière considera que “a oposição da ‘vida nua’ à existência política é ela própria politizável”. Ele exemplifica essa tese ao lembrar um silogismo introduzido por Olympe de Gouges no artigo 10 de sua *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*: “a mulher tem o direito de subir ao cadafalso: mas ela deve ter igualmente o direito de subir à tribuna”. Trata-se de uma inversão que demonstraria o caráter político de sua vida nua – se um poder revolucionário pode e deseja condená-las à morte, significa que suas vidas ascendem à esfera da relevância política, pois a igualdade da sentença de morte dilui a distinção entre vida política e vida doméstica e, por isso, abre espaço para a atuação na primeira.

Vê-se que Rancière deposita crédito e visualiza um princípio de mudança na possibilidade de reverter categorias através dos próprios termos de sua definição, colocando o significado de uma condenação em termos políticos como capaz de, por si só, fomentar uma resistência e posterior alteração das estruturas do campo político, fazendo circular novos discursos e imagens. Ele faz colocação parecida ao referir-se a Rosa Parks recusando-se a dar seu lugar a um branco no ônibus em Montgomery, Alabama, 1955; sucedida por um boicote articulado coletivamente que daria forma às implicações concretas que constituem o cerne do processo democrático, suscitando novas articulações para a obtenção dos direitos civis: “a ação de sujeitos que, trabalhando no intervalo das identidades, reconfiguram as distribuições do privado e do público, do universal e do particular” (RANCIÈRE, 2014, p. 80).

É verdade que as lutas políticas são paulatinamente construídas dessa maneira, de modo que o acúmulo de resistências semelhantes gera mudanças sociais que alteram cenários a partir de sua demanda por reconhecimento; entretanto, é possível dizer que esse princípio se aplica a todas as hipóteses de dominação, que tudo é reversível pela ação dos que sofrem a opressão ou exclusão e são socialmente constituídos como vida nua? Em outro sentido, que depende da resposta dada à primeira pergunta, o pensamento de Agamben seria limitante por esmagar qualquer possibilidade de articular resistência e criar um horizonte apocalíptico que considera impossível vencer os dispositivos de poder que o autor busca investigar?

A questão sobre a reversibilidade das ações que abrigam a insígnia do poder soberano pode ter sua resposta – iniciada, ao menos – através da análise empreendida por Judith Butler acerca de uma problemática, poder-se-ia dizer, bastante agambeniana em relação aos temas que ela levanta: as detenções indefinidas e contínuas em Guantánamo, comentadas, inclusive, por Edgardo Castro ao explorar o pensamento de Agamben (CASTRO, 2012, p. 53), demonstrando como este considera que a *military order* emitida por George W. Bush em 2001, autorizando essa detenção indefinida, tanto no tempo como em sua natureza, de não-cidadãos suspeitos de atividades terroristas, tem o condão de gerar uma submissão absoluta que torna também indefinidas as categorias de prisioneiro e acusado – uma desproteção e indefinição que se manifesta de maneira análoga à ausência de real tutela à condição de refugiado previamente comentada, bem como à atuação humanitária em relação ao problema. Butler dá prosseguimento a essas premissas tratando de como, em 2002, a administração de Bush admitiu que os detentos do Talibã na Baía de Guantánamo mereciam ser abrangidos pelas Convenções de Genebra; recusando-se, contudo, a conferir-lhes o status de prisioneiros de guerra, bem como à totalidade de detentos presentes naquele momento. A autora observa, então, que o acordo da Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra funciona como um discurso civilizacional que protege e favorece os prisioneiros pertencentes a Estados-nação constituídos, o que torna necessário que o ato de assegurar o cumprimento das regras de direito internacional, nesse caso, seja sucedido pela crítica com o intento de expandi-las e assegurá-las também para os engajados em ações militares em nome de organizações não vinculadas a Estados (BUTLER, 2007, p. 223-224).

Em 2002, o Secretário de Defesa dos Estados Unidos à época, Donald Rumsfeld, afirmou que preferia chamar tais prisioneiros de “detentos em campo de batalha” ou de “combatentes ilegais”, e que estes poderiam permanecer indefinidamente detidos sem julgamento apropriado. Essa classificação abre espaço para entendê-los como relegados a “um lugar que ainda não está sob a lei ou que, com efeito, está à margem da lei de modo relativamente permanente” (BUTLER, 2007, p. 224), caracterizando uma imagem nítida da zona de indistinção criada pela lei e na qual a lei não se aplica, o que torna, como já visto, imediata a relação entre o poder soberano e a vida que recebe suas cesuras sem proteção alguma, nem mesmo, nesse caso, no aspecto meramente formal. Diante das violações ensejadas pela ausência de prestação de suporte jurídico adequado, julgamentos justos e delimitação do tempo de detenção, poder-se-ia pensar que a atribuição de coercitividade aos preceitos das Convenções seria útil para efetuar as garantias de direito dos prisioneiros; entretanto, o fato de elas serem “difusamente enviesadas pela noção de Estado-nação e inadequadas para fornecer prescrições sobre as formas atuais e futuras que o conflito armado pode assumir” faz com que, mesmo nessa hipótese, o tratamento direcionado aos prisioneiros pertencentes a um Estado-nação não corresponda ao daqueles que não possuem a mesma prerrogativa. Além de esse debate remeter à reflexão sobre humanidade e cidadania que constitui o cerne da situação jurídica dos refugiados, demonstrando que a cidadania é requisito para uma efetiva proteção de direitos que possua um ente – o Estado – direcionado a realizá-la (o que, vale observar, nem sempre resulta na certeza de que esse direcionamento será seguido da mesma forma para todos os segmentos sociais interessados), de modo que o não-cidadão é constantemente empurrado a limbos que se constituem de diferentes maneiras de acordo com o contexto político analisado. Butler também contempla a questão da legitimidade da violência de maneira semelhante à crítica benjaminiana, atrelando-a às razões sancionadas pelo direito que, naturalmente, são as razões estatais: “se traça uma distinção entre violência legítima e ilegítima conforme os combatentes sejam ou não vinculados a Estados”. Realizar uma leitura contemporânea dos significados da violência em sentido político implica pensar sobre o terrorismo como nomenclatura utilizada de maneira oficial para deslegitimar toda “violência empregada por ou em nome de autoridades que são consideradas ilegítimas por Estados

constituídos ou que, com efeito, ameaçam a hegemonia do próprio Estado-nação”; trata-se de uma das formas atuais mais contundentes para a observação do manejo da violência de acordo com interesses de Estado e de um poder que busca concentrá-la em si mesmo para garantir, consolidar e ampliar a própria existência. “O uso do termo ‘terrorismo’ serve portanto para deslegitimar certas formas de violência praticadas por entidades políticas não vinculadas a Estados e ao mesmo tempo para sancionar reações violentas por parte de Estados constituídos” (BUTLER, 2007, p. 225-229).

Butler questiona, por fim: “até que ponto o Estado-nação pode fundamentar nossas noções sobre o que é ‘humano’?” Sua conclusão, nessa matéria, é a de que a Convenção de Genebra codifica tal percepção, no sentido da humanidade reconhecida e respeitada por lei, como primordialmente pertencente ao Estado-nação, o que acaba por produzir a mesma ruptura discutida anteriormente: algumas vidas humanas são tratadas como tal, segundo as garantias juridicamente atreladas à categoria de humano, enquanto outras são, nesse sentido, desumanizadas, destinadas ao papel de “seres à margem do escopo da lei”, não por acaso ou em razão de a “civilização” buscar proteger-se de ameaças à normalidade e à ordem, mas porque essa é uma das táticas pelas quais a civilização ocidental pretende definir-se “em relação e por oposição a uma população compreendida, por definição, como ilegítima” (BUTLER, 2007, p. 230-231). Assim, a normalidade se define em função da exceção, como maneira de justificá-la publicamente, relegando, no mesmo movimento, vidas nuas expostas a uma violência sem lei aos espaços legalmente delimitados. A utilização de exemplos decisivos à descrição das cisões e posturas antidemocráticas que convivem pacificamente dentro das democracias demonstra como a exceção constitui-se em técnica de governo de modo a engendrar um amplo controle sobre vidas selecionadas, de modo que a “vida nua politizável” preceituada por Rancière não consegue, quando o poder anula quase que integralmente sua capacidade de reação e resistência e a confina ao espaço de detenção indefinida e não regida por regramento algum, encontrar esse suposto fundamento reversível que a transformaria em agente político: a ela, resta apenas a sujeição a uma violência amorfa, impune e abrigada pela democracia em seu funcionamento normal. Da mesma forma, se a violência perpetrada contra migrantes e refugiados ocorre do lado de “fora”, nas embarcações que não conseguem adentrar os limites territoriais dos Estados e têm seu resgate negado e coibido, ou se ocorre do lado de “dentro”, quando as populações são imediatamente relegadas à condição de não-cidadãos, dificilmente a vida nua se torna politizável e consegue organizar-se de maneiras autônomas – não se trata de reconhecer uma impossibilidade, mas de perceber que a exposição a toda espécie de risco e violência afasta de quaisquer instâncias reconhecidas de representatividade e proteção de direitos; ademais, tais formas autônomas de organizar-se são frequentemente demarcadas sob o signo da ilegitimidade. Pode-se ir além: poderes estatais diferentes confluem à realização da exceção latente, conforme se depreende de um relatório do Comitê Parlamentar Temporário Europeu de novembro de 2006 sobre a atividade ilegal da CIA na Europa que demonstra como governos europeus atuaram como facilitadores de abusos norte-americanos, tendo como exemplos a detenção secreta e a tortura. Tais operações envolveram “1.245 vôos e aterrissagens de aviões da CIA na Europa (alguns deles para transporte de prisioneiros) e a criação de centros de detenção secreta na Polônia, na Romênia e provavelmente também na Bulgária, Ucrânia, Macedônia e em Kosovo” (SANTOS, 2007, p. 81). A exceção como prática hegemônica também é, segundo o dado apresentado, discutida por Boaventura de Sousa Santos, para quem “existem muitas Guantánamos, desde o Iraque até a Palestina e Darfur”, e milhões mais criadas por meio de discriminações sexuais e raciais, “nos guetos, nas prisões, nas novas formas de escravidão, no tráfico ilegal de órgãos humanos, no trabalho infantil, na exploração da prostituição” (SANTOS, 2007, p. 76).



Vidas sofrem, assim, explorações e exclusões decorrentes de conflitos, mecanismos e ideários políticos, e são revestidas, diante disso, de significação política; todavia, esse caráter adquirido frequentemente é insuficiente para elevá-las a uma condição de emancipação quando a anulação perpetrada é avassaladora, total – é possível pleitear direitos quando se está inserido no âmbito do direito, mas e quando não se está, ou melhor, quando se encontra em uma relação de exclusão inclusiva? Esta retorna, na forma de estribilho dos espaços excludentes, complementada por uma das leituras de Didi-Huberman acerca da decadência da experiência segundo Benjamin e Agamben: trata-se de “evocar o tempo presente como uma situação de apocalipse latente, onde nada mais parece estar em conflito, mas onde a destruição não deixa de fazer estragos nos corpos e nos espíritos de cada um” (DIDI-HUBERMAN, 2011, p. 74-75).

## **CONCLUSÃO: POR UMA POLÍTICA DAS IDENTIDADES?**

É possível enxergar resolução, possibilidades de vida que não se articulem a partir de um eixo do “fazer sobreviver”, mas que sobrevivam para ultrapassar as ausências que são impostas pela aparente invencibilidade de um poder soberano que perpetua desigualdade e exclusão? Essa busca perpassa a consecução de direitos, o que, no caso dos refugiados, recai no problema de uma tutela que, como colocado por Agamben, acaba por tornar-se papel das polícias e das organizações humanitárias, de modo que repetidamente não chega a ser efetivada. A reivindicação por direitos é frequentemente articulada através de uma reivindicação alicerçada na pertença, na identidade compartilhada – mas o que fazer quando é negado todo pertencimento, quando o pertencimento implica perigo de morte e perseguição ou, ainda, quando não é possível a certa identidade conquistar agência e superar a marginalização engendrada pelas estruturas organizadas de poder, ou seja, pelo Estado? Na leitura de Agamben sobre partilhas identitárias e lutas nelas centradas, o interesse pelos processos de dessubjetivação é tão relevante quanto aquele pelos de subjetivação. Para melhor explicar sua tese, o autor referencia os processos trabalhados por Foucault: “cada subjetivação implica a inserção em uma rede de relações de poder, nesse sentido uma microfísica do poder”. A dessubjetivação, por sua vez, alinha-se à transformação de dicotomias em bipolaridades para apresentar o sujeito como um campo de forças percorrido por duas tensões opostas – uma que vai até a subjetivação e outra que percorre a direção contrária –, e o sujeito “não é outra coisa que o resto, a não-consciência desses dois processos” (AGAMBEN, 2006, p. 134-135).

Essa descrição leva o autor a uma colocação certamente controversa: “letal é, por outro lado, toda política das identidades, ainda que se trate da identidade do contestatário e a do dissidente” (AGAMBEN, 2006, p. 135). Essa afirmação adquire mais sentido quando se leva em conta outro eixo da visão de Agamben cujos revérberos encontram-se por toda a sua teoria – trata-se de reconhecer a estrutura da exceção em todos os âmbitos do pensamento contemporâneo, particularmente o da linguagem, que também funciona de acordo com o mecanismo de exclusão inclusiva (CASTRO, 2012, p. 40). Assim, o processo de subjetivação, a política identitária dissonante cujo intento é articular resistência, se opera dentro de uma mesma gramática hegemônica e está sujeita a suas impossibilidades, desígnios e símbolos de poder e legitimação: uma gramática da exceção. O Estado é capaz de lidar com reivindicações identitárias que buscam se formular de maneira representável; consegue, discursiva e imagetivamente, absorver essas pautas e neutralizá-las ou convertê-las em mercadoria. Se singularidades quaisquer, por outro lado, refutam o anseio de pertencimento e desejam apropriar-se da pertença em si, redefinir o significado de pertencer – o que implica rejeição à ordem e retoma a afirmação de Hannah Arendt sobre os refugiados e apátridas representarem a vanguarda de seus povos –,

configura-se uma ameaça com a qual o Estado não está disposto a compactuar (AGAMBEN, 2013, p. 79).

Restam, então, as últimas questões: é possível acreditar no funcionamento de uma democracia que não seja modulada por uma soberania que produz vidas tratadas como descartáveis? E, se reconhecido o fracasso e a impossibilidade, é possível subtrair-se do direito? Como dar os primeiros passos à visualização do que seria uma política que vem, termo reiterado no pensamento agambeniano? Trata-se, primeiro, de vê-la: Agamben reconhece que o direito é parte excessivamente essencial da cultura para que se possa subtrair-se dele, e procura, por isso, “substituir o paradigma da ação destinada a um fim pelo do gesto subtraído de toda finalidade” (Disponível em: <<https://lavrapalavra.com/2018/04/24/o-verdadeiro-karma-do-ocidente/>>. Acesso em: 7 de outubro de 2019). Gesto: gesticula-se em direção a outro mundo, outra forma de vida, aquilo que ainda não veio – um termo que, segundo Butler, é utilizado por Benjamin e Adorno para referir-se a tais momentos “paralisados, essas emissões que não são exatamente ações”, que se solidificam ou congelam em uma condição incompleta (BUTLER, 2013, p. 251). Essa incompletude justifica um “ainda não”, a impossibilidade de ver por enquanto, que pode parecer total ou irreversível quando o que se vê efetivamente são destruições e lacerações constantes – perdas pungentes, vidas afundadas, espaços vazios.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
- AGAMBEN, Giorgio. **Aby Warburg and the nameless science**. In: AGAMBEN, Giorgio. *Potentialities*. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 89-103.
- AGAMBEN, Giorgio. **Bataille e o Paradoxo da Soberania**. Ilha de Santa Catarina: 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/download/12583/11750>>. Acesso em: 16 de Junho de 2019.
- AGAMBEN, Giorgio. Entrevista com Giorgio Agamben. **Revista do Departamento de Psicologia - UFF**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 131-136, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer II**, 1. Estado de exceção. São Paulo : Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 1º Ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: Notas sobre a política**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. **Signatura Rerum: sobre el método**. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009.
- ARENDET, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, , P. 1769-1811, 2019.
- BENJAMIN, Walter. **Sobre a crítica do poder como violência**. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
- BENJAMIN, Walter. **Sobre o conceito da História**. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **A expansão do estado de exceção**: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. Impactum – Coimbra University Press: 2014. Disponível em: <URI:http://hdl.handle.net/10316.2/39819>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **A expansão do estado de exceção**: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. Impactum – Coimbra University Press: 2014. Disponível em: <URI:http://hdl.handle.net/10316.2/39819>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção económico e a periferia do capitalismo**. Impactum – Coimbra University Press: 2005. Disponível em: <URI:http://hdl.handle.net/10316.2/24875>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção económico e a periferia do capitalismo**. Impactum – Coimbra University Press: 2005. Disponível em: <URI:http://hdl.handle.net/10316.2/24875>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

BUTLER, Judith. A quem pertence Kafka?. **Revista Terceira Margem**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 222-260, 2013.

BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. **Revista Novos Estudos - CEBRAP**, n.77, p. 223-231, 2007.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: Uma arqueologia da potência. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **Sobrevivência dos vaga-lumes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 4°. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I. A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal; 1999.

NANCY, Jean-Luc. **L'impératif catégorique**. Paris, 1983. P. 149-150. Apud: AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. 1° Ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. São Paulo: Editora 34, 2005.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. 1° Ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Revista Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n° 79, P. 71-94, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.

# CRIANÇAS VENEZUELANAS MIGRANTES NO BRASIL: NECESSÁRIA HOSPITALIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL

**Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini**

Mestra em Direito (UNIMEP). Professora de Direito Internacional (PUC-Minas).

**Viviane de Arruda Pessoa Oliveira**

Mestra em Direito (UNIMEP). Pesquisadora (UNICAMP; Cardiff University).

## INTRODUÇÃO

O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil, decorrente de uma grave crise humanitária vivenciada pela República Bolivariana Venezuela, intensificado a partir de 2015, trouxe à tona a fragilidade da política migratória brasileira de maneira mais estruturada à nível de governo federal, estadual e municipal.

A resposta tardia na recepção aos imigrantes, a desestruturação de políticas públicas de atendimento à população, a precariedade no acolhimento e a exposição à condições de risco como falta de abrigo, alimentação adequada, fome, e até mesmo exposição ao tráfico de pessoas e exploração sexual, dentre outros fatores, impulsionou não só a necessidade do acolhimento humanitário das famílias que chegavam, mas também um olhar e preocupação no acolhimento e proteção das crianças envolvidas nesse processo migratório.

O presente artigo reflete as inovações, desafios e princípios elencados nos termos da Lei Nova lei de Migração (Lei 13.445/2017) especialmente quando da implementação do instituto da acolhida humanitária e as adequações necessárias da aproximação da norma à realidade concreta, para garantia da proteção integral e manutenção do interesse superior nas situações envolvendo as crianças venezuelanas no Brasil.

Esta prática restou estabelecida no Brasil na acolhida dos fluxos migratórios de haitianos desde 2010 pela Resolução nº 97 do Conselho Nacional de Imigração (Cnig) vítimas de desastre ambiental, e dos refugiados sírios, a partir de 2011, nos termos Resolução normativa nº 17, de 24 de setembro 2013 do Conare, vítimas de conflito armado. De esclarecer que a concessão do visto humanitário não é excludente da condição de refúgio, situação que foi reconhecida em diversas hipóteses de concessão aos Sírios, bem como, recentemente, aos venezuelanos em razão da grave e generalizada violação dos Direitos Humanos que acomete o seu país, pelo Conare.

Reflete-se, assim, no presente artigo em que consiste essa hospitalidade e a proposta humanizada desse acolhimento, buscando trazer iniciativas percussoras positivas no cenário brasileiro, especialmente, no Estado de São Paulo e na região de Roraima, para garantia de integração do migrante, de sua família e, conseqüentemente, da aplicação da Lei 13.445/2017, tendo como primazia percepção a titularidade dos Direitos Humanos por toda e qualquer pessoa, independentemente de sua condição migratória.

Por meio de revisão bibliográfica, artigos científicos, notícias, o tema é explorado trazendo uma abordagem metodológica com caráter dedutivo- normativo para elaboração de conhecimento jurídico.

Conclui-se pela necessidade de se perceber-se que o processo migratório traz em si, histórias e trajetórias humanas que impõe demandas consideráveis tanto do indivíduo quando da

sociedade que o recebe, especialmente na condição peculiar de ser em desenvolvimento e criança migrante, revelando-se um desafio de políticas públicas e de humanidade para os que chegam para garantia de uma efetiva proteção integral.

## **A MIGRAÇÃO VENEZUELANA NO BRASIL E A PRESENÇA DE CRIANÇAS NAS FRONTEIRAS**

De acordo com os dados do ACNUR, até outubro de 2019 mais de 4 milhões de venezuelanos migrante saíram do país e circulam por diversos países do mundo, sendo um total de 464.229 solicitantes de refúgio, especialmente nos países da América Latina, como Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Panamá, Peru e Caribe. (ACNUR, 2019)

Dentre os principais motivos alegados como ensejadores desta migração pode-se citar a falta de alimentos, de emprego, de medicamentos, de segurança e o aumento da violência pela presença de grupos armados não-estatais ou ameaça de forças estatais, bem como o cerceamento da expressão e desrespeito aos direitos humanos no território Venezuelano.

Como observa Baeninger, em obra específica sobre as migrações venezuelanas, o fluxo de venezuelanos para o Brasil se insere no âmbito de três movimentos importantes das migrações contemporâneas, quais sejam: as migrações de refúgio, as migrações transnacionais e as migrações fronteiriças. (BAENINGER, 2018, p. 155).

Este fluxo chegou ao Brasil com maior intensidade a partir do final de 2015 e início de 2016 aumentando a cada dia, sendo registrado um ingresso oficial de aproximadamente 178.000 até meados de 2019 de venezuelanos no território brasileiro, tendo a maior parte ingressando pela fronteira no norte do país, e se encontram morando na capital de Roraima, em Boa Vista, na cidade de Pacaraima e também em Manaus-AM. (UNICEF, 2019)

Assim, como afirmou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é em 2016 que as situações estruturais persistentes que afetavam os direitos humanos dos venezuelanos se agravaram, gerando essa grave crise política, social e econômica. (CIDH- Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2016).

Na época, muito embora a migração nas fronteiras brasileiras já dava sinais da demanda por uma melhor estruturação dos serviços públicos de atendimento à população migrante venezuelana, houve pouca mobilidade do governo em fornecer resposta as necessidades dos que chegavam e muito pouco se fez. Como observam Ruseishvili, Carvalho e Nogueira, as primeiras medidas foram seguramente restritivas ao direito de ingresso dos venezuelanos em ações de deportações e contenção de fronteiras, seguidas de um caos generalizado nas pequenas estruturas das cidades envolvidas:

Dessa maneira, as primeiras medidas de gerenciamento da migração venezuelana em Roraima ao longo do ano de 2016 consistiam na retirada direta desses migrantes do território nacional. O Incomodo dos agentes do Estado com a presença dos venezuelanos no espaço público, cujos corpos nas praças e esquinas desafiavam o estado normal das coisas, transparece na entrevista que o secretário municipal de segurança urbana e trânsito de Boa Vista dá ao jornal local: “eles passam o dia na rua e à noite dormem no Terminal de Cambé ou na Feira do Passarão. Os guardas veem a irregularidade e notificam à Política Federal para que sejam recolhidos. De fato, a ausência de ações articuladas do governo federal para abrigar os venezuelanos ao longo dos anos 2015-2016 fez com que os migrantes se concentrassem nas praças, estabelecimentos públicos e em acampamentos improvisados. Conforme os noticiários, as primeiras medidas centralizadas de acomodar os migrantes foram tomadas no início de 2017, com a criação dos primeiros abrigos em Boa Vista, organizados pelo governo federal com auxílio de agentes não governamentais, tais como a ONG Fraternidade – Federação Humanitária Internacional, ligada a uma

entidade religiosas e a Fraternidade sem Fronteiras. A segurança e a organização do convívio nesses abrigos ficaram a cargo da Divisão de Operações Emergenciais da Defesa Civil. Não é insignificante o fato de que esses primeiros alojamentos eram criados em reposta à decisão da 1ª vara da infância e juventude do Tribunal de Justiça de Roraima, publicada em 26 de dezembro de 2016, que obrigou o governo e a prefeitura de Boa Vista a fornecer moradia e alimentação para as famílias de venezuelanos. (USEISHVILI; CARVALHO; NOGUEIRA, 2018, p. 60)

Com isso, as primeiras iniciativas de acolhimento colocaram em risco as condições de proteção das famílias, especialmente das crianças, que passaram a ostentar a condição de moradores de rua e ocupar as praças das cidades, sem a menor acessibilidade a alimentação regular, postos de saúde, moradia e escolas.

Assim, em razão das demandas sociais e da ausência de uma política estrutural na região para atender os anseios populacionais, editou-se a Recomendação nº 1, feita pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), de 31 de janeiro de 2018, denunciando o estado de crise e risco na proteção dos direitos humanos dos migrantes no Estado de Roraima e determinando a formação de um gabinete especial de gestão migratória (CNDH – Recomendação 1- 2018).

Menciona-se que, em razão da situação de crise, restou aprovada pelo governo federal a Medida Provisória nº 820, trazendo medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório por crise humanitária; seguidas do Decreto nº 9.285, que reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório venezuelano; e do Decreto nº 9.286, que criou o Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade, todos publicados no dia 15 de fevereiro de 2018.

Iniciou-se, desta forma, de forma mais institucionalizada as primeiras iniciativas de acolhimento, havendo a promoção de construção de abrigos, vacinação das crianças, regulamentação da documentação e identificação dos migrantes, busca pela acessibilidade das escolas, dentre outras iniciativas.

Além disso, percebendo a situação de grave crise humanitária assolada, a Organização Internacional de Migração-traçou um perfil da migração venezuelana para o Brasil, monitorando do fluxo migratório Venezuelano, a fim de identificar as principais causas deste fluxo, como razões econômicas e laborais, e ainda a falta de acesso a alimentos e serviços médicos. (DTM BRASIL 1- OIM – 2018)

Importante esclarecer que a presença de crianças nestes fluxos, na maioria dos casos, acompanhadas dos seus pais, alertou a organização também para preocupação com as crianças e famílias migrantes ali estabelecidas. Identificou-se a forte presença deste grupo em condições de ampla vulnerabilidade e a situação de risco que se encontravam, a OIM realizou nova DTM Brasil Nº 2, com ênfase nas crianças e adolescentes, entre 25 de maio e 17 de junho de 2018, em locais de trânsito e assentamentos de venezuelanos em Boa Vista (BV) e Pacaraima aplicando a entrevistas por meio de uma equipe de 12 pesquisadores. (DTM BRASIL 2- OIM -2018). Na pesquisa, realizada em 2018, foi possível coletar informações de 726 crianças e adolescentes que estavam no Estado de Roraima, sinalizando que, com relação ao acesso a saúde, 87,1% das crianças estavam com vacinas atualizadas, sendo certo que 24 casos de crianças e adolescentes foram registrados com alguma doença crônica( destes, 62,5% recebiam tratamento)(DTM BRASIL 2- OIM- 2018)

Um dado preocupante no monitoramento levantado na ocasião pela OIM (DTM BRASIL 2- OIM) foi perceber que com relação ao acesso à educação, 63,5% das crianças não estava frequentando a escola, sendo estabelecidos como motivos para esta evasão a falta de vagas,

distância e custos (DTM BRASIL 2- OIM- 2018). Neste percentual, a predominância era de adolescentes e jovens entre 15 a 17 anos, no qual 76% não se encontravam na escola, sendo mais da metade (59%) das crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos de idade (DTM BRASIL 2- OIM- 2018).

Essa dado reflete uma realidade também mundial das crianças migrantes, especialmente na faixa etária do grupo de jovens e adolescentes, que na tentativa de ajudar com as demandas financeiras da família, muitas vezes são inseridos no mercado laboral de forma precária, e não na condição de aprendiz como deveria ser, submetendo, por vezes, até à situações em condição análoga de escravos, abuso e exploração de trabalho infantil, e até mesmo exploração sexual.

Assim, o monitoramento também demonstrou a sujeição de algumas crianças a medidas discriminatórias pela população local, bem como identificou situações de risco, tanto que 16 dos entrevistados responderam que, em algum momento, trabalharam ou fizeram algum tipo de atividade esperando obter alguma forma de pagamento, e alguns relatam a percepção de exposição de alguma violência de natureza sexual, além de algumas dificuldades com relação ao processo de identificação e monitoramento. (DTM BRASIL 2- OIM)

É importante perceber que diante da percepção da ampla vulnerabilidade que acometia as crianças migrantes venezuelanas e a fim de garantir uma maior proteção dos direitos das crianças, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) editou recomendação máxima na priorização dos direitos de crianças e adolescentes em situação de migração, por meio da atenção prioritária a tais indivíduos e seus núcleos familiares, fixando a necessidade de se atentar para garantir o acesso regular das crianças as regras públicas, alimentação regular, saúde à convivência familiar e comunitária, dentre outras medidas preventivas e de repressão ao tráfico e exploração sexual (CONANDA- 2018)<sup>1</sup>

Por conta disso, observa-se que a situação na Venezuela, fez como houvesse a necessidade de uma maior atenção a proteção dos direitos humanos dos migrantes. No entanto, apenas em junho de 2019, diante do quadro e percepção de graves e generalizadas violações de Direitos Humanos, o Conare reconhece a condição de refúgio nos termos do inciso III do artigo 1º da Lei nº 9.474, de 1997, aos venezuelanos, em uma importante decisão ( MJ- Nota Técnica n.º 3/2019-CONARE-2019). A situação impulsionou, também, a criação da operação acolhida resultando na observação de recepção e acolhimento de forma ordenada e segura estabelecida pelos Pactos Globais da Migração e Refúgio, tendo sido criados atualmente 11 abrigos oficiais em Boa Vista e dois em Pacaraima que são administrados pelas Forças Armadas e pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), das quais 2,5 mil são crianças e adolescentes, vivem nos locais. (UNICEF, 2019)

De esclarecer que, em todo o período de acolhimento, a atuação a Defensoria em diversas situações foi requisitada para promoção dos Direitos Humanos dos Migrantes, também das crianças, em razão de situações de manifesta violação, sendo exemplos, a impetração de habeas corpus preventivo para impedir a deportação coletiva de 450 venezuelanos, a ação civil pública para isenção de taxas para autorização de residência em atuação conjunta com o MPF, missão preliminar em pacaráima, participação em missão com CNDH, missão especial em Manaus com atenção aos indígenas Warao, primeira missão específica da operação acolhida, dentre outras, com parcerias e atuações a partir de 2017. (CHAVES, 2018, p. 93 ).

Assim, a situação dos migrantes na região norte, bem como nos demais Estados brasileiros, denotam a necessidade de o Brasil desenvolver políticas públicas estruturais em âmbito federal, estadual e municipal de maneira estrutural e coordenada, evitando caos e violações de Direitos

---

<sup>1</sup> Integra da Recomendação disponível em: <http://www.direitosdacrianca.gov.br/documentos/recomendacao-do-conanda-sobre-a-prioridade-absoluta-de-criancas-e-adolescentes-migrantes>.

Humanos, especialmente quando envolvendo situações com crianças e famílias, evitando exposições e riscos desta natureza. Todavia, ainda há uma longa meta para alcançar medidas práticas a envolver tais direitos e proteção das crianças, inclusive na percepção normativa desta criança, sendo necessária toda uma evolução no caminhar das medidas políticas efetuadas pelo governo brasileiro na implementação destes direitos, conforme analisar-se-á, a fim de garantir e promover a aplicabilidade dos Direitos Humanos da criança migrante.

## **A CRIANÇA MIGRANTE NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS VENEZUELANAS NAS FRONTEIRAS DO BRASIL**

A nova lei da migração brasileira traz uma visão humanitária da migração, abordando aspectos relevantes e reconhecimento de direitos abrangendo o cenário da emigração e imigração, almejando, ainda, combater a xenofobia e a não-discriminação e a percepção do migrante como titular de Direitos Humanos.

Ao se buscar a percepção criança migrante e refugiada no Brasil, identifica-se que a Lei 13.445/2017 afasta uma invisibilidade completa dos diplomas normativos anteriores, percebida tanto no Estatuto do Estrangeiro quanto na legislação destinada ao refúgio, lei 9474/94, que não trazia dispositivo específico de proteção da criança refugiada.

Isto porque embora se reconhecesse e percebesse a presença das crianças nos fluxos migratórios existentes no Brasil, especialmente na condição de refúgio, a criança era vista apenas como um apenso da família, sendo somente incluída como dependente dos seus pais ou familiares no processo de consideração e reconhecimento da condição de refugiada, muitas vezes incorporando as situações do instituto da reunião familiar.

Não significa dizer que a crianças migrante encontrava-se desprovida dos amplos acessos e proteção que a legislação pátria aplicável as crianças nacionais, ao contrário, toda criança antes da condição migratória ostenta a condição de criança e no Brasil a ela são atribuídos todos os Direitos Fundamentais nos termos da Constituição Federal, e dos institutos de proteção e segurança estabelecidos nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente, bem como da Convenção Internacional sobre os Direitos da Crianças de 1989, que o Brasil também aderiu.

Entretanto, o fato é que a ausência de legislação específica interna e normativas destinadas aos entes públicos geram mais uma condição de vulnerabilidade e invisibilidade da criança migrante do Brasil, não sendo possível atentar-se as condições específicas de acolhimento, identificação, integração e desenvolvimento pleno tão necessárias as especificações de políticas públicas no campo de Direito Migratório que a criança requer.

Assim, trazendo a necessidade da proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante, nos termos do art. 3º, inciso XVII, como princípios na política migratória brasileira, é certo que a criança tem que ser tutelada e tem direito a ampla defesa de seus direitos básicos desde o momento que ingressa em algum território ou no seu próprio território nacional. Ressalte-se que o acesso e o reconhecimento da compreensão do processo que as envolve, o direito de ser ouvida, e ser esclarecida dos seus direitos no idioma de sua compreensão, o acesso a sua família, representante legal e também aos mecanismo de proteção que não as coloque em maior condição de vulnerabilidade da que já se encontra, são questões que devem se impor, justamente porque estão em consonância com o princípio enfatizado. Para tanto, faz-se necessário o reconhecimento e a realização de políticas de acolhida humanitária/hospitalidade, efetivando o princípio do non-refoulement.



No caso brasileiro, em que, segundo relatório de 2018 do CONARE, foram reconhecidos 11.231 indivíduos como refugiados, 172 são crianças entre 0-14 anos, 5-11 e 12 a 17 anos, o que já explicita um perfil por sexo e faixa etária (CONARE-2019) é de suma importância para a criação de agendas de políticas a serem estabelecidas pelo Poder Público, atendendo demandas sociais de acordo com a realidade das faixas etárias, as aspirações e os direitos que lhes são concedidos. Entretanto, até o presente momento, não se identifica dados referentes a crianças desacompanhadas nos mecanismos e bancos veiculados pelo CONARE ou Polícia Federal, o que importa em tripla invisibilidade, seja por ser migrante, seja por ser criança e ainda desacompanhada, quando referente a esta criança que merecia, em tese, maior proteção.

Isto se deve ao fato, por vezes, da negativa de registros de solicitação de refúgio por parte das autoridades da Polícia Federal, sem que se tenha sido nomeado um guardião à criança, impondo dificuldades no processamento do pedido de registros destas crianças desacompanhadas.<sup>2</sup> Todavia, segundo dados fornecidas a noticiário local pela DPU, é possível identificar que entre agosto de 2018 a junho de 2019, chegaram 400 crianças desacompanhadas venezuelanas no Brasil, sendo também identificadas 1.701 crianças na condição de separadas de suas famílias, e ainda 1.701 crianças com documentação insuficiente.<sup>3</sup> Ou seja, é evidente uma barreira instaurada para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Em casos desta natureza, importante orientação é que deve ser feita a identificação e o encaminhamento desta criança aos órgãos de proteção como conselho tutelar, defensoria pública e juiz da vara da infância e adolescência, a fim de que gerenciem e promovam as demandas necessárias para promoção integral destas crianças. A esta criança deve ser destinada atenção prioritária no acolhimento, bem como a necessidade de regular identificação e a busca pela família para fins de facilitação quando possível a reunião familiar.

Além das barreiras legais, percebe-se ainda que as crianças sofrem com as barreiras invisíveis que a integração local estabelece, como mecanismos discriminatórios e ausência de informação da garantia de direitos. Neste sentido, observa Patrícia Nabuco Martusscelli:

De fato, as crianças refugiadas no Brasil possuem grandes barreiras em seu processo de integração local. A primeira delas é o idioma nacional, o Português. A segunda é a discriminação. Muitas crianças são discriminadas na escola e em outros locais como hospitais porque geralmente a população brasileira não sabe o que é o refúgio e, muitas vezes, acaba associando refugiados com fugitivos. Nesse sentido, é necessário um treinamento e a criação de campanhas que expliquem para a população o que é um refugiado para que todos possam agir como atores que promovam a integração local dessas pessoas. Além disso, refugiados passam pelos mesmos desafios que a população brasileira para ter acesso à educação e à saúde. A diferença é que os brasileiros dominam o idioma e conhecem melhor como os sistemas e a burocracia brasileira funcionam. Enquanto isso, muitos refugiados não possuem todos os documentos exigidos pela burocracia, não falam ainda muito bem o português e possuem traumas e necessidades específicas de seu processo de migração forçada que não são observados em um cidadão brasileiro comum. Ao mesmo tempo, uma mãe brasileira que não encontra uma creche para seu filho talvez possa contar com o apoio de sua família ou rede de contatos

---

<sup>2</sup> A defensoria pública do Rio de Janeiro, por exemplo, denunciou tal dificuldade e necessidade de melhora no atendimento destas crianças pela Polícia Federal. Ver em: [www.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo;jsessionid=641B96E20F917BFA82FED12B00E95D7D.lportal2?p\\_p\\_id=exibeconteudo\\_INSTANCE\\_2wXQ&p\\_p\\_lifecycle=0&refererPlid=11702&\\_exibeconteudo\\_INSTANCE\\_2wXQ\\_struts\\_action=%2Fext%2Fexibeconteudo%2Frs&\\_exibeconteudo\\_INSTANCE\\_2wXQ\\_groupId=132975&\\_exibeconteudo\\_INSTANCE\\_2wXQ\\_articleId=2865943](http://www.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo;jsessionid=641B96E20F917BFA82FED12B00E95D7D.lportal2?p_p_id=exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ&p_p_lifecycle=0&refererPlid=11702&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_struts_action=%2Fext%2Fexibeconteudo%2Frs&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_groupId=132975&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_articleId=2865943).

<sup>3</sup> As informações foram fornecidas as notícias veiculadas pela Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-10/ao-menos-400-criancas-venezuelanas-chegaram-ao-brasil-sozinhas>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

enquanto que uma mãe refugiada recém-chegada que se encontre na mesma situação dificilmente terá com quem contar para resolver essa questão. (MARTUSCELLI, 2014, p. 2)

Percebe-se, portanto, que para garantia dos princípios esculpidos na nova lei de migração, há a necessidade de percepção da criança migrante na realidade brasileira, impulsionando a proteção e garantia dos direitos humanos destas crianças. Isto se deve não somente a evolução do sistema normativo e reivindicações das instituições que promovem a luta pelos direitos das crianças migrantes no âmbito nacional, mas o aumento e presença destas no território nacional impulsionando este olhar e aplicabilidade dos Direitos Humanos também por parte da população brasileira neste acolhimento.

## **MAS AFINAL, O QUE É HOSPITALIDADE?**

Quando um indivíduo migra para o Brasil, se depara, atualmente, com a Lei nº 13.445/2017, como norma geral de regimento das condições gerais do Direito Migratório Brasileiro. Referida lei representa um avanço, uma vez que enxerga o migrante como sujeito de direitos e, conseqüentemente, busca tutelar a sua dignidade humana.

Dessa forma, em seu artigo 3º, elucida alguns princípios e diretrizes a serem observados, como a não discriminação, o repúdio a xenofobia, não criminalização do migrante, universalidade dos direitos humanos, direito de reunião familiar, acolhida humanitária, igualdade de tratamento e de oportunidade, proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante. E, no artigo 4º, concede direitos e liberdades civis, econômicas, culturais, livre circulação, reunião familiar, direito de transferência de recursos, direito de reunião, direito de ir, vir e permanecer, direito a educação e aos serviços públicos de saúde, previdência e assistência social.

No presente texto o foco é a acolhida humanitária, também denominada de hospitalidade, que significa, em apertada síntese, uma inclusão social, política, econômica, percebendo a humanidade na pessoa do migrante. A ideia é fazer com que o migrante se sinta “acolhido” pelo Brasil, usufruindo de serviços públicos de saúde, educação, previdência, além de conseguir um trabalho.

Derrida (2003) explora o tema com exordial peculiaridade. Ele explica que a hospitalidade deve promover um tratamento digno e justo a quem chega em um território que não o seu de origem, tanto que enfatiza que a hospitalidade não deve ser limitada pela lei. Transcreve-se trecho da obra que melhor explica o mencionado:

Esse direito à hospitalidade, oferecido a um estrangeiro “em família”, representado e protegido por seu nome de família, é ao mesmo tempo o que torna possível a hospitalidade ou a relação da hospitalidade com o estrangeiro, o limite e o proibido. Nessas condições, não se oferece hospitalidade ao que chega anônimo e a qualquer um que não tenha nome próprio, nem patronímico, nem família, nem estatuto social, alguém que logo seria tratado não como estrangeiro, mas como mais um bárbaro. (...). A lei da hospitalidade, a lei formal que governa o conceito geral de hospitalidade, aparece como uma lei paradoxal, perversível ou perversedora. Ela parece ditar que a hospitalidade absoluta rompe com a lei da hospitalidade como direito ou dever, com o “pacto” de hospitalidade. Em outros termos, a hospitalidade absoluta exige que eu abra minha casa e não apenas ofereça ao estrangeiro( provido de um nome de família, de um estatuto social de estrangeiro, etc.), mas ao outro absoluto, desconhecido, anônimo, que eu lhe ceda lugar, que eu deixe o vir, que o deixe chegar, e teriam lugar no lugar que ofereço a ele, sem exigir dele nem reciprocidade (a entrada um pacto), nem mesmo seu nome (DERRIDA, 2003, p.23-24)

Em complemento a isto, Gedel et all , afirma que o ser humano, independente de raça, cor, sexo, nacionalidade, deve assim ser reconhecido e que a hospitalidade não deve ser condicionada por instrumentos como jurídicos. Transcreve-se:

O dom, a amizade, o perdão, a justiça e a hospitalidade põem em questão o humano, o homem, a humanidade, o humanismo. A hospitalidade sem limitações vem orientada pela ideia que o humano que chega é diferente do outro que o recebe em sua terra. É estranho, estrangeiro, mas mesmo assim humano, que espera a hospitalidade incondicional e se depara com a hospitalidade condicionada, obturada pelo performativo jurídico do direito humanitário, do direito internacional, seus conceitos e instrumentos jurídicos e burocráticos dos Estados.(...)

As aporias, os paradoxos e as ambiguidades engendrados no confronto das hospitalidades condicionadas também se apresentam como desafios para a universidade incondicional, até que torne pública e presente, no presente, a questão do humano, do sujeito, da humanidade, por meio de trabalhos não apenas performativos, mas produtores de acontecimentos. (GEDEL, et all, 2016)

Assim, se o indivíduo deve ser reconhecido como ser humano e ter um tratamento igual ao nacional em qualquer ambiente e Estado que esteja, como promover isto se no Brasil as barreiras enfrentadas pelos imigrantes ainda são muito presentes?

No Estado de São Paulo, observa-se que tanto os imigrantes, quanto as instituições públicas e a sociedade civil elencaram que o acesso a documentação tem sido o maior obstáculo (23,4%, 37, 4% e 20,06%, respectivamente) no Brasil (IPEA, 2015). No entanto, eles ainda enfrentam outros impedimentos para acesso a seus direitos, uma vez que, segundo a pesquisa, os imigrantes colacionaram a documentação (20%), o idioma (20%), a informação e a discriminação (12,5% cada) como grandes barreiras (IPEA, 2015) .

Para tentar amenizar esta situação e, conseqüentemente, promover um tratamento humanitário e de hospitalidade, o Estado de São Paulo, pela Lei Municipal nº 16.478 de 07/07/2016 , regulamentada pelo Decreto nº 57.553 de 15/12/2016 , instituiu a Política Municipal para a População Imigrante. O aludido Decreto, em seu capítulo III, colaciona as políticas públicas criadas, nas quais se destacará o Centro de Referência de Atendimento a Imigrantes (CRAI) e a Secretaria Municipal de Saúde (SMS), sem deixar de afirmar que o Município se comprometeu a dar qualidade de atendimento ao imigrante, o que permite acesso a serviços públicos e a comunicação com os profissionais, e que, ainda que de procedência estrangeira, documentos oficiais com foto serão aceitos, bem como comprovante de solicitação de emissão de documentos, com a ressalva de que o Município não poderá deixar que o imigrante sofra prejuízos por conta das exigências burocráticas do cadastro.

Com relação ao CRAI, disposto no artigo 9º do Decreto, é certo que ele busca a inclusão social, cultural e econômica do imigrante, tanto que zela pelo seu bom atendimento (especializado e multilíngue) e requer a promoção de oficiais, seminários e palestras de capacitação do imigrante. Além disso, em seu §2º, aduz que, caso haja trabalho escravo, xenofobia, tráfico de pessoas e violações oriundas de deslocamentos, o CRAI, juntamente com a Ouvidoria Municipal de Direitos Humanos, agirá para coibir.

Já a SMS é responsável por assegurar o tratamento de saúde culturalmente adequado para o imigrante, seja por medidas preventivas (físicas e metais), seja por curativas. Dessa forma, a Secretaria deve zelar pela cultura e religião, bem como pela criação de programas e planos de saúde capazes de garantir as especificidades epidemiológicas do país de origem. Também terá que agir para promover tratamento específico aos que adquiriram alguma necessidade especial ou vulnerabilidade em decorrência do deslocamento ou das condições de vida do país.

Ressalta-se que há previsão a respeito da saúde da mulher e da necessidade de informar. Afinal, preza-se pela criação de programas de atenção, promoção e respeito aos direitos sexuais e reprodutivos de acordo com a diversidade de cada cultura, além de haver disposição sobre o combate a violência doméstica. Quanto a informação, deseja-se que o imigrante compreenda linguística e culturalmente os fatos, razão pela qual há previsão de campanhas de informação adaptadas para o melhor entendimento.

Enfatiza-se, também, que a Lei Municipal tem como diretriz a proteção integral da criança e do adolescente, sendo que, no artigo 4º, menciona que se deve criar serviços públicos municipais de atendimento, com respectiva ação administrativa de capacitação dos conselheiros tutelares para a proteção da criança e do adolescente.

Também, com relação a criança desacompanhada, importante trabalho é realizado no município de São Paulo, através um serviço de atendimento chamado Setor Anexo de Atendimento de Crianças e Adolescentes Solicitantes de Refúgio e Vítimas Estrangeiras de Tráfico Internacional de Pessoas (SANCAST), vinculado a Vara da Infância e da Juventude da Penha, que busca facilitar a promoção e inclusão desta criança no território brasileiro, buscando o reconhecimento e facilitação para usufruir direitos e proteção da criança nos termos do Estatuto da criança e adolescente. (SANCAST, 2018)<sup>4</sup>

Neste caso, havendo a presença de crianças, especialmente desacompanhadas, importante reforça que haverá sempre a necessidade de interlocução da sua atuação da Defensoria Pública da União, do Conselho Tutelar e também de um juiz da vara da infância e adolescência responsável pela municipalidade.

Como outra iniciativa pioneira, importante reforçar que em Roraima, o Fundo das Nações para a Infância (UNICEF), juntamente com a Secretaria de Educação e Desportos do Estado de Roraima, criou um curso para qualificar cerca de 230 profissionais da rede estadual e municipal de ensino. Pleiteia-se mudar alguns pontos do ensino, uma vez que, com o recebimento expressivo de crianças e adolescentes venezuelanos em sala de aula, o profissional tem a necessidade de repensar a abordagem, o idioma, a proposta pedagógica, daí a importância do curso como uma maneira de refletir políticas inclusivas (UNICEF, 2019).

A UNICEF e o Instituto Pirlampos deram origem a um espaço, no qual se ensina o adolescente direitos que os Brasil lhes garantem e como efetiva-los, tendo como norte o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, 781 crianças e adolescentes venezuelanos participam do projeto. Destaca-se que há uso de gibis da Turma da Mônica escritos em espanhol e que colacionam os direitos de cada criança e adolescente (UNICEF, conhecendo os Direitos, 2019).

Também realizou campanha para matricular crianças e adolescentes dos abrigos em escolas formais, sendo certo que 3,2 mil foram abrangidos pelas atividades de educação em emergência (UNICEF, Crise Migratória, 2019). Tem fornecido apoio psicossocial a crianças e adolescentes através de 15 espaços "Amigos da Criança", já tendo recebido 10.691 crianças e as inserido em atividades que buscam a socialização, recreação e proteção (UNICEF, Crise Migratória, 2019).

Acredita-se, com isso, que se faz necessária a inserção de políticas de acolhida/hospitalidade para que o imigrante tenha um tratamento digno e a própria lei de migração seja cumprida e promova a igualdade e a ausência de discriminação. As políticas devem ser feitas em âmbito nacional, estadual e municipal, podendo a Lei municipal citada ser um exemplo e uma base para a criação. Também, com relação a proteção da criança migrante, a

---

<sup>4</sup> Para maiores informações sobre o serviço de atendimento a crianças e adolescentes desacompanhados migrantes, consultar a página: <https://sites.google.com/view/sanecast/página-inicial>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

necessidade da hospitalidade se faz ainda maior, especialmente por se estar diante de vulneráveis e que tem direito a proteção integral.

## CONCLUSÃO

Com o implemento da Nova Lei de Migração, foi consolidada a necessidade de se promover uma inclusão social, política, econômica do migrante, de forma que ele se sinta integrado no Brasil e possa usufruir de serviços públicos, sem qualquer diferença com relação aos nacionais. Tal situação corrobora com os princípios descritos na aludida lei, uma vez que se busca a não promoção de um tratamento discriminatório, a ideia de um tratamento igualitário, além de se enaltecer a tutela da dignidade humana tão prezada pela lei e pela Constituição Federal.

Ocorre que, embora prevista a hipótese de acolhida humanitária ou hospitalidade, sua regulamentação não foi realizada, o que, em um cenário em que o fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil tem aumentado, principalmente em Roraima, representa não apenas um retrocesso, como também uma preocupação social. Afinal, aqueles que para cá migram se deparam com barreiras, como o idioma, o trabalho, a inclusão em escolas, que não são preocupação do Poder Público e que acarretam em sérias consequências, como, por exemplo, uma ausência de acesso a serviços públicos essenciais e de direitos para se viver com dignidade.

A necessidade de uma política de acolhimento do migrante é uma realidade a ser enfrentada nos âmbitos nacional, estadual e municipal, pois situações estruturais persistentes têm afetados os direitos humanos dos migrantes, especialmente dos venezuelanos, levando, até mesmo, a submissão de seres humanos a ocupações de vias públicas, como praças das cidades, para morar. Enquanto o Poder Público não cria políticas de hospitalidade, se faz cada vez mais evidente a precarização do trabalho e, no caso das crianças, a falta de acesso à educação e, por vezes, a inserção em cenários de vulnerabilidade, se tornam mais comuns, o que se tornou perceptível pela OIM, que traçou o perfil dos venezuelanos no Brasil, a fim de amenizar a crise humanitária instaurada.

Destaca-se que a inserção de políticas de hospitalidade, atenderiam o princípio do melhor interesse da criança, garante uma ausência de exposição das crianças e adolescentes de situações a situações de grave risco e vulnerabilidade, como o tráfico de pessoas, exploração sexual, evasão escolar, por exemplo. Enfatiza-se, também, que a OIM identificou uma grande presença deste grupo em situação de risco, seja por não estarem no ambiente escolar e, conseqüentemente, se inserirem em trabalhos precários e exploratórios.

No decorrer do artigo foram expostos alguns exemplos que poderiam ser considerados referencias para a criação de políticas públicas de hospitalidade. A Lei 16478/2016 é prova disto, haja vista que através de alguns institutos, como o CRAI, visa possibilitar a inclusão do migrante, tanto que há a realização de palestras e seminários para o ensino do português, o que foi feito com crianças também e representa uma forma de se quebrar barreiras.

Também a atuação da UNICEF em Roraima tem se mostrado focada na inclusão, uma vez que tem realizado mecanismos para promoção da educação de crianças e adolescentes e busca efetivar os direitos que lhe são concedidos tanto pela Nova Lei de Migração quanto pela própria Constituição Federal e pelos instrumentos internacionais- representa uma forma, até mesmo, deles se sentirem menos desprezados pelos colegas brasileiros, na medida em que se deseja incluí-lo e não fazer com que ele não queira mais frequentar o ambiente escolar.

Por fim, não demais acrescentar a necessidade de percepção e inclusão destas crianças pelas crianças nacionais, incentivando-se a promoção de atividades de inclusão de culturas

diferentes, através de políticas não discriminatórias e um sistema educacional inclusivo com promoção em favor da diversidade de raça, etnias e culturas como um valor agregador para o desenvolvimento de toda sociedade brasileira.

Por essa razão, é evidente que as iniciativas demonstram a percepção da criança migrante como sujeito de direitos, que precisa de uma tutela específica por parte do Estado, seja por já estar em uma condição de maior vulnerabilidade, seja por ser portador de necessidades especiais, para fins de promoção do princípio do melhor interesse da criança e da sua proteção integral, sob pena de retrocesso as percepções do antigo estatuto do estrangeiro que trazia a dimensão do migrante como o estranho, o outro, que representava uma ameaça a segurança nacional.

Certamente há, ainda, um longo caminho a percorrer, mas acredita-se que toda percepção da criança como um sujeito e titular de direitos humanos deve ser complementado por medidas inclusivas, que busquem quebrar as barreiras enfrentadas e promover a igualdade e a não discriminação.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. Notícia. 07/06/2019. **Número de Refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 4 milhões, segundo Acnur e o Oim.** Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2019/06/07/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-ultrapassa-4-milhoes-segundo-o-acnur-e-a-oim/>>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

BAENINGER, Rosana. Governança das Migrações: migrações de venezuelanos e venezuelanas. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. **Migrações Venezuelanas**. Campinas, SP: Nepo/Unicamp, 2018. p. 135-140.

CHAVES. João Freitas de Castro. Panorama da resposta humanitária do fluxo venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski. **Migrações Venezuelanas**. Campinas, SP: Nepo/Unicamp, 2018. P. 93-100.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Capítulo IV.B Venezuela. Annual Report 2016.** Disponível em: <[hp://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/informeannual2016cap4b.venezuela-en.pdf](http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/informeannual2016cap4b.venezuela-en.pdf)> Acesso em 28 de novembro de 2019.

CNDH – **Recomendação 1- 2018.** Disponível em: <[https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/migracoes\\_venezuelanas.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/migracoes_venezuelanas.pdf)> acesso em 28 de novembro de 2019.

CONARE. **Nota Técnica n.º 3 /2019/CONARE.** Disponível em:<[https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei\\_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf](https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf)> acesso em 20 de novembro de 2019

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. A Proteção Brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. **REMHU**, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, v. 22, n. 42, p. 281-285, June 2014. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-85852014000100017](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000100017&lng=en&nrm=iso)>. access on 29 Nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1980-85852014000100017>

OIM BRASIL. **DTM N2.** Disponível em: <[https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/OIM\\_Brasil\\_DTM\\_N2-PT\\_VF.PDF](https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/OIM_Brasil_DTM_N2-PT_VF.PDF)> Acesso em 20 de novembro de 2019.

OIM BRASIL. **DTM Nº 1.** Disponível em: <[https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/MDH\\_OIM\\_DTM\\_Brasil\\_N1.pdf](https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/MDH_OIM_DTM_Brasil_N1.pdf)> Acesso em 28 de novembro de 2019.

USEISHVILI, S. ; CARVALHO, R. C. ; NOGUEIRA, M. F. **Construção social do estado de emergência e governança das migrações: o decreto estadual RR n. 24.469-E como divisor de águas.** In: Baeninger, R.; Jaroshinski Silva, J.C.. (Org.). Migrações venezuelanas.. 1ed.Campinas: NEPO/Unicamp, 2018, v. 1, p. 57-68.

UNICEF, **Conhecendo os direitos da criança e do adolescente no Brasil.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/historias/conhecendo-os-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>>. Acesso em: 27/11/2019.

UNICEF, **Crise migratória venezuelana no Brasil.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>>. Acesso em: 27/11/2019.

UNICEF, **Unicef e parceiros promovem formação para pedagogos de escola em Roraima.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-e-parceiros-promovem-formacao-para-pedagogos-de-escolas-em-roraima>>. Acesso em: 27/11/2019.

# A IMIGRAÇÃO HAITIANA PARA PORTO VELHO/RO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Maria Lúcia Brito Gonçalves**

Mestra em Sociologia e Direito (UFF)

## INTRODUÇÃO

O Brasil tem sido refugio dos Haitianos, aumentando esse fluxo desde 2010, quando do terremoto que assolou a Capital daquele país. O redirecionamento forçado, incide justamente quando da crise política e econômica do nosso País. Esse artigo, argui o conflito dos refugiados sob a visão de colocação social, proteção e amparo legal, como também o fluxo migratório para a cidade de Porto Velho/RO, em decorrência do terremoto que destruiu o Haiti em 2010. Ressalta-se que não foi apenas no período de 2010 que houve a migração forçada. Na participação do Brasil na missão das Nações Unidas, foi citado os desafios que os refugiados têm na sociedade brasileira e as disponibilidades do governo brasileiro para atender os problemas dos haitianos.

## SÍNTESE HISTÓRICA DOS HAITIANOS NO PAÍS

Cabe analisar o momento em que os haitianos necessitaram deixar seu país em busca de amparo em outros países em 2010. Outra questão é a inclusão social brasileira, bem como, a proteção legal.

O idioma oficial é o Francês e o Crioulo, e a capital é Porto Príncipe. A religião predominante é a católica, mas a população também pratica o vodu. No primeiro momento a dificuldade em se adaptar a outro idioma.

Não há que se falar que os haitianos são refugiados, pois refugiados são as vítimas de violação de direitos humanos, ou seja, em virtude de perseguições, intolerâncias, guerras, discriminações raciais, religiosas, etnia; no caso em comento, o refugio foi em decorrência de terremoto que assolou o Haiti.

Em decorrência dos fenômenos da natureza, o cenário social desse País, fez com que as pessoas buscassem outros destinos, pois a situação era desesperançosa, e queriam o melhor para suas famílias.

Decidir abandonar seu País e abdicar de toda sua história, pelo simples receio de enfrentar diversas necessidades, colocando em risco a própria vida e de seus familiares.

O papel solidário do Brasil, é dado ao Estado Democrático de Direito, vinculado a cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana, que amparam as pessoas que migraram forçosamente.

Para melhor compreensão do acolhimento da imigração haitiana no Brasil, necessita se de um resumo superficial de principais momentos históricos.

Os refugiados em geral, abandonam seu País em decorrência das violações aos direitos humanos, buscam em outros países apoio social, educacional, etc.

Associam se os refugiados, a cenários de guerra, conflitos, perseguições, sejam fatores econômicos, políticos, raciais, religiosas; já a imigração haitiana decorreu do terremoto de 2010, que levaram inúmeros imigrantes ao território brasileiro a procura de trabalho, solidariedade. Não



podendo enquadrar na situação de refugiados, o governo brasileiro excepcionalmente concedeu o visto humanitário. A imigração haitiana se deu de forma gradativa até 2010, quando houve grande número de solicitações.

Na história do Haiti, houveram sempre desastres ambientais, corrupções, períodos de ditadura, violência, desigualdades sociais. Em 12 de janeiro de 2010, o País foi marcado pelo terremoto, ocasionando mais de 300 (trezentos) mil mortes e 300 (trezentos) mil pessoas desabrigadas.

O Brasil desde 2004, comanda no Haiti a Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti, passando o Brasil ser referência para aquele País.

## **DIFERENÇAS DE ASILO POLÍTICO, REFÚGIO, IMIGRAÇÃO, MIGRAÇÃO E EMIGRAÇÃO**

Existem diferenças entre asilo político e refúgio se fazendo necessário para o discernimento desses elementos, que embora sejam semelhantes, cada um tem suas características.

Para Oscar Joseph de Plácido e Silva, refúgio e asilo possuem significações diferentes, vejamos:

Embora empregados com sentidos equivalentes, asilo e refúgio possuem significações próprias: asilo é a proteção que se busca para se livrar da perseguição de quem tem maior força; refúgio é o abrigo que se procura para se furtar ao perigo de que se é ameaçado. No asilo, o asilador ou asilante torna-se protetor do asilado para o defender e livrá-lo da perseguição. No refúgio, quem o concede apenas o abriga até que passe ou cesse o perigo, mas não lhe assegura a proteção. (1984, p.64-65).

A palavra asilo utilizada nas civilizações antigas, para os povos do Ocidente, surge na Grécia, Roma e se consolida na Europa Medieval. Asilo define como um instituto humanitário que tem por objetivo dar acolhimento às pessoas perseguidas em seu país por divergirem de opinião política, religiosas ou racial, com isso, surge o instituto “asilo político”.

A consolidação internacional, com relação a definição de asilo teve início na Convenção de Havana de 1928, em seguida pela Convenção de Montevideu de 1933 e de Caracas em 1954. Vale ressaltar, que o asilo político teve grande influência na Revolução Francesa, sendo incluído no texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, X, concede o asilo político, sendo prerrogativa do poder Executivo, tendo como característica o estado de urgência com perseguição atual.

Em decorrência de guerras, perseguições arbitrárias, fala-se nos refugiados, sendo seu acolhimento uma atitude humanitária.

Na América Latina, o asilo político é aplicado quando ocorre perseguições políticas, a proteção poderá existir nas embaixadas dos países de destinos ou em todo território nacional; tem como efeito constituir aplicabilidade de um ato soberano do Estado, sendo que a decisão política não está vinculada a nenhuma legislação internacional.

Quanto ao refúgio, têm como característica primordial o instituto jurídico universal, em que se aplica a situações de proteção a perseguição generalizada, seja por motivos, raciais, religiosos, opinião políticas, de nacionalidade. Em regra, a proteção se opera no estrangeiro; há efeito declaratório, nas cláusulas de cessão, perda e exclusão positivada na Convenção dos refugiados, aplica-se de maneira apolítica, de caráter humanitário, com fundamentação religiosa, racial, de nacionalidade, de grupo social e de opinião política.

Ressalta-se que asilo e refúgio são situações distintas, o primeiro se aplica em perseguição individual, em especial perseguição política, havendo exercício de ato soberano do Estado, não estando vinculado a decisão do asilo político e diplomático ao organismo internacional.

Quanto o refúgio corresponde a uma instituição convencional que, alcança um número maior de pessoas, a perseguição tem caráter genérico, é apolítico e que almeja a proteção de indivíduos com receio de perseguição. Com isso, a população atravessa a fronteira em prol de proteção e abrigo; e nas ações de dominação e ocupação estrangeira, nas violações dos direitos humanos, ou que modifiquem gravemente a convivência ordenada de um país ou região.

Imigração é quando uma pessoa se retira do país estrangeiro de forma temporária ou permanente em outro país com a intenção de fixar residência ou atividade empregatícia.

Migração é o deslocamento de uma pessoa de um município para outro dentro do mesmo País. Na verdade, é a mudança de domicílio de um indivíduo.

Verifica-se a emigração, o fluxo da saída do indivíduo estrangeiro daquele país de forma voluntária.

## **CONCESSÃO DE VISTO HUMANITÁRIO A RESOLUÇÃO NORMATIVA NO 97/2012**

Em 12 de agosto de 2015, o Conselho Nacional, aprovou por unanimidade a renovação por mais 12 meses, a renovação a contar de 30/10/15 a Resolução Normativa no 97, concedendo o visto humanitário a imigrantes Haitianos.

Entende-se por Visto Humanitário a autorização concedida ao indivíduo estrangeiro para ingressar e permanecer no País em caráter de emergência, ou seja, havendo violação ou perigo aos direitos humanos.

O único respaldo para que o governo brasileiro acolhesse os haitianos, já que eles não eram refugiados seria através da Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração no 97/2012. Vejamos:

Art.1º. Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele País em 12 de janeiro de 2010.

Em seu art. 2º, ressalta que: “O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe”. Em seu parágrafo único limita um número de até 1.200 (um mil e duzentos) vistos por ano.

## **DOS DIREITOS DOS IMIGRANTES E REFUGIADOS**

Em 1951, surgiu os direitos dos refugiados através da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, sendo regido no alto Comissário das Nações Unidas para refugiados – ACNUR.

O ordenamento internacional dos refugiados, visam garantir no mínimo os direitos humanos, devendo ter uma vida digna, direito a saúde, educação, religião, etc.

Diversas são as legislações internacionais que protegem aos imigrantes estrangeiros que saem de seu país de origem a procura de proteção em outro País.

Vale ressaltar algumas legislações: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Convenções de Genebra de 1949; Estatuto dos Refugiados 1951; Declaração de Cartagena de 1984; Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994; Lei no 9.474/ 97 e outros esteios jurídicos.

## **DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E ESTRANGEIROS NO BRASIL**

Com embasamento jurídico, os princípios que norteiam os direitos dos refugiados e estrangeiros no Brasil, são os princípios: da dignidade humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da igualdade/isonomia (art. 5º, caput, CF), da não devolução (art. 33, do Estatuto dos Refugiados/1951).

### **Princípio da não devolução (non-refoulement)**

O artigo 33 da Convenção de 1951, encontramos o principio da não devolução, vejamos:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

A Convenção da Nações Unidas em seu art. 3º, é taxativa com relação a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, degradantes e desumanas, sendo que nenhum Estado parte poderá expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa a outro Estado quando houver eminente perigo de tortura.

O principio da não devolução, tem por finalidade que uma vez concedido o benefício, só poderá ocorrer a cessação e a perda pelas hipóteses elencadas na Lei no. 9.474/97, devendo acolhe-los em todas as circunstancias necessárias para aplicabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, nem expor em risco.

### **Princípio do in dubio pro refugiado**

Havendo dúvidas na aplicabilidade do reconhecimento do estrangeiro na condição de refugiado, deverá aplicar a lei que lhe for mais favorável.

O elemento dúvida muitas vezes origina da efetiva perseguição que o solicitante revele, e se realmente, existe e como também, se essa pessoa vivencia o receio da situação. No entanto, referente a dúvida se acontecer, o solicitante deve ser se adquirir o benefício.

### **Princípio da isonomia**

A Constituição Federal em seu art. 5º, caput, determina que todos são iguais perante a lei, que todos devem ter tratamento idêntico, sendo vedado diferenciações arbitrárias, tratamentos isonômicos. Vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (1988).

A aplicabilidade do mandamento constitucional é aplicada de forma indistinta para brasileiros e estrangeiros.

### **Princípio da dignidade da pessoa humana**

Constante no art. 1º, III, CF, tem como base o Estado democrático de direito que destina a aplicabilidade dos direitos humanos e da justiça social, devendo o Estado promover e garantir um mínimo existências para o indivíduo.

Cada ser lhe é assegurado um mínimo de respeito ao homem, que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da coletividade.

### **DA IMIGRAÇÃO DOS HAITIANOS PARA PORTO VELHO/RO**

A imigração haitiana no ano de 2010, foi um marco para o Brasil, após o violento terremoto que abalou a capital Porto Príncipe, e via o município de Tabatinga, no estado do Amazonas, em fevereiro de 2010, que os Haitianos passaram a migrar para o País. O terremoto ocasionou a morte de mais de 150 mil pessoas e deixou 300 mil deslocados internos.

Em dezembro de 2010, o governo do Acre anunciou cerca de 130 mil haitianos que entraram pela fronteira do Peru. Ingressaram pela cidade de Brasília, de ônibus, e orientados a solicitar refúgio, para obtenção dos mesmos direitos que cidadãos brasileiros, sendo legalizados em território nacional, como acesso a saúde, ensino, carteira de trabalho, passaporte e cpf.

Ocorre que em 2013, o governo do Acre, decretou situação de emergência social nos municípios de Epitaciolândia e Brasileia em decorrência dos imigrantes indocumentados, que na sua maioria eram haitianos. Houve necessidade de abrigo emergencial. Em abril de 2014, com a enchente do Rio Madeira houve a necessidade de fechar os abrigos emergenciais.

Tendo como entrada principal a fronteira terrestre das regiões Norte e Centro-Oeste, os imigrantes haitianos não se distribuíram de forma uniforme pelo País, bem como, não seguiram apenas para as grandes Capitais brasileiras. A maioria dos Haitianos encontram se na região Sul, que é a região mais distante do Haiti. A Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) 2014, verifica-se que 59,2% dos haitianos no mercado formal de trabalho estão na região sul, seguido pela região sudeste com 28,2%, com maior numero no estado de São Paulo.

Com o crescimento populacional e econômico em 2011, e, em decorrência da construção das usinas hidrelétricas de Jirau e Santo Antônio, fizeram com que os Haitianos migrassem para o Estado de Rondônia visando oportunidade de melhoria de vida. Os consórcios contrataram 100(cem) haitianos para trabalhar em diversas aéreas das obras, desde ajudante de produção, como também técnicos de projetos. Com isso, adquirem os imigrantes estabilidade profissional, almejando trazer a família deixada no Haiti para o Brasil.

Inicialmente, haviam pela Secretaria de Estado e Assistência Social (SEAS) 807 (oitocentos e sete) haitianos cadastrado no Estado de Rondônia. Em Porto Velho, foi criada a Casa de Apoio Raimundo Neves (2011), sendo mais de 200 pessoas encaminhadas pela SEAS, é oferecido alimentação aos haitianos que não ingressaram no mercado de trabalho. Os homens têm maior facilidade em conseguir emprego, sendo que a maioria na construção civil. As mulheres levam ate 3 (três) meses para conseguir emprego, e na sua maioria como empregada domestica.

O que verifica, é os Haitianos, tem formação superior, que tinham parentes em Porto Velho, residem em periferias, fundaram igrejas de acordo com suas crenças e que o trabalho ofertado é

apenas para manutenção das despesas básicas. Alguns tem pretensão de retornar ao país de origem, porém a maioria entende que a oportunidade de trabalho e uma vida melhor é nesse País.

O governo não oferece uma estrutura e apoio suficiente para os Haitianos, pois enfrentam inúmeros desafios, tais como: educacional, trabalho, políticas públicas.

Vale ressaltar, que os haitianos não são considerados refugiados, a motivação que levaram a sair de seu país foi diverso da figura de refugiados; eles se deslocaram para o Brasil e para outros países, em virtude do terremoto, a questão é humanitária, mas que não deixa de equiparar aos refugiados, no que diz respeito a proteção, o acolhimento e o amparo dos países a esses indivíduos.

A grande questão internacional é que esses indivíduos, por falta de opção são obrigados a saírem de seus países e se submeterem o que lhe imposto, vivenciam situações de constrangimento, situações desumanas.

O que se verifica é que no país de origem, a maioria deles tinham moradia própria, emprego, profissão, escolas para seus filhos, famílias construídas, suas necessidades básicas eram supridas, e buscaram como refugiados em nosso país sua reestruturação, uma melhor qualidade de vida. Assim, após um cenário de guerra, de perseguição passam depender da solidariedade de outros países, principalmente, do auxílio de outra população para se valer de moradia, de alimentação e de vestuários, logo, inúmeros são os prejuízos que passam essas pessoas.

A condição de imigrante não é das mais fáceis, para o ser humano, pois deixam em seus países de origem, suas famílias, anos de conquistas, seu reconhecimento como cidadão em seu país e em questão de minutos tudo se esvai, perdem familiares, bens moveis e imóveis, profissões, e algumas pessoas perdem a própria vida.

Quando os imigrantes ingressam em um país de maneira lícita, lhe é dado uma documentação para constituição da legalidade, se submetendo aos direitos e deveres daquele País.

Com relação aos haitianos a resolução normativa no 97/12 do Conselho Nacional de Imigração em seu art. 2º, discorre no artigo 2º que: O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe. Pois essa legislação resguarda esses indivíduos.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS IMIGRANTES NO TERRITÓRIO BRASILEIRO**

Sendo o Brasil, dentre um dos países da América Latina que mais abrigam haitianos, tem alguns problemas a serem enfrentados como a falta de abrigo, quando esses indivíduos chegam ao território nacional e a regularização da documentação.

Quando os imigrantes e refugiados deixam seu país de origem, buscam no País de destino políticas públicas que possam pelo menos as necessidades básicas para sua subsistência. Esses estrangeiros viajam com seus próprios meios, empregam as suas economias financeiras, trocam bens, para ingressar em outro país.

Os imigrantes saem em busca de uma vida digna, e uma vez regularizado passarão a ter acesso: à educação, à cultura, ao trabalho e emprego, à documentação e à habitação, ou seja, procuram uma vida melhor do que aquela deixada e construída no país de origem.

Com a imigração dos Haitianos em Porto Velho, não havia políticas públicas naquele município, apenas pessoas que buscavam facilitar a vida dessas pessoas. Como por exemplo:

Em Rondônia, um dos principais destinos dos haitianos depois que saem do Acre, o auditor fiscal do MTE Juscelino Durgo tirou as manhãs de sábado para dar aulas de legislação trabalhista em um projeto do Serviço Pastoral do Migrante, vinculado à Igreja Católica. Ele conta que a iniciativa começou em 2010 com as “missões solidárias” organizadas pela arquidiocese do Estado para levar serviços essenciais a locais distantes que não possuem aparelhos estatais. “Mas a coisa aconteceu meio por acaso e nós não esperávamos os haitianos. Eles chegaram e ficaram em situação muito complicada, andando pelas ruas e passando fome. Então criamos um projeto de acolhimento a eles”, diz Juscelino.

Além das aulas de legislação trabalhista, os migrantes também têm aulas gratuitas de Língua Portuguesa durante as noites de segunda a sexta-feira, quando também é oferecida janta a eles. Um dos articuladores da missão para os haitianos, o padre João Batista Toledo da Silveira justifica: “A fome era um problema de saúde deles porque a maioria deles só fazia uma refeição por dia

Quando o projeto cresceu, ele conta que contratou um dos haitianos que migrou para Rondônia. Além de ser poliglota, ele era professor na terra natal e passou, então, a ensinar português aos que chegam. Hoje o Serviço Pastoral Missionário tem uma parceria com a Universidade Federal de Rondônia (Unir), que cede professores e dá apoio financeiro para as atividades. ( <https://reporterbrasil.org.br/2014/01/sem-acesso-a-politicas-publicas-haitianos-sao-explorados/>).

Perduram por vários anos os imigrantes no território nacional, intensificou os Haitianos a procura pelo Brasil, quando do terremoto de 2010 que destruiu uma grande parte do país, deixando um número de trezentos mil pessoas mortas, por causa da catástrofe, e mais de trezentos mil haitianos desabrigados, como o Brasil fazia Missão Humanitária desde 2004, eles se viram confiantes e amparados pelo governo brasileiro.

Quando os imigrantes têm seus direitos violados naquele país, por discriminações, perseguições, intolerâncias, guerras, questões humanitárias, e por esse e outros motivos tiveram que abandonar o seu país de origem em busca de reconstruir sua vida em outro País. Esse acontecimento é capaz de aproximar o mundo, pela através da solidariedade, pela dignidade humana e por questões humanitárias é que esses indivíduos são acolhidos pela sociedade mundial com o apoio do Poder Público.

Ao adquirir o benefício, seja o asilo, refúgio, por situação humanitária, o Estado deverá garantir políticas públicas, pois, acredita-se que no seu país os mesmos tinham meios de sobrevivência que supriam suas necessidades vitais, como: habitação, saúde, educação, alimentação, trabalho, e outros, e chegar num território estranho a sua cultura, além de um novo idioma.

Os haitianos quando chegam no Brasil, procuram trabalho, não importando a função que irá exercer, apenas a preocupação em manter sua família e muitos enviam parte do seu salário para as famílias no Haiti.

A palavra proteção e abrigo para os imigrantes vão além da moradia, se fazendo necessário tratamento psicológico; inserção na social; oportunidade de emprego e trabalho de acordo com suas profissões e grau de escolaridade; acesso à educação e cultura. Na verdade, deparam com uma deficiência nessa proteção outorgada por Lei e mínimas políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

Aurélio. Buarque de Holanda Ferreira, **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa, 4 ed., rev. ampl. Nova Fronteira. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951, e determina outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, n. 139, Seção I, p. 15822-15824, 23 jul. 1997.

COTINGUIBA, Geraldo Castro. **Imigração haitiana para o Brasil** – a relação entre trabalho e processos migratórios. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em História e Estudos Culturais da Universidade Federal de Rondônia Unir/PortoVelho, 2014. Disponível em: [http://www.migrante.org.br/images/arquivos/dissertacao\\_geraldo\\_castro\\_2014.pdf](http://www.migrante.org.br/images/arquivos/dissertacao_geraldo_castro_2014.pdf). Acesso em 18 de julho de 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



**Coordenação:**

Germano Schwartz (UNIRITTER)

Martorelli Dantas (UNIFG-PE)





## GENTRIFICAÇÃO E A DIMENSÃO AFETIVA DO DIREITO À CIDADE

Mateus Cavalcante de França

Mestrando em Direito (PPGD-UFRGS). Bolsista de Mestrado (CAPES)<sup>1</sup>.

### INTRODUÇÃO

O espaço urbano, por definição, consiste na sobreposição espacial de uma multiplicidade de atividades humanas (CORRÊA, 1989, p. 7). Por isso, trata-se de um tipo de paisagem caracterizado por uma complexidade nas suas relações e fluxos interpessoais. Por concentrar e densificar indivíduos e diferentes usos do espaço, é perceptível, nas cidades, o quanto alterações em uma atividade desencadeiam uma série de mudanças em outros aspectos da vida urbana. Um exemplo disso pode ser percebido na edificação de um grande empreendimento comercial, como um *shopping center*: naturalmente, ele provocará alterações no uso residencial local (os preços da moradia tende a aumentar), no uso comercial (as relações concorrenciais são afetadas, o mercado consumidor tende a ser centralizado pelo centro comercial), na infraestrutura (linhas e pontos de ônibus serão planejadas conforme a localização do empreendimento) etc. Isso faz das cidades um espaço que transforma-se constantemente, afetando, simultaneamente, uma série de aspectos da vida de seus habitantes.

Nesse contexto, as cidades reestruturam-se espacialmente a cada instante, expandindo-se, densificando-se<sup>2</sup>, gerando novos espaços e transformando os já existentes. Nessas dinâmicas, as lógicas gerais de organização da sociedade capitalista são nítidas nas cidades, isto é, classes sociais de maior poder aquisitivo têm preferência e domínio<sup>3</sup> nas formas de produção do espaço urbano. Isso engendra uma série de processos de homogeneização dos espaços ocupados por esses grupos e, conseqüentemente, a segregação socioespacial materializada pela exclusão daqueles que não têm acesso financeiro a habitar ou consumir em determinadas áreas das urbes. Um desses processos, que é amplamente discutido em diferentes campos das ciências sociais, é a gentrificação, que dá-se pelo encarecimento do custo de vida de certos fragmentos do espaço urbano.

<sup>1</sup> Participação no evento financiada pelo Edital 2/2019 do PPGD/UFRGS.

<sup>2</sup> No caso específico das cidades brasileiras, Pedro Abramo (2007) percebe, tanto nas dinâmicas do mercado informal quanto no mercado formal de terras urbanas, um crescimento do espaço urbano tanto em uma dinâmica de compactação (verticalização) quanto em uma difusão (horizontalização), gerando uma cidade COM-FUSA, compacta e difusa.

<sup>3</sup> Roberto Lobato Corrêa (1989), analisando os agentes que transformam o espaço urbano, identifica, sobretudo, setores ocupados tradicionalmente pelas elites (proprietários dos meios de produção, proprietários de terras urbanas e promotores imobiliários), além do Estado, restando às classes populares transformar e ocupar os espaços rejeitados por estes grupos.

É diante desse quadro de fragmentação e segmentação do espaço urbano que, no século XX, Henri Lefebvre (2008) formulou, em trabalhos filosóficos e sociológicos, a proposta de um “direito à cidade”, o qual envolve, entre tantas coisas, uma maior inclusão da sociedade como um todo no espaço urbano. O tema não tardou a entrar em debate em outros campos das ciências sociais, integrando, inclusive, caráter normativo, inserindo-se em diversos debates do Direito Urbanístico e da Sociologia do Direito, resultando em importantes frutos no Brasil e no mundo. Para Edésio Fernandes (2007), por exemplo, o Estatuto da Cidade de 2001 é paradigmático enquanto materialização legislativa do direito à cidade.

As noções jurídicas de direito à cidade, contudo, em muito parecem justificar-se na defesa do direito à moradia e no acesso à infraestrutura urbana e equipamentos públicos. Isso, por si só, justifica, indubitavelmente, a importância e a necessidade em pautar-se esse direito fundamental. Entretanto, assim como recentes discussões têm apontado diferentes dimensões do direito à propriedade, ampliando seu escopo para outras dimensões normativas, como no caso da propriedade comunal de povos tradicionais (BRINGAS, 2008). Do mesmo modo, questiona-se, quanto às dimensões do direito à cidade, se elas vão além do campo da satisfação de necessidades materiais, dizendo respeito a outros aspectos da vida humana, em especial na construção individual de subjetividades. Assim, indaga-se: é possível identificar uma dimensão afetiva do direito à cidade?

Para responder a essa pergunta, optou-se por um recorte inicial: para perceber uma possível dimensão afetiva do direito à cidade, é preciso vislumbrar por que processo essa faceta de uma garantia fundamental é impactada. Por isso, a gentrificação, como processo relacionado a fluxos de retirada de indivíduos de locais onde habitavam previamente, foi escolhido como elemento que pode provocar danos a essa dimensão afetiva do direito à cidade. Assim, em um primeiro momento, foi feita uma revisão bibliográfica, para melhor compreender os conceitos e processos que são postos em tela. Em um segundo momento, foram procuradas representações artísticas da realidade que ofereçam indícios dessa relação investigada. Buscar ilustrações na arte permite a construção do que José Alexandre Ricciardi Sbizera (2015) chama de pensamento jurídico crítico-sensível. Em se tratando de afetividade e de processos de exclusão socioespacial, o pensamento crítico e sensível é estratégico para responder à pergunta de pesquisa interposta. Por isso, três obras artísticas, enquanto representações da realidade, foram elencadas para análise: a canção “*Rue des souvenirs*”<sup>4</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008), a série televisiva “*Unbreakable Kimmy Schmidt*”<sup>5</sup> (2015-2019) e o filme “*Aquarius*”<sup>6</sup> (2016).

## CONCEITOS CENTRAIS

Neste tópico, serão explanadas as categorias teóricas centrais deste trabalho. Os conceitos são desenhados a partir de revisão bibliográfica. Como a cidade envolve fenômenos complexos e

---

<sup>4</sup> “Rua das lembranças”, em tradução livre. Trata-se de canção da banda franco-canadense *Les Cowboys Fringants* que, em forma de narrativa, conta a visita do eu-lírico ao bairro onde viveu sua infância, percebendo as mudanças que ocorreram naquele espaço.

<sup>5</sup> “Inquebrável Kimmy Schmidt”, em tradução livre. Série estadunidense de comédia absurda que conta a história de uma mulher que foi mantida em cativeiro por quinze anos e, após ser resgatada, decide conhecer o mundo que não sabia mais que existia em uma de suas versões mais extremas: a cidade de Nova Iorque, mudando-se para um apartamento de baixa renda em um bairro de baixa valorização.

<sup>6</sup> Filme brasileiro que conta a história de Clara, a última moradora do edifício *Aquarius*, localizado no bairro recifense de Boa Viagem. Pressionada por antigos vizinhos e pela imobiliária que comprou a maioria dos apartamentos para demolir o prédio e construir, no lugar, um condomínio de alto *status*, ela recusa-se a vender o local onde passou importantes momentos de sua vida.

uma justaposição de diferentes atividades, os elementos que permitiram melhor entender os conceitos aqui utilizados foram consultados em trabalhos oriundos de diferentes campos das ciências sociais. Isso é uma das características apontadas por Sbizera (2015, p. 87) denominada como pensamento jurídico crítico. De fato, uma perspectiva crítica e transdisciplinar é crucial para bem entender fenômenos que dizem respeito ao espaço urbano.

## Gentrificação

A gentrificação foi primeiro estudada na observação, em Londres, da gradual ocupação de bairros operários e dos centros históricos pelas classes médias, resultando no aumento do custo de vida e, conseqüentemente, em uma expulsão indireta das classes baixas desses locais, visto que seus moradores não conseguiam mais arcar financeiramente com os crescentes valores dos imóveis (VASCONCELOS, 2013, p. 29). Nesse caso, são os incorporadores imobiliários os agentes de transformação do espaço urbano, oferecendo o acesso à moradia por um custo mais alto. Isso repercute imediatamente em outros aspectos do custo de vida, como o valor monetário dos bens de consumo comercializados no entorno. Isso é reforçado pelo que Pedro Abramo (2007, p. 44-45) chama de “distinção socioespacial”: indivíduos, e com especiais contornos os de maior poder aquisitivo, visam habitar rodeado por seus “iguais”. Esse processo ocasiona formas de segregação residencial, processo primeiramente estudado por pesquisadores da Escola de Chicago por meio do qual determinados grupos são excluídos do acesso financeiro à moradia em certas áreas da cidade, que tornam-se homogêneas (SPOSITO, 2013, p. 64).

O Estado também pode ser um agente transformador do espaço urbano que pode provocar processos de gentrificação. Isso ocorre, por exemplo, com a implementação pelo poder público de melhorias na infraestrutura de determinadas áreas da cidade, aumentando o valor econômico dos imóveis da região e, conseqüentemente, provocando uma subida nos preços de outros bens e serviços da vida local. Pedro de Almeida Vasconcelos (2013, p. 30) exemplifica esse processo na cidade de Salvador, em que o bairro do Pelourinho passou por intervenções urbanísticas de revitalização, tornando-o mais caro e, portanto, inabitável para os que anteriormente ocupavam o local. A gentrificação, assim, é a gradual transformação no perfil de moradores de um bairro, que concretiza-se pela expulsão de outros grupos que previamente ocupavam o local, conforme no esquema a seguir:

**Imagem 1** – Esquemática do fenômeno da gentrificação



Fonte: Pedro de Almeida Vasconcelos (2013, p. 29)

Novas lógicas de transformação do espaço urbano também revelam novas facetas pelas quais pode operar o processo de gentrificação. A autosegregação, processo no qual certos grupos isolam-se espacialmente e de maneira voluntária do restante da cidade em áreas habitacionais fechadas e muradas (SPOSITO, 2013, p. 64) é exemplo disso. O condomínio fechado ilustra paradigmaticamente esse processo. E, de fato, como aponta Roberto Lobato Corrêa (2011), a ampliação e intensificação de processos de autosegregação é uma tendência para o futuro próximo das cidades brasileiras. Esses espaços têm uma grande tendência a homogeneização

interna. Exemplo disso é oferecido por Matheus Augusto Avelino Tavares (2009) ao pesquisar condomínios horizontais fechados na cidade do Natal, capital do Rio Grande do Norte: em um tradicional condomínio de casas de alto *status* da capital potiguar, os primeiros moradores, pertencentes a um setor de alta renda da classe média, sofrem pressões – materializadas, por exemplo, no aumento do valor do condomínio e na edificação de benfeitorias no local, de maneira a cobrar um valor de cada morador – dos novos moradores, pertencentes a classes da elite local, para mudar-se para outros locais. Esse exemplo ilustra curiosamente novas roupagens de processos de gentrificação.

Essas novas tecnologias de produção do espaço urbano tornam as relações sociais nas urbes cada vez mais complexas. Por um lado, a proliferação de novas formas de transformação do espaço urbano, como a autoss segregação, geram cidades mais que segregadas, mas fragmentadas. Por outro lado, ao menos até o momento, parece haver uma coexistência entre formas “tradicionais” de organização do espaço, como o conceito de segregação residencial desenvolvido pelos pesquisadores da Escola de Chicago, e as novas estruturas que estabelecem relações de exclusão e fluxos diferenciados de pessoas nas cidades fragmentadas (SPOSITO, 2013). Na verdade, uma cidade murada, marcada pela disseminação de “enclaves fortificados”, como estão tornando-se as urbes brasileiras (CALDEIRA, 2003) implica uma maior concentração de habitantes de classes sociais homogêneas, o que pode influenciar com maior facilidade o encarecimento do acesso a bens e serviços a nível de bairro. Coletando-se uma amostra<sup>7</sup> especializada de residências em condomínios residenciais fechados com características individuais similares à venda em toda a cidade de Porto Alegre, é possível vislumbrar esse processo:

**Imagem 2** – Imóveis à venda em Porto Alegre coloridos conforme nível de valorização

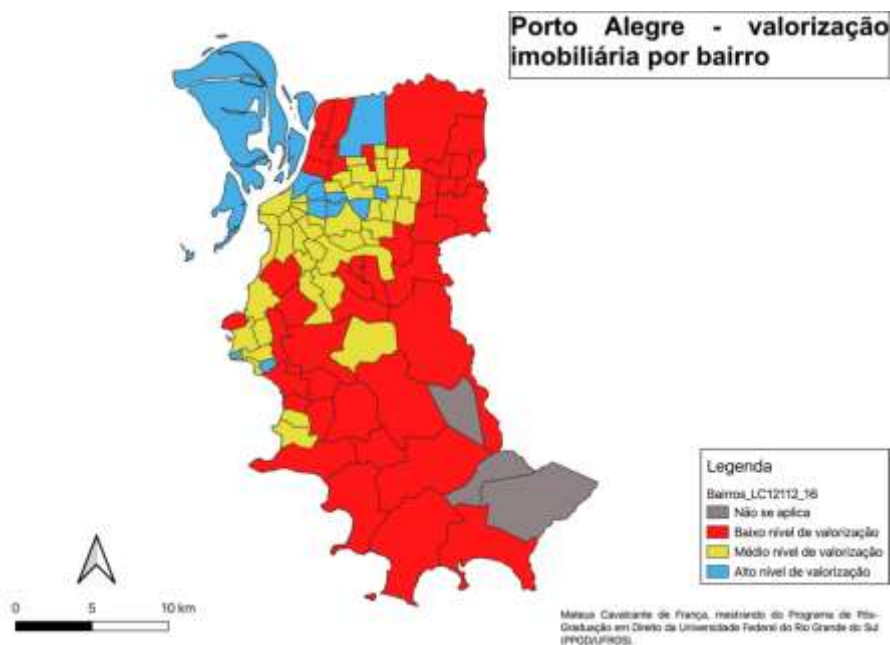


Fonte: Google Earth

<sup>7</sup> A fim de perceber se há uma reprodução de processos de segregação residencial nas cidades brasileiras, Porto Alegre, enquanto capital que, embora consideravelmente populosa, não figura entre as de maiores populações no Brasil. No site “Chaves na Mão”, que compila imóveis disponíveis via diferentes imobiliárias, foram coletados casos para uma amostra de apartamentos e casas localizados em condomínios fechados de dimensões entre 50m<sup>2</sup> e 85m<sup>2</sup> e dois quartos. Foram escolhidos três imóveis de cada bairro da cidade, com a exceção de Extrema, Pitinga e São Caetano, onde os imóveis disponíveis tinham dimensões que excediam os critérios adotados. Cada imóvel foi disposto em um mapa gerado no *software* Google Earth: as casas foram sinalizadas com o ícone com um quadrado e os apartamentos com um círculo. Em vermelho, foram sinalizados os imóveis de baixo nível de valorização (preço nominal de até R\$300.000,00); em amarelo, os de nível intermediário de valorização (preço entre R\$300.000,00 e R\$650.000,00); e em azul os de alto nível de valorização (preço superior a R\$650.000,00). Foram consultados apenas imóveis em circulação no mercado formal de terras urbanas, sabendo-se, contudo, que essas dinâmicas de valorização envolvem, também, um mercado informal de ocupações e loteamentos irregulares ou clandestinos (ABRAMO, 2007).

Calculando-se a média aritmética do valor de compra dos imóveis residenciais coletados na amostra de cada bairro de Porto Alegre e especializando os resultados desse cálculo, percebem-se alguns padrões na inserção dos enclaves fortificados nas dinâmicas de valorização de áreas específicas da cidade e, conseqüentemente, no reforço de certas formas de segregação. Feita essa operação, o seguinte mapa foi gerado no *software* QGIS:

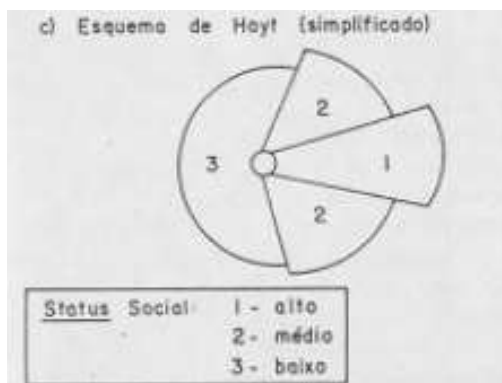
**Imagem 3 – Nível de valorização dos bairros de Porto Alegre**



Fonte: QGIS

Esse breve estudo de caso, que não constitui o objeto central desta pesquisa, permite observar, a partir da cidade de Porto Alegre, a marca de processos de segregação residencial observados desde a Escola de Chicago. Em primeiro lugar, é possível vislumbrar que, a partir da região central da capital gaúcha, desenvolveu-se, rumo à direção Leste, um eixo de expansão de áreas de alta valorização imobiliária. Em segundo lugar, é preciso vislumbrar, tanto na Zona Norte quanto na Zona Sul, novas áreas de ocupação de imóveis de alto *status*. Ao redor dessas áreas, estabelecem-se zonas de nível intermediário de valorização, restando aos imóveis de baixo nível de valorização as áreas da cidade que são desinteressantes aos grandes incorporadores imobiliários. Essa disposição espacial assemelha-se ao Esquema de Hoyt, pesquisador da Escola de Chicago que pesquisou a segregação residencial em cidades estadunidenses.

**Imagem 4 – Simplificação do Esquema de Hoyt**



Fonte: Roberto Lobato Corrêa (1985, p. 67)

O propósito desta breve discussão é questionar os processos envolvidos na expansão dessas áreas residenciais de alto nível de valorização. O vetor de crescimento forma-se gradualmente, na medida em que novas residências de alto *status* são construídas, estimulando a edificação de outros imóveis voltados para as classes sociais de maior poder aquisitivo e, conseqüentemente, expulsando para seus arredores os moradores das classes médias que antes ocupavam o local, os quais, nesse movimento, por sua vez, expulsam a população das classes baixas para outros locais. O processo de gentrificação, assim, repete-se sucessivamente, e ele ainda marca fortemente as cidades brasileiras, ainda que com novas facetas. Quando indivíduos ou comunidades são expulsos para outras áreas da cidade, contudo, não são apenas suas antigas residências que são deixadas para trás: nelas, ficam perdidas memórias, histórias de vida, vínculos de vizinhança e relações afetivas.

## Direito à cidade

Diante dessa realidade urbana fragmentada e segregada, o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre (2008, p. 117-118, destaques do autor) propõe um “*direito à vida urbana, transformada, renovada*”. Trata-se do conceito de direito à cidade, que engloba a complexidade da vida urbana, constituindo-se em proposta de garantia fundamental, aos cidadãos, de um espaço urbano mais inclusivo e democrático. “O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à *obra* (à atividade participante) e o direito à *apropriação* (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade” (LEFEBVRE, 2008, p. 134, destaques do autor). Inicialmente tomado como reflexão de cunho filosófico a partir de observações sociológicas, o conceito logo foi expandido e tomado em análise por outras áreas do conhecimento.

O geógrafo David Harvey (2012, p. 74) trouxe o tema para a escala global, considerando a realidade concreta de países de diferentes continentes, e para o século XXI, a partir do segundo conceito:

O direito à cidade está muito longe da liberdade individual de acesso a recursos urbanos: é o direito de mudar a nós mesmos pela mudança da cidade. Além disso, é um direito comum antes de individual já que esta transformação depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo de moldar o processo de urbanização.

O autor percebe que a fragmentação urbana e os processos de segregação associados a ela reproduzem lógicas de mercado, que, no fim do século XX, vincularam-se fortemente ao projeto neoliberal. A cidade, assim, torna-se um produto, e sua função parece destinar-se ao consumo. O que Lefebvre (2008, p. 20) observou nos centros urbanos expandiu-se para todo o funcionamento da cidade em sua completude, que torna-se “lugar de consumo e consumo de lugar”. Isso associa-se diretamente com processos como a gentrificação, que reforça processos excludentes que marcam o espaço das urbes. É ilustrativo disso o exemplo dado por Harvey (2012, p. 83), de gangues criminosas que eram contratadas por incorporadores imobiliários para depredar e expulsar de suas casas moradores de baixa renda de áreas cuja valorização imobiliária estava em crescente. Um processo violento e nada sutil, mas cuja lógica reproduz a da gentrificação. O direito à cidade significa, entre tantas coisas, o direito a não sofrer tais processos.

Tanto na definição de Lefebvre quanto na de Harvey de direito à cidade, é central a defesa da construção participativa do espaço urbano. A participação popular, nesse sentido, é uma forma de superar o quadro de divisão das cidades no que Lefebvre (2008, p. 98) “guetos” altamente especializados, conforme a capacidade e o perfil de consumo de seus habitantes. A participação é

a fonte do direito a cidade, o qual, por sua vez, enseja a construção de uma sociedade urbana mais participativa (VON GEHLEN, 2016, p. 242). Por isso, por exemplo, Marcelo Eibs Cafrune (2016) observa como exercício do direito à cidade mobilizações populares como o Ocupe Estelita em Recife e os “rolezinhos” de jovens habitantes de periferias em *shopping* centers e as “Jornadas de Junho de 2013” que tomaram grandes cidades de todo o país. Portanto, mecanismos, formais ou informais, de participação social, poderiam permitir uma maior implementação do direito à cidade.

Desse modo, as discussões sobre direito à cidade permearam o campo das discussões políticas, vindo, posteriormente, a influenciar debates no meio jurídico, tanto na academia quanto entre operadores do Direito. Isso logrou resultados, por exemplo, na constituinte pós-Ditadura Militar, materializando, na Constituição Federal de 1988, institutos que incorporam garantias de cunho social (isto é, na segunda dimensão de direitos humanos) em conceitos tradicionalmente vistos conforme uma ótica individualista (centrado, por exemplo, em direitos humanos de primeira dimensão). Exemplo disso é a função social da propriedade, que permite ampliar o valor dado a imóveis urbanos, permitindo pensar meios de melhor implementar o direito à moradia e ao acesso à infraestrutura urbana (VON GEHLEN, 2016, p. 250). Em 2001, a Lei Federal de número 10.257, com a alcunha de Estatuto da Cidade, ampliou os aportes oferecidos no texto constitucional, estabelecendo “diversos instrumentos jurídicos que têm como objetivos a gestão democrática das cidades, a justa tributação dos imóveis e o combate às desigualdades urbanas” (CAFRUNE, 2016, p. 189). O Direito brasileiro, assim, dispõe de uma gama de garantias e instrumentos legais que visam concretizar o direito à cidade.

Contudo, esse reconhecimento legislativo do direito à cidade não implica, concretamente, em sua materialização na vida dos brasileiros (CAFRUNE, 2016, p. 190). Exemplo disso pode ser dado pensando-se nos instrumentos de regularização fundiária para assentamentos irregulares de baixa renda. Este processo é definido por Betânia de Moraes Alfonsin (1997, p. 24) como

processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Esse conceito propõe uma visão sobre a regularização fundiária que transcende a antiga estratégia de simplesmente conceder títulos de propriedades aos habitantes de assentamentos irregulares consolidados, implicando, também, na inclusão da comunidade ao espaço urbano e em intervenções urbanísticas que melhorem a qualidade de vida local. Esse enfoque, entretanto, pouco tem sido adotado quando um processo de regularização fundiária é adotado – quando é –, sendo frequentes a mera titulação dos moradores ou o reassentamento em outras áreas da cidade, não raro afastadas de infraestruturas de qualidade e dos centros de circulação, consumo e lazer. Desse modo, perdura uma dupla problemática. Por um lado, questões em matéria social permanecem resolvidas de uma maneira deficitária nas cidades brasileiras. Por outro lado, as instituições do Direito formal parecem não perceber que, para além de questões objetivas como a necessidade de um título imobiliário, estão em jogo questões subjetivas, como relações de pertencimento e identidade de indivíduos no espaço urbano. Assim, é de se indagar a importância de uma correta implementação do direito à cidade para vínculos afetivos dos cidadãos.

## **ELEMENTOS DE UMA DIMENSÃO AFETIVA**

A partir dos conceitos elencados, pode-se perceber que a gentrificação configura-se como problema socioespacial que marca fortemente as cidades brasileiras e que o direito à cidade

significa, entre tantas coisas, uma garantia fundamental à inserção no espaço urbano e, portanto, uma proteção contra esse tipo de processo segregatório. Os dois conceitos, de certa forma, dizem respeito a dois elementos: o habitar (a moradia) e o habitat (a relação com a cidade como um todo). Enquanto o direito à cidade visa garantir a cada indivíduo ambas as relações espaciais de pertencimento, a gentrificação desloca indivíduos desses dois locais onde acontece a vida cotidiana. A nível socioespacial, as consequências disso são perceptíveis, como no exemplo dado nas imagens 2 e 3. Resta, contudo, compreender as consequências de processos como a gentrificação a nível individual, sobretudo em como eles impactam vínculos emotivos dos sujeitos deslocados, a fim de compreender, enfim, se há uma dimensão afetiva na proteção oferecida pelo direito à cidade. Para isso, perceber narrativas, de teor ilustrativo, é salutar para a devida compreensão desse fenômeno. Assim, nas obras utilizadas como exemplo neste trabalho, foram percebidas três reações afetivas ao processo de gentrificação: nostalgia, rebeldia e resistência.

## Nostalgia

Em *“Rue des souvenirs”* (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008), o eu-lírico narra sua visita ao “bairro de subúrbio onde, há muito tempo, morei com os meus velhos”<sup>8</sup>. Sua primeira impressão é de que o bairro está em uma situação de relativo abandono: “as árvores cresceram, não se vê mais as fachadas. As casas um pouco desbotadas pelo tempo”<sup>9</sup>. De fato, o abandono de um bairro é comumente uma etapa do processo de gentrificação: por um lado, o maior custo de vida dificulta a manutenção dos imóveis por seus proprietários; por outro lado, aqueles que já visam especular a terra urbana – e não o que está edificado sobre ela – não se incomodam com a degradação das fachadas ou mesmo do interior dos imóveis. Isso acontece, por exemplo, na região da cidade de Porto Alegre conhecida como IV Distrito, antiga região industrial, habitada por operários, que começou a ser ocupada por artigos e, logo, visada por grandes projetos urbanísticos (SOUZA, 2016). No mesmo sentido, no bairro soteropolitano do Pelourinho, o esvaziamento das atividades comerciais provocou a degradação dos imóveis e, com a baixa do preço, eles foram comprados para fins de especulação imobiliária e posterior edificação de novos projetos urbanos (NOBRE, 2003).

Essa degradação desestimula a vinda de novos moradores à região, e mesmo desincentiva a permanência dos que habitam o local. Por isso, na “rua das lembranças”, o eu-lírico percebe que seu bairro de infância envelheceu: “um adolescente anda na rua, último resistente de uma época superada, porque o bairro, velho de trinta e cinco anos, é agora povoado por gentis aposentados”<sup>10</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008). Em outro momento, ele fala de como a população que ali mora vai deixando o local: “Há o Senhor Legendre, cortando seu gramado, que acaba de me contar da morte de sua esposa: ‘a casa é grande’, ele me diz, entristecido. A placa, ‘vende-se’, não deveria tardar mais”<sup>11</sup>. Os bairros de aposentados, assim como os de operários, são alvos comuns do processo de gentrificação, como observou Jean-Yves Authier (2006, p. 134) no bairro de Saint-Georges, na cidade francesa de Lyon. É importante pontuar, nesse sentido, que não raro as cidades não são inclusivas à população idosa, a qual é portadora de necessidades especiais (NOVAES; VALLE, 2018, p. 57-58). Isso lhes provoca um sentimento de deslocamento

<sup>8</sup> “(...) *ce quartier de banlieue/ où j’ai longtemps habité avec mes vieux*”. Tradução do pesquisador.

<sup>9</sup> “(...) *les arbres ont grandi/ on ne voit plus le devant/ les maisons un peu défraîchis par le temps*”. Tradução do pesquisador

<sup>10</sup> “Un adolescent marche dans la rue/ dernier résistant d’une époque revulue/ car l’arrondissement, vieux de trente-cinq ans/ est maintenant peuplé de gentils retraités”. Tradução do pesquisador.

<sup>11</sup> “Il y a Monsieur Legendre, tondant sa pelouse/ qui vient de m’apprendre la mort de son épouse/ ‘La maison est grande’, il me dit navré/ La pancarte ‘à vendre’ ne devrait plus tarder”. Tradução do pesquisador.



social e uma falta de pertencimento em relação ao todo do espaço urbano, com a perda de vínculos comunitários (IMBRIZI; MARTINS, 2016, p. 156). Isso facilita seu deslocamento, por processos de gentrificação, para outras partes da cidade. O abandono, assim, é do espaço e das pessoas.

Nesse ínterim, os espaços onde os sujeitos travavam cotidianamente seus vínculos sociais e comunitários são demolidos para a edificação de ambiciosos projetos comerciais, no contexto supracitado de consumo de espaço por espaços de consumo. Assim, o eu-lírico narra: “Adeus, *pique-vite*, esse restaurante maravilhoso onde comíamos batatas fritas em bancos giratórios. Assim como a mercearia, ele deve ceder seu lugar quando lá construíram um *shopping center*”<sup>12</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008). Corrêa (2011) vê a proliferação de *shopping centers* como uma tendência para as cidades brasileiras que reproduz a lógica da autosegregação: com barreiras físicas e forte vigilância, esses espaços são ofertados àqueles que podem consumir. O *shopping center*, conforme aponta Sposito (2013, p. 79), é exemplar do processo de fragmentação socioespacial urbana, pois leva a autosegregação para além dos espaços residenciais, abrangendo, também, as relações de consumo. Há, portanto, uma forte correlação entre esses empreendimentos e o processo de gentrificação. Nesse contexto, os moradores dos arredores e seus vínculos locais são completamente desconsiderados, restando apenas a memória afetiva de sua vivência na região: “Os comércios e as pessoas estão apenas de passagem. O bairro, ele, atravessa as eras conservando em seus caminhos, suas casas e suas ruas a alma de todos aqueles que lá viveram”<sup>13</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008). A ideia de comunidade não cabe no discurso dos empreendimentos.

A experiência de ver o bairro de sua infância completamente transformado desperta algumas reações afetivas no eu-lírico. Em primeiro lugar, ele percebe as mudanças que o local sofreu com o passar do tempo, não apenas em quesitos espaciais, mas nas relações de vizinhança: “Não há mais moleques brincando de esconde-esconde; sem mais pirralhos fazendo lançamentos nas cestas [de basquete]. Estes tornaram-se grandes e fizeram filhos em algum lugar nos novos conjuntos habitacionais”<sup>14</sup>; “Não escutamos mais os gritos das mães exasperadas: seus canteiros floridos não são mais pisoteados. O curso da vida, outrora tão animado, diríamos, teve seu momento de acontecer”<sup>15</sup>. O esvaziamento de um bairro por um processo de gentrificação implica, também, na subutilização de seus espaços públicos, mesmo as ruas e calçadas. Esse problema está no cerne do direito à cidade, pois o espaço público é o lugar por excelência de seu exercício, mesmo que na agitação do dia-a-dia de um bairro repleto de crianças. “Uma cidade tem em sua alma a ideia do espaço público, a possibilidade de encontros inesperados com outros seres humanos, porque uma cidade é sobre viver juntos em uma comunidade de estranhos que confiam uns nos outros”<sup>16</sup> (KONZEN, 2013, p. 53). Um espaço público subutilizado neutraliza qualquer espírito de comunidade.

Em segundo lugar, o eu-lírico relembra os bons momentos que vivera no local: “Quando eu fecho meus olhos, eu revejo, contudo, o mundo e os lugares bem como eram antes: minha bela

---

<sup>12</sup> “Adieu, le pique-vite, ce merveilleux restaurant/ où on mangeait des fritter sur des bancs tournants/ Tout comme l'épicerie, il a dû céder sa place/ quand on y a bâti une grande-surface”. Tradução do pesquisador.

<sup>13</sup> “Les commerces et les gens ne sont que de passage/ Le quartier, lui, traverse les âges/ conservant dans ses cours, ses maisons et ses rues/ l'âme de tous ceux qui y ont vécu”. Tradução do pesquisador.

<sup>14</sup> “Il n'y a plus de morveux qui jouent à la cachete/ plus de flos qui shootent dans leurs nets/ Ceux-ci sont devenus grands et ont fait des enfants/ quelque part dans les nouveaux développements”. Tradução do pesquisador.

<sup>15</sup> “On n'entend plus les cris des mamans exasperées/ leurs parterres fleuris ne sont plus piétinés/ Le cours de la vie, autrefois si animé/ a dirait-on repris le temps de souffler”. Tradução do pesquisador.

<sup>16</sup> “A city has in its soul the idea of public space, the possibility of unexpected encounters with other human beings, because a city is about living together in a community of strangers who trust each other”. Tradução do pesquisador.

vizinha, meu taco de *hockey*, os dias de piscina e ‘crianças, venham jantar!’”<sup>17</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008). Em terceiro lugar, enfim, o eu-lírico reflete que esses processos são cíclicos na cidade, e que repetir-se-ão em seu próprio futuro: “Pode bem ser que um dia desses será a minha vez de ter um pequenino que vê o dia, em um outro bairro que veremos crescer e encher sua bolsa de lembranças”<sup>18</sup> (LES COWBOYS FRINGANTS, 2008). É com uma certa tristeza, ressaltada pela melodia, que o eu-lírico reflete que as vizinhanças das cidades, repletas de vivências e vínculos comunitários construídos por seus moradores, eventualmente acabam, dando lugar a novos usos do espaço urbano, restando delas apenas a memória afetiva que desperta nas gerações que lá habitaram.

A canção “*Rue des souvenirs*” mostra uma consequência do processo de gentrificação situada na dimensão afetiva da vivência dos moradores de uma cidade. O efeito provocado no eu-lírico é de nostalgia: uma mescla entre saudades e tristeza, ligadas a momentos vividos, espaços habitados e pessoas conhecidas. No caso em questão, esse sentimento está relacionado ao desvínculo provocado entre sujeito e território (o bairro), sujeito e comunidade (vizinhança). O resultado disso é a perda de pertencimento dos indivíduos em relação ao espaço urbano como um todo, e o deslocamento de seus vínculos sociais, que perdem a significância a nível local, entre cada pessoa e seus vizinhos. Isso impacta o direito à cidade, no que tange à sua dimensão de construção coletiva e de participação comunitária, as quais perdem completamente o sentido se a noção de comunidade é esvaziada.

## Rebeldia

A série “*Unbreakable Kimmy Schmidt*” (2015-2019), embora tenha como propósito primordial provocar o riso, levanta reflexões sobre diferentes temáticas. A personagem Lilian, proprietária do pequeno apartamento habitado pela protagonista, Kimmy, e seu colega Titus, no porão de um prédio em uma área degradada de Nova Iorque. A vizinhança é habitada por sujeitos comumente considerados subversivos pelo *status quo*, como gangues de grafiteiros. Lilian, uma idosa sobrevivente da geração *flower power* e usuária de psicotrópicos, é também exemplo desses sujeitos. Titus, com poucas oportunidades prosperidade econômica, sendo um artista negro e homossexual, também insere-se nesse cenário alternativo. De fato, como mostram Andréa Lima da Silva e Silvana Maria de Moraes dos Santos (2015), a população LGBT, que já costuma inserir-se no supracitado contexto fragmentário de guetos urbanos, quando de baixa renda, fica ainda mais excluída de qualquer possibilidade de integração social urbana. É comum, portanto, que grupos que são social, política e culturalmente excluídos do espaço urbano ocupem áreas degradadas e indesejadas das cidades. No IV Distrito de Porto Alegre, por exemplo, ploriferaram-se alguns núcleos anarquistas e de cultura *punk* (SOUZA, 2016).

Nesse contexto de segregação socioespacial, esses grupos, que compartilham entre si uma cultura marginalizada, passam a organizar-se como uma comunidade própria. Lilian tem uma boa relação com a maior parte de seus vizinhos, chegando a pichar um muro como tributo a um grafiteiro local que havia falecido. Essas subculturas, assim, têm sistemas de valores próprios, que contrastam com o *status quo*, tendo, igualmente, normas de convívio social particulares, sendo possível observar concretamente o pluralismo jurídico em subculturas delinquentes (FRANÇA, 2018). Por isso, na vizinhança de Lilian, não é socialmente repreensível a pintura de muros por

---

<sup>17</sup> “*Quand je ferme mes yeux, je revois pourtant/ le monde et les lieux bien qu’ils étaient avant/ ma belle voisine, mon bâton d’hockey, les jours de piscine et ‘les enfants, venez souper!’*”. Tradução do pesquisador.

<sup>18</sup> “*Peut-être bien qu’un de ces quatre ce sera à mon tour d’avoir un petit-bout qui voit le jour, dans un autre quartier que l’on verra grandir et remplir son sac à souvenirs*”. Tradução do pesquisador.

pichações ou grafiteagem. Isso permite perceber uma valoração diferenciada do instituto da propriedade privada, que contrasta com aquele consolidado em uma visão liberal de direitos humanos. De fato, as gravuras nas fachadas são marcadores de relações afetivas e culturais entre os sujeitos que habitam no local com o espaço no qual se inserem. Por isso, Lilian lamenta que um *grafito* do artista falecido tinha sido apagado de um muro, tendo sido perdida uma parte de sua memória.

É importante salientar que essas formas locais de regulação normativa não são hermeticamente isoladas das demais, nem mesmo daquelas de origem estatal. Contudo, muitas vezes a presença das instituições formais nesses espaços é feita de maneira repressiva. Quando Lilian e um outro morador do bairro contemplavam uma pichação que ela havia feito mais cedo, ao ouvir que uma viatura policial se aproximava, ambos correram em direções opostas: mesmo que não fosse possível qualquer flagrante na ocasião, eles eram alvos comuns de abordagem dos agentes estatais. Esse tipo de regulação, entretanto, não é restrita à atividade policial. Marcos Alvito (2001, p. 106), em etnografia na favela de Acari, percebe: “Desde o seu nascimento (...), a favela sempre foi vigiada: vigilância sanitária, vigilância policial, vigilância urbanística, vigilância fiscal e comercial”.

A cobiça pelas terras urbanas de baixo custo, mas com potencial de valorização, faz com que atuem, também, nesses espaços, agentes regulatórios que não são nem comunitários e nem estatais. O setor privado, assim, tem um potencial de produção e transformação do espaço urbano, intervindo, sem grandes entraves por parte do poder público, nesses fragmentos da cidade. Esse é o grande temor de Lilian: sempre que vê transeuntes vestidos formalmente em sua vizinhança, em um contraste completo com seu perfil de moradores, ela os identifica como “agentes da gentrificação”, temendo que esteja próximo o dia em que terá de deixar seu bairro. Um dia, ela vê seu grande receio concretizar-se: um homem marcara alguns muros, sinalizando por onde chegariam os cabos de transmissão de *internet* em um condomínio que seria construído no local. Desolada, Lilian diz: “Vocês não podem fazer isso com a minha casa”<sup>19</sup>. Com “casa”, Lilian referia-se a mais do que seu local de moradia: a vizinhança era seu lar, porque era lá onde ela construía sua história e sua identidade. “Eu não sei o que te dizer. Isso é o progresso”, responde o homem: uma cidade reduzida ao consumo de bens materiais tende a desconsiderar afetividades.

Diante disso, a decisão de Lilian é apegar-se à identidade cultural subversiva que já marcava a comunidade onde morava e rebelar-se contra “o homem”<sup>20</sup>. Apesar de saber de sua hipossuficiência em relação ao poder regulatório de grandes incorporadoras imobiliárias, a ponto de quase desistir de sua empreitada, Lilian decide agir violando as leis do *status quo*, e é quando ela decide pichar um muro de seu bairro. Marcos Alvito (2001) percebeu que foi uma experiência de desrespeito ou humilhação por parte daqueles com mais poder que levou cidadãos comuns de Acari a tornarem-se líderes do tráfico, como Jorge Luís, que entrou para a facção local quando, ainda estudante de enfermagem, levou um tapa na cara de um policial; esse personagem tornou-se, posteriormente, uma liderança local. De maneira análoga, a gentrificação impetrada por grandes grupos econômicos é recebida pela população que sofre esse processo como um gesto de desrespeito. Nesse sentido, a resposta a nível individual é a rebeldia dos sujeitos, que, deixando de perceber legitimidade nas instituições que produzem e transformam o espaço urbano, agem ao revés de suas regras.

---

<sup>19</sup> Na língua inglesa, a palavra usada é “*home*”, que, ao contrário de “*house*”, a qual refere-se unicamente a uma estrutura de dimensão unicamente material (uma casa edificada), diz respeito a um local onde foi construído um vínculo de afeto e pertencimento (um lar).

<sup>20</sup> “*The man*”: na língua inglesa, no geral é uma forma de referir-se aos grandes poderosos que têm grande influência sobre a sociedade.

## Resistência

“Aquarius” (2015) conta a luta solitária de Clara em manter-se em seu apartamento, onde mora há décadas, no bairro recifente de Boa Viagem. Em diversos momentos, o filme mostra como, para ela, o imóvel representa mais do que um bem material: o filme intercala várias lembranças da vida da personagem, incluindo momentos que passara no apartamento com entes queridos, muitos dos quais já haviam falecido. Já os antigos proprietários dos demais apartamentos do edifício Aquarius – no momento, todos, à exceção do lar de Clara, haviam sido vendidos a uma grande incorporadora imobiliária –, no geral pessoas mais jovens que Clara que haviam herdado o imóvel de seus pais, não pareciam nutrir a mesma relação de afeto pelo imóvel do que a escritora. Sucumbiam, todavia, aos apelos comerciais de que teriam uma vaga reservada em um novo e moderno empreendimento. As vidas desses sujeitos, assim, parece ter seguido sem a noção de memória e espaço afetivo, guiadas por valores como *status* social e enriquecimento material.

Além da memória afetiva atrelada ao local, o apartamento onde Clara morava proporcionava-lhe vínculos comunitários: logo no início da película, a protagonista desce para a praia de Boa Viagem, onde acontecia uma aula de exercícios aeróbicos, da qual participaram pessoas de diferentes classes sociais com as quais ela relacionava-se. Inclusive, o instrutor dessas aulas tem com ela uma grande amizade. O espaço público, especialmente aquele perto do lar de cada indivíduo, desempenha sua função de proporcionar o encontro, sendo o *locus* da integração social. Quando a incorporadora mostra a Clara o projeto de transformação do edifício, o argumento principal é de que, desse modo, os apartamentos seriam valorizados economicamente. Contudo, ela não se preocupa com isso, e recusa-se a sair de seu lar, seja como for. É de se indagar, nesse contexto, se a valorização do edifício o tornaria, a longo prazo, habitável para seus antigos moradores. Assim, a história narra, também, um processo de gentrificação e impactos dele no direito à cidade.

A imobiliária é insistente contra a negativa solitária de Clara: desde realizar eventos ou reformas cujo barulho tornava insuportável a permanência no edifício, até sabotagem na própria estrutura do imóvel, que se assemelha ao exemplo sul-coreano supracitado, mencionado por David Harvey. A resposta da protagonista, ao invés de uma rebeldia contra a ordem instituída, é a resistência contra cada investida da imobiliária. Resistência, aqui, materializa-se como a insistência em não desistir (BOSI, 1996, p. 11). O simples fato de Clara recusar-se a deixar seu apartamento, tentando ao máximo ignorar as tentativas da imobiliária em tornar a estada naquela residência insuportável, já pode ser lido, nesse caso, como resistência.

Contudo, mais do que isso, Clara insistiu em não desistir buscando publicizar a injustiça pela qual estava passando: deixar seus círculos sociais a par do que estava acontecendo. Enquanto seus familiares pareciam não compreender a insistência da protagonista em permanecer em seu apartamento, a comunidade com a qual ela convivia na praia de Boa Viagem, ilustrada pelo instrutor que era seu amigo. Ele, mais que a família de Clara, sobretudo por acompanhar melhor sua rotina, melhor compreendeu o significado afetivo do apartamento para a amiga. Esse processo de resistência de Clara reproduz o que Axel Honneth (2009) denomina como luta por reconhecimento: a partir de um sentimento de injustiça, ela busca o reconhecimento de sua situação por outros sujeitos para legitimar uma demanda por direitos humanos. Ela demanda, assim, direito à moradia, direito à memória e, sobretudo, direito à cidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cidades brasileiras sofrem fortemente com processos de segregação e fragmentação socioespaciais. A gentrificação, processo pelo qual uma área do espaço urbano é apropriada por uma determinada classe social, tornando-se insustentável para os antigos moradores, no geral de menor poder aquisitivo, é sintomática desse cenário. Nesse contexto, pensa-se em um horizonte em que visa-se implementar o direito à cidade, isso é, a garantia de permanência, acesso, inclusão, participação, convivência na diversidade e capacidade de transformação do espaço urbano. A implementação do direito à cidade implica, portanto, em uma tentativa de mitigar os efeitos de processos como a gentrificação.

O direito à cidade, evidentemente, diz respeito a: garantias que beneficiam material e individualmente cada cidadão, como a moradia; garantias que viabilizam um funcionamento coletivo da sociedade urbana, como o acesso a equipamentos públicos e comunitários; a garantias que favorecem difusamente a cidade como um todo, como mecanismos de participação popular para a transformação socioespacial urbana. Além disso, contudo, há uma dimensão do direito à cidade que transcende aspectos materiais da vida dos cidadãos. A partir de reações de personagens das diferentes narrativas analisadas, que, seja com nostalgia, rebeldia ou resistência, reagem a mudanças no espaço urbano por processos de gentrificação, pode-se falar em uma dimensão afetiva do direito à cidade.

Assim, é importante que, ao pautar-se o direito à cidade, tome-se em consideração que, para além de moradia e infraestrutura, o espaço urbano significa afeto, comunidade e memória. O deslocamento de um sujeito do lugar onde habita implica, portanto, danos que não se restringem a aspectos materiais a vida em uma cidade. Reconhecer a dimensão afetiva do direito a cidade, assim, implica: que políticas públicas relativas à moradia devem contemplar a inserção comunitária e a memória territorial dos sujeitos; que reassentamentos devem ser empreendidos apenas em casos de extrema necessidade, e devem ser feitos de maneira a evitar-se ao máximo prejuízos nas relações interpessoais dos indivíduos afetados; que há um motivo a mais para que o poder público busque formas de superar o atual quadro de fragmentação e segregação socioespacial que marca as cidades brasileiras, combatendo processos como, por exemplo, a gentrificação. Por fim, essas reflexões apontam para a conclusão de que o direito à cidade, por sua grande complexidade e abrangência, deve ser perseguido para transformar o espaço urbano brasileiro em verdadeiramente democrático.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Pedro. A cidade COM-FUSA: a mão inoxidável do mercado e a produção da estrutura urbana nas grandes metrópoles latino-americanas. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, São Paulo, v. 9, n. 2, 2007. p. 25-53.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997.

ALVITO, Marcos. **As cores de Acari**: uma favela carioca. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

AQUARIUS. Direção de Kleber Mendonça Filho. Recife: CinemaScópio, 2015.

AUTHIER, Jean-Yves. A gentrificação do bairro Saint-Georges, em Lyon: a convivência de mobilidades diferenciadas. In: BIDOZ-ZACHARIASEN, Catherine. **Volta à cidade**: dos processos de gentrificação às políticas de revitalização dos centros urbanos. São Paulo: Annablume, 2006. p. 121-143.

- BOSI, Alfredo. Narrativa e resistência. **Itinerários**, Araraquara, n. 10, p. 11-27, 1996.
- BRINGAS, Asier Martínez de. La Deconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. **Revista de Filosofía Jurídica e Política**, v. 42, p. 153-175, 2008.
- CAFRUNE, Marcelo Eibs. O direito à cidade no Brasil: construção teórica, reivindicação e exercício de direitos. **Ridh**, Bauru, v. 4, n. 1, p. 185-206, jan./jun. 2016.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2003.
- CHAVES NA MÃO. **Imóveis**. Disponível em: <<https://www.chavesnaao.com.br/imoveis/brasil/>>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. São Paulo: Ática, 1989.
- CORRÊA, Roberto Lobato. Perspectivas da urbanização brasileira: uma visão geográfica para o futuro próximo. In: PEREIRA, Elson Manoel; DIAS, Leila Christina Duarte (Orgs.). **As cidades e a urbanização no Brasil: passado, presente e futuro**. Florianópolis: Insular, 2011. p. 17-30.
- FERNANDES, Edésio. Constructing the "Right to the City" in Brazil. **Social And Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 201-219, jun. 2007.
- FRANÇA, Mateus Cavalcante de. As correntes criminológicas contemporâneas na arte: a representação das subculturas no audiovisual norte-americano. In: AMARAL, Augusto Jobim do et al (Org.). **Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais - PUCRS: criminologia global**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 307-319.
- HARVEY, David. O direito à cidade. **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 29, p.73-89, jul./dez. 2012.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2009.
- IMBRIZI, Jaqueline Maria; MARTINS, Eduardo de Carvalho. A velhice e o direito à cidade: uma experiência de estágio na Universidade Federal de São Paulo – Baixada Santista. **Interface**, Botucatu, n. 11, p. 155-166, maio 2016.
- KONZEN, Lucas Pizzolatto. **Norms and space: understanding public space regulation in the tourist city**. 336 f. Tese (Doutorado) - Curso de Law and Society, Università Degli Studi di Milano, Milão (Itália), 2013.
- LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2008.
- LES COWBOYS FRINGANTS. Rue des souvenirs. In: LES COWBOYS FRINGANTS. **L'expédition**. Québec (Canadá): La Tribu, 2008. 1 CD.
- NOBRE, Eduardo A. C.. Intervenções urbanas em Salvador: turismo e "gentrificação" no processo de renovação urbana do Pelourinho. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, 10., 2003, Belo Horizonte. **Cidade, planejamento e gestão urbana: história das ideias, das práticas e das representações**. Belo Horizonte: ST5, 2003. p. 1 - 11.
- NOVAES, Dirce Trevisi Prado; VALLE, Ida Raichtaler do. O idoso e a cidade. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 57-72, 2018.
- SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. **Arte e Direito: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVA, Andréa Lima da; SANTOS, Silvana Maria de Morais dos. "O sol não nasce para todos": uma análise do direito à cidade para os segmentos LGBT. **SER Social**, Brasília, v. 17, n. 37, p. 498-516, jun./dez. 2015.

SOUZA, Rodrigo Vargas. Abandono, revitalização e gentrificação no IV Distrito de Porto Alegre: uma abordagem psicoeográfica e fenômeno (lógica). **Cadernos Nauti**, Florianópolis, v. 5, n. 8, p. 25-46, jan./jun. 2016.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. Segregação socioespacial e centralidade urbana. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria. (Orgs.). **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 61-93.

TAVARES, Matheus Augusto Avelino. **Os condomínios horizontais fechados e as transformações socioespaciais na cidade de Natal/RN**. 2009. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Geografia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

UNBREAKABLE Kimmy Schmidt. Direção de Robert Carlock. Universal City (Estados Unidos): Universal Television, 2015-2019. 4 temporadas.

VASCONCELOS, Pedro de Almeida. Contribuição para o debate sobre processos e formas socioespaciais nas cidades. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (Org.). **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 17-37.

VON GEHLEN, Jauro Sabino. O direito à cidade no Brasil. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília, v. 2, n. 1, p.235-253, jan./jun. 2016.



**Coordenação:**

Rogério Borba da Silva (UVA)

Daniel Braga Lourenço (UNIFG-BA)





## SOCIOLOGIA AMBIENTAL DO DIREITO: HORIZONTE, APLICAÇÕES E PERSPECTIVAS

**Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua**

Professor Associado (USP). Livre-docente em Sociologia do Direito USP). Doutor em Política Social (UnB).

**Leonardo Mattoso Sacilotto**

Mestre em Direito (USP). Advogado.

### INTRODUÇÃO

No livro inaugural sobre a Sociologia Ambiental do Direito (PONZILACQUA, 2015), houve a ocasião de explicitar alguns conceitos ou noções axiais que a orientam, bem como o método de investigação proposto. Serão retomados aqui para efeito de elucidação da abordagem.

A Sociologia Ambiental do Direito (SAD) consiste num “campo ou segmento da Sociologia do Direito que se ocupa especificamente dos conflitos socioambientais em sua perspectiva sociojurídica” (PONZILACQUA, 2015, p. 37). Não tem a pretensão nem de suplantação nem de fragmentação das ciências imediatamente envolvidas, como o Direito, a Sociologia ou as Ciências Sociais, o que afinal combate porquanto tenha o escopo de integração, nem tampouco pretende-se como ciência ou disciplina autônoma. Sua abordagem compreende aqueles fenômenos igualmente considerados pela Sociologia do Direito, tais como a nomogênese, a consolidação, os horizontes de aplicação das normas ambientais e sua eficácia. Pelo que se apresenta mais como método investigativo e de complexidade do que como divisão científica.

A ideia de um direito cristalizado, positivista, monolítico e autorreferenciado é enfrentada sob o paradigma da complexidade. A necessidade de olhares múltiplos e multifacetados sobre o objeto ambiental compele à reflexão sobre a produção do direito e sobre o próprio saber que conduz e suas consequências socioambientais.

O primeiro pressuposto que a SAD considera é que as elaborações jurídicas ou sociojurídicas são essencialmente consideradas sob prismas acentuadamente antropocêntricos. E os direitos da natureza precedem mesmo às organizações humanas e suas compleições sociais. Ou seja, a humanidade e o direito que produz devem ser subordinados à pressupostos metanormativos e apriorísticos, do substrato existencial e das cadeias ecológicas de que depende direta ou indiretamente.

Neste sentido, a perspectiva é abrangente e integrativa no sentido de considerar os vínculos antropossociais, a existência ecoplanetária. Revela tanto as possibilidades de integração, como, em sentido dialético, as fissuras sociais e desintegrações (PONZILACQUA, 2015, p. 32 -36).

Por se tratar de proposta epistemológica de alcances globais, a pretensão pode se confundir igualmente como um risco, tão combatido pelas ciências em geral, que é o da impossibilidade de análise em razão de perspectiva demasiado ampla. Todavia, as ciências, em razão da necessidade de especialidade de consideração de seus objetos e de sua funcionalidade, acabaram por incidir no oposto, que é ausência quase completa de percepção holonômica. Torna-se extremamente particularizada e perde em visão panorâmica. A solução, neste sentido, é o enfeixamento típico do olhar de complexidade. Sem perder o ponto de vista do observador ou seu lugar de observação, que parte das especializações e disciplinamentos científicos, ir abrindo os feixes de consideração e observação gradativamente. Cabe aqui o que os ambientalistas traduzem como um adágio de suas práticas: “pensar localmente, agir globalmente; pensar globalmente, agir localmente”. Ou seja, retomar as vias de acesso do todo para as partes e das partes para o todo, naquilo que é possível e de acordo com os condicionantes da visão do observador. Pelo que é perspectiva eminentemente fenomenológica: sujeito e objeto são considerados como elementos essenciais e indissociáveis para a concreção e elucidação metodológica. Nem ênfase demasiadamente objetiva, externa e 'material', nem ênfase demasiadamente subjetiva, interna e 'idealista'. Busca-se a composição de ambas, em dialogia, como aliás fazem os principais métodos de investigação humanos e sociais contemporâneos e de larga aceitação científica ou humanística, tais qual a fenomenologia de Husserl e Edith Stein (PONZILACQUA, 2019, HUSSERL, 2009; STEIN, 1998); o estruturalismo construtivista de Bourdieu (PONZILACQUA, 2018 ; BOURDIEU, 1979; LÉBARON, 2012). Mais do que todas elas, reportamos aqui ao Método da Complexidade de Edgar Morin (MORIN, 1997; 1999) . São perspectivas que se propõe superar o dualismo sujeito-objeto em ordem de uma concepção mais integrada e complexa das relações sociais humanas e ambientais.

## ELEMENTOS TEÓRICOS-DESCRITIVOS E HORIZONTES

Os horizontes da SAD são bastante amplos. Haja vista a complexidade e variedade dos temas tratados, sempre com foco na perspectiva socioambiental, abre-se longa possibilidade de considerações, aprimoramentos conceituais e aplicações. Todavia, esse universo vasto e aparentemente ilimitado é circunscrito pelos elementos teóricos-descritivos a imprimir caminho de análise a SAD, a saber: 1. Os direitos socioambientais; 2. As vulnerabilidades socioambientais. Portanto, a vastidão inicial acaba por se mostrar bem mais focada quando se têm esses horizontes de aplicação. A elucidação destes dois elementos acaba por imprimir caminhos ou roteiros bem demarcados de análise, ao modo de *senderos*. Ou seja, observados os elementos teórico-descritivos a SAD torna-se bastante orientada e ganha em especificidade de abordagem.

Os direitos socioambientais são aqui entendidos na perspectiva ampla da vertente socioambientalista dos movimentos sociais. Ou seja, a conjugação das pretensões ecológicas com a qualidade de vida das sociedades humanas. Toma-se como convergentes devastação da natureza e a pauperização dos indivíduos ou coletividades humanas. Por certo que isso está muito longe de acusar a pobreza como causa dos problemas ambientais. Ao contrário, concebe-se as questões socioambientais como integradas. Elas são entendidas como os processos relativos à pauperização social decorrentes dos processos de precarização de trabalho e de tecnicismos desregrados e aos processos de degradação ambiental. Em geral, as causas são comuns e podem ser encontradas, grosso modo, nas formas ensejadas pelo modelo exploratório moderno, que se instalou segundo uma ótica produtivista do capitalismo, que também assolou e pervadiu mesmo os países que se opunham ao capitalismo, notadamente no sentido de precarização e exploração do trabalho e da natureza.

A análise das vulnerabilidades socioambientais (VS), por sua vez, permite construir um quadro mais preciso dos agentes e envolvidos nas questões socioambientais, sejam os que sofrem agressões ou ameaças de caráter ambiental, seres vivos ou não, indivíduos ou coletividades, sejam os agressores. Permitem também desmistificar os jogos e disputas em torno dos capitais associados aos conflitos socioambientais, pela constatação da 'geometria' de sujeitos imersos nas questões socioambientais. Não se trata apenas de inferências, mas de quadros estatísticos, elementos factuais, evidências concretas que permitem, elas sim, conceber as diversas e complexas redes de atuações que interferem na expropriação de comunidades e ambientes.

Na forma dicionarizada, *vulnerável* significa o que corre risco, que é ameaçado, ou é passível de destruição, dano ou que pode ser ferido ou magoado; aquilo que tende a ser magoado, danificado ou derrotado; aquilo que é frágil. As vulnerabilidades referem-se tanto os 'vulneráveis', que são os *sujeitos passivos*, individuais ou coletivos da relação de degradação/destruição socioambiental, quanto aqueles que propiciam ou se aproveitam das vulnerabilidades, os *sujeitos ativos*, que são os agressores ou ameaçantes (potenciais agressores).

Os *conteúdos* das vulnerabilidades são *diversos*: a vulnerabilidade pode ser constatada em situações concretas muito distintas, em perspectivas macro e microsociais ou sistemáticas, desde que subsumidos as noções típicas da VS, isto é, situações concretas que possam real ou potencialmente causar danos aos sujeitos passivos, e cujos efeitos produzam prejuízos sociais e ambientais constatáveis, quer presentes, quer iminentes. Os *nexos causais* das VS também devem ser analisados no âmbito dos conteúdos apresentados. Para cada conteúdo, há causas e efeitos diversos. Estão concatenados explicita ou implicitamente. As VS estão impregnadas das mesmas causas que conduzem à pauperização e à generalização da violência nos espaços públicos (formas de racionalidade, de poder e de distribuição das riquezas hegemônicas).

Os elementos teórico-descritos da SAD conforme exposto por Ponzilacqua (2015, p. 41-43), podem ser sintetizados em:

- 1) *Existencialidade*: a existência precede às racionalizações e modalidades técnicas de dominação, donde deve ser concebida mediante os elementos da alteridade, retroatividade, das emergências e da visão integral (holonômica) dos processos complexos;
- 2) *Dialogia*: é fundamental a compreensão dialógica dos fenômenos, a fim de inteligir, mediante estruturas flexíveis e provisórias, tanto os elementos convergentes e promotores de complementaridades, quando os divergentes que promovem dispersão, dissipação e dissidências, com recurso à interação científica e de saberes variados de acordo com a contribuição de envolvidos, atingidos, especialistas e especialidades;
- 3) *Dinamicidade*: parte-se de uma sociologia dinâmica, em que os fenômenos sociais são tomados como dinâmicos, em que continuidade e descontinuidade podem ocorrer mantendo o núcleo antitético. Portanto, não se trata de fenômenos observáveis de modo estanque, estável e cristalizado, mas caracterizados pela imprecisão, movimentação, aceleração e permanente ruptura/transformação/renovação;
- 4) *Dialeiticidade*: os fenômenos são tomados em modo dialético. São fenômenos que se perpetuam ou se tensionam mediante enredamentos antitéticos de seus elementos primordiais, tanto no nível das ideias, quanto da materialidade, ambas concebidas nos termos da complementaridade/antagonismos da complexidade. Incorporam-se noções como ordem/desordem/caos, organização e antiorganização; construção e desconstrução, entre outros;
- 5) *Processualidade Recursiva*: observam-se formas de recursividade, retroação e emergências contínuas, razão por que não se pode apenas tomar os fenômenos sob a perspectiva da causa-e-

efeito dos métodos tradicionais. As ausências e não-ditos são sopesados ao lado dos elementos explicitados e referidos;

6) *Conflituosidade*: Disputas são inerentes aos direitos socioambientais (DS). A escassez dos recursos naturais torna-o cada vez mais conflitivo. O meio ambiente, as sociedades humanas e naturais concebidos em termos de protagonismos e antagonismos. Há inúmeros atores e grupos em dinâmicas de disputas, subjugações, sublevações e composições.

## **APLICAÇÕES**

As aplicações da SAD podem ser consideradas em seis (6) ações axiais, a saber:

*i. Levantamento e Sistematização de dados* acerca dos conflitos e da vulnerabilidade socioambiental e contribuir para a sistematização de dados acerca da vulnerabilidade e marginalidade ambiental;

*ii. Elaboração de subsídios* doutrinários ou dogmáticos, legislativos ou jurisprudenciais nos casos de violação de direitos ambientais,

*iii. Gestão do Patrimônio Natural*: Contribuir para implantação de programas de gestão do patrimônio natural em organizações/instituições nas regiões onde as pesquisas se encontram, sempre com perspectivas que vão do microrregional aos macrossistemas sociojurídicos internacionais;

*iv. Participação* em fóruns regionais de política ambiental e contribuir para o incremento de políticas públicas socioambientais;

*v. Acompanhamentos e solidariedade* aos indivíduos e coletividades de significativa vulnerabilidade socioambiental, com a participação e envolvimento efetivo de pesquisadores e alunos nos desafios cotidianos de grupos vulneráveis;

*vi. Educação Socioambiental*: Difusão e popularização dos princípios e direitos na perspectiva da Sociologia Ambiental do Direito por meio de organização e participação de eventos. E colaborar com a educação mediante a difusão e popularização terminológica e nocional afeita ao direito ambiental nas áreas investigadas.

Essas ações não devem ser tomadas como segmentadas ou dissociadas. Antes, precisam ser concebidas ao modo de dimensões ou ações convergentes. Por certo, um grupo de pesquisadores não precisa atuar em todas elas ao mesmo tempo. Mas certa variedade de ações, desde que concatenadas e convergentes, permite aplicações significativas e com resultados mais próximos de estágio ideal.

Em todos os casos, a SAD propicia, em razão da consciência da complexidade de fatores intervenientes no campo socioambiental, ações eficazes em vários âmbitos de análise, por considerar que intervenções extremamente pontuais, sem horizontes e panoramas mais amplos, acabam por se mostrar pouco efetivas em termos de transformação e emancipação socioambiental.

Múltiplas são, em consequência, as aplicações descortináveis. As principais são:

- 1) a ideia dos direitos ambientais no âmbito da compreensão dos direitos humanos e difusos;
- 2) a organização, disputa e a governança concernentes à segurança hídrica ou alimentar;
- 3) a eclosão de conflitos socioambientais relativos à apropriação fundiária; da apropriação e exploração da biodiversidade e/ou do conhecimento tradicional associado;

- 4) a problemática da proteção da fauna e da flora;
- 5) a dinâmica, hierarquização e compilação das normas ambientais nos níveis internacional, constitucional e infraconstitucional;
- 6) as formas de organização, resistência e resiliências das comunidades atingidas;
- 7) as formas alternativas de produção, no âmbito da Segurança Hídrica, Alimentar ou Energética, como as questões relativas à dessedentação, ao saneamento básico, ao acesso aos recursos hídricos, aos sistemas agroflorestais, à agricultura orgânica, ou à produção de energia limpa.

*Exemplos de aplicação:*

Na sequência, vamos expor três exemplos espaços ilustrativos de aplicação com sucesso da SAD: nas pesquisas (nos níveis de pós-graduação e de graduação) na extensão universitária.

Em todas elas, buscou-se perspectiva praxiológica, em que os problemas socioambientais analisados ou confrontados eram concebidas em dinâmicas de análise concretas. Em seguida, far-se-á uma breve descrição de cada um destes níveis de apropriação ou abordagem pela ótica e metodologia da SAD.

- Na *Pós-Graduação*

O primeiro exemplo de aplicação da SAD é tomado de pesquisa para dissertação de mestrado realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). A pesquisa partiu do contexto da gestão das águas nas bacias hidrográficas Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ), para nele identificar o entrelaçamento dos problemas e conflitos socioambientais e a atuação dos diversos atores envolvidos, inclusive do campo jurídico, em recorte temporal que abrangeu o período de crise hídrica no Estado de São Paulo, entre 2014 e 2016 (SACILOTTO, 2017).

O fio condutor da SAD, na qualidade de método, orientou a pesquisa no sentido de privilegiar a conjugação de procedimentos metodológicos empíricos e bibliográficos como meio de se afastar do tradicional engessamento das pesquisas jurídicas, comumente avessas a abordagens empíricas. Contudo, a aplicação da SAD não implica em mera heterodoxia, antes indica os fundamentos para que as ferramentas de pesquisa convirjam para análises mais enriquecedoras e plurais, sem prejuízo da “objetivação” e da “sistematicidade” (DEMO, 2015) inerentes ao conhecimento científico.

Ademais, enquanto inscrito na questão das águas, um dos campos preferenciais para estudo a partir da SAD, o tema abordado revelou nuances, no transcorrer da pesquisa, cuja visualização foi favorecida pelo método escolhido. Em especial, a consideração da conflituosidade inerente aos conflitos socioambientais permite distinguir os matizes das disputas entre os diversos atores. Nesse sentido, os achados da pesquisa apontam para conflitos relevantes, mormente no período de crise hídrica, quando a imposta contração do espaço institucional de participação correspondeu a uma judicialização da crise por atores do Ministério Público.

Sob o ponto de vista propiciado pelo método, sabedor que metodologias estanques falham em melhor apreensão do caráter dinâmico dos problemas enfrentados, joga-se luz também sobre os resultados atingidos, desvelando notadamente a dificuldade de integração e permeabilidade do problema socioambiental ao campo jurídico.

- *Na Graduação*

Outro exemplo de pesquisa bem sucedida, financiada pela FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, e de iniciação científica, teve como tema a tutela da fauna silvestre no direito brasileiro.

A pesquisa, premiada em concurso nacional sobre desenvolvimento sustentável, buscou mediante a análise das complexidades e interfaces do sistema jurídico e das suas implicações sociais, abordar como o direito pátrio e a perspectiva jurisprudencial acerca da tutela da fauna silvestre é tangenciada por visão antropocêntrica e bastante limitada (LIMA, 2016).

O elemento diferenciador do projeto respeita à análise jurisprudencial ensejada. Foram selecionados e explicitados diversos acórdãos ou decisões monocráticas tendo como eixo a análise socioambiental dos direitos dos animais silvestres, com ênfase em perspectiva interdisciplinar, reflexivo-crítica e em que a metodologia da SAD fora empregada com sucesso.

A SAD também orientou trabalhos de alunos no âmbito do Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo, na modalidade 'pesquisa', intitulado Pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD).

O objetivo do projeto foi o de desenvolver habilidades para a reflexão sociológica e existencial do direito ambiental, propiciando a um só tempo desenvolvimento das competências técnico-jurídicas e de abordagem crítica mediante o subsídio da Sociologia Ambiental do Direito. O projeto consistiu em pesquisa no campo socioambiental e jurídico em três dimensões distintas, a saber: 1. construção e avanço da Sociologia Ambiental do Direito; 2. Análise do Direito Ambiental sob a perspectiva da marginalidade e vulnerabilidade ambientais; 3. Análise das Políticas Públicas Socioambientais, especialmente aquelas incidentes em três campos preferenciais de análise, a saber: 1. Direito das Águas; 2. Tutela da Fauna e Flora e de Políticas Públicas de Proteção da biodiversidade; 3. Política de mobilidade urbana, com respeito à sociodiversidade.

Houve três edições seguidas do projeto. Na primeira delas, o estudante selecionado como bolsista pesquisou Políticas Públicas e Direito Ambiental; enquanto que outra aluna, não-bolsista, pesquisou a mobilidade urbana e os desafios sociojurídicos e ambientais. Na segunda edição, a aluna bolsista concentrou-se na análise do Direito Penal Ambiental e os desafios de aplicação de penas para além dos moldes tradicionais do direito e que propiciem avanços no sentido de proteção ambiental. Na terceira edição, o aluno desenvolveu o tema da proteção dos direitos indígenas em cotejo com outros ordenamentos jurídicos, buscando soluções eficazes e de maior eficácia socioambiental (PONZILACQUA, 2016; 2017; 2018b).

Mesmo com os desafios inerentes à iniciação científica e à pesquisa na graduação, geralmente relacionados à equação de tempo, às exigências ordinárias do ensino e à inexperiência de pesquisa dos iniciandos, os resultados dos projetos demonstraram que a SAD pode ser empregada com consistência também nestes âmbitos, com sucesso.

- *Na Extensão*

Na extensão universitária, a SAD é usada para imprimir olhar multidisciplinar notadamente no projeto intitulado, originariamente, “Pensamentos Socioambientais: indagações filosóficas e existenciais”, já concluídos, e, mais recentemente, “Pensamentos Socioambientais e Educação”, que está em andamento.

Nos trabalhos de extensão, regularmente são convidados palestrantes, conferencistas ou debatedores especialistas em temas ambientais, notadamente aqueles concernentes às grandes demandas atuais, para introduzirem discussões ou reflexões acerca dos problemas ambientais de grande envergadura.

Os critérios para seleção dos palestrantes, debatedores ou conferencistas estão vinculados a: 1. Pesquisas efetivas no campo socioambiental; 2. Relação das pesquisas com comunidades vulneráveis; 3. Explicitação de lutas, desafios e conflituosidades socioambientais; 3. Conexão dos trabalhos com elementos relativos dos Direitos Socioambientais.

Os públicos-alvos são pesquisadores, estudantes de graduação e de pós-graduação, especialistas e demais interessados nos temas ambientais.

O projeto visa, igualmente, abordagens que não se reduzam à lógica estritamente instrumental, científica e da linguagem técnica. Busca unir às exposições, com competência científica e técnica, à expressões de racionalidade estético-expressiva, em que os diversos campos da arte e da expressão humana, em linguagem não-verbal exclusivamente, são exploradas. Assim, os extensionistas, notadamente os bolsistas, são convidados a proporem e a participarem de processos criativos de difusão das ideias, que vão desde a arte gráfica para composição dos instrumentos de divulgação – hoje notadamente imersos nas novas redes e propostas de informação digital e, igualmente, pela representação gráfica e/ou estética dos conteúdos abordados. Linguagens alternativas, como música, canto, poesia, esculturas, representações visuais, projeções visuais, são exploradas.

Busca-se, igualmente, sempre que possível, a interação com o público presente.

Foram vários os temas já analisados ou refletidos ao longo dos três anos de consolidação do projeto, que se afirma dentre as expressões do Programa Unificado de Bolsas, modalidade “cultura e extensão”, da Universidade de São Paulo. Alguns exemplos: Sociologia Ambiental do Direito; Direitos Socioambientais; Direito e Consumo; Política Fundiária: 25 anos do Massacre de Corumbá; Política Fundiária: os atingidos por barragens; Desastres de Mariana e Brumadinho; Licenciamento Ambiental; a Crise na Amazônia e a análise política; a Segurança Hídrica; a Segurança Alimentar. Enfim, vastidão de temas, sempre conectados pelas perspectivas interdisciplinares, pela degradação ambiental, pela necessidade de proteção, pelos avanços ou retrocessos em matéria jurídica e procedimental, no âmbito dos enfoques das vulnerabilidades e dos direitos socioambientais (PONZILACQUA, SUDAN, 2017; 2018; PONZILACCQUA, SUDAN, MAKINO, 2019).

## **PERSPECTIVAS**

A SAD, com projetos nas quatro principais dimensões do sentido de “ambientes” (natural, urbano, cultural e laboral) tem como perspectivas formação e integração de ações no âmbito das vulnerabilidades socioambientais e das políticas sociais, em vista da redução de desigualdades socioambientais. Todos os campos de atuação dos pesquisadores, docentes e discentes envolvidos, têm por foco intervir, mediante protagonismos de cada segmento, nos ambientes urbano, natural, cultural e laboral. Há estratégias de pesquisa e ação em vista da segurança hídrica, alimentar, trabalho decente e administrativas que concebem formas participativas e mais eficazes de enfrentamento à expropriação ambiental e desigualdades.

As tendências e/ou perspectivas da SAD podem ser sintetizadas em dois grandes blocos:

*1) Tendência de ampliação exponencial:* a ambição da SAD por compreender os fenômenos ambientais em suas múltiplas dimensões – antropológico, ambiental e jurídico -, permite que haja ampliação exponencial de suas perspectivas. Tende a abarcar número crescente de pontos de vistas e aplicações. Também ditadas pela importância crescente da discussão dos problemas ambientais.

Portanto, há perspectiva de crescente de análise, por vezes incomensurável. O que pode transformar o seu objeto em conjunto muito vasto, pelo que os pesquisadores e demais envolvidos sempre precisam estar atentos a eventuais hiperdimensionamentos ou à necessidade de estabelecimentos de focos e estratégias, mas sempre em considerações holonômicas e enfeixadas, para não perder de vista a concepção integral da existência.

*II) Tendência de relativização e minimização decorrente de modos sociais conservadores e refratários:* As desqualificações e resistências por parte de grupos sociais conservadores ou estabelecidos expandem-se na atualidade e elas, por certo, se antepõem aos aprofundamentos e críticas emergentes da SAD. As relativizações ou minimizações, em geral levianas, se contrapõem e obstam o processo reflexivo e crítico sedimentados nos âmbitos das ciências ambientais, humanas e sociais. Refletem, em verdade, às disputas de capitais associados aos bens naturais. São lutas simbólicas que pretendem absorver e apropriar-se dos escassos bens ambientais em favor de grupos hegemônicos. Podem redundar em benefício da SAD, enquanto aprimoramento de suas práticas comunicativas, discursivas, argumentativas e hermenêuticas. Mas podem também concretizar-se em elementos pejorativos, no sentido de sucumbirem-se os pesquisadores ao desalento ou a angústia de verem seu objeto de investigação e análise desprestigiado. Essa atenção precisa ser dada no sentido de sempre qualificar, com competência e desmistificações, os discursos corrosivos e contraproducentes (PONZILACQUA, 2015, p. 44).

## CONCLUSÕES

O escopo do texto foi demonstrar como a SAD (Sociologia Ambiental do Direito) é metodologia de pesquisa aplicável em diversos âmbitos da pesquisa e atuação sociojurídico, em que estão envolvidos e imbricados elementos do direito ambiental, sob o enfoque socioambiental e das vulnerabilidades.

São muitos os temas e aplicações possíveis. E os projetos referidos ilustram seu potencial de intervenção e reflexão, e propiciam avanços significativos nas práticas jurídicas, maiormente do Direito Ambiental.

Haja vista a complexidade dos elementos intervenientes no campo socioambiental, há sempre o risco de análises por demais abrangentes e panorâmicas. Todavia, o risco reduz-se acentuadamente ao se mergulhar quer nas particularidades temáticas, que imprimem especialidades às respectivas abordagens, e ao mesmo tempo, exige considerações substanciais, no sentido de elementos concretos, dados e estatísticas, tratados sob rigoroso aporte científico.

Ao mesmo tempo, a SAD não implica apenas em análises estritamente investigativa ou de pesquisa. Pode ser aplicada, como se aclarou acima, em abordagens de extensão. Neste caso, o olhar multifacetado, de complexidade fenomênica e de convergência no âmbito das causas e efeitos, propicia riquezas de debates e ampliação significativa dos olhares diversos tanto dos que estão envolvidos diretamente na organização e criação dos processos de extensão, quantos dos convidados (palestrantes, debatedores, conferencistas) e dos participantes em geral (o público-alvo).

Embora recente, a SAD se afirma como expressão metodológica consistente por exprimir condensações teóricas e praxiológicas que se afirmam secularmente no campo da inteligibilidade e ação no campo socioambiental.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **La distinction. Critique sociale du jugement**, Paris: ed. de Minuit, 1979.



- DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. 1. ed. 13. reimp. São Paulo: Atlas, 2015.
- HUSSERL, Edmund. **Formal and transcendental logic**. Tradução Dorion Cairns. The Hague: Martinus Nijhoff, 2010.
- LEBARON, Frederic. La distinction: oeuvre-carrefour de la sociologie de Pierre Bourdieu. *In*: LEBARON, F.; MAUGER, G. **Lectures de Bourdieu**. Paris: Ellipses, 2012, p.155-167
- LIMA, Lia de Freitas. **A Tutela Jurídica da Fauna Silvestre no Direito Brasileiro**. Trabalho apresentado no II Fórum ENACTUS de Desenvolvimento Sustentável. 2016.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. Direito, Intersubjetividade e Estado em Edith Stein. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v. 64, n. 2, 2019, p. 01/30 a 30/30.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. A Sociologia do Campo Jurídico de Bourdieu e Dezalay. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 1, 2018, p. 226- 249.
- PONZILACQUA, **Sociologia Ambiental do Direito: análise sociojurídica, complexidade ambiental e intersubjetividade**. Petrópolis: Vozes, 2015
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Projeto de Pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD), 2015**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2015-2016.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Projeto de Pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD), 2016**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2016-2017.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Projeto de Pesquisa em Sociologia Ambiental do Direito (PSAD), 2017**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2017-2018.
- SACILOTTO, Leonardo Mattoso. **Direito e políticas públicas na gestão das águas: análise sociojurídica das bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí**. 2017. 222 p. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.
- STEIN, Edith. **Introduzione alla filosofia**. Tradução Agnes Bello. Roma: Città Nuova, 1998
- SUDAN, Daniela Cássia. PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Projeto Pensamentos Socioambientais: Indagações Filosóficas e existenciais**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2017-2018
- SUDAN, Daniela Cássia. PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Pensamentos Socioambientais: Indagações Filosóficas e existenciais**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2018-2019
- SUDAN, Daniela Cássia; MAKINO, Jéssica; PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Pensamentos Socioambientais e Educação**. Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo. Edição 2019-2020.



# GP 16

**DIREITO INTERNACIONAL E DESCOLONIALISMO:  
REPENSANDO A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

**Coordenação:**

Tatiana Cardoso Squeff (UFU)

Cícero Krupp da Luz (FDSM)

Gustavo Pereira (PUCRS)



## PENSAMENTO DECOLONIAL E A NOÇÃO EUROCÊNTRICA DOS DIREITOS HUMANOS: PROVOCAÇÕES PARA PENSAR OS SUJEITOS MARGINALIZADOS COMO DETENTORES DE DIREITOS

**Joice Furtado Lima**

Pós-graduanda em Direito Civil (INSTITUTO ELPÍDIO DONIZETTI)

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi produzido a partir da pesquisa teórica com ênfase no aspecto bibliográfico, baseando-se na análise de livros como: *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, de Boaventura de Sousa Santos (2010), *Discurso sobre o Colonialismo*, de AiméCésaire (1978), *A Colonialidade do saber: eurocêntrico e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*, organizado por Eduardo Lander (2005), dentre outros. Foram utilizados, também, estudos teóricos existentes sobre a temática, a fim de compormos o estado de arte, dentre outras fontes referenciais, na qual buscamos identificar exemplos e relatos sobre as implicações das concepções distorcidas de Direitos Humanos para a sociedade, em especial, contra aqueles que se encontram em situação de risco. A escolha pela pesquisa de cunho bibliográfico se deu por esta valer-se das mais variadas formas de análises.

Partimos da seguinte questão de pesquisa: Qual a relação ou influência que a concepção eurocêntrica e elitista de direitos humanos ocasiona no processo de efetivação destes mesmos direitos para os marginalizados? E mais, como a concepção decolonial dos direitos humanos pode auxiliar no entendimento desta questão social, protegendo os direitos daqueles considerados “não humanos”?

Nosso intuito de falar sobre esta temática, que abrange o Pensamento Decolonial, os Direitos Humanos e os marginalizados, surgiu por meio da insatisfação de ver que tais direitos estavam sendo usados pelo senso comum da sociedade como uma bandeira que apenas os “humanos do bem” mereciam carregar e desfrutar de tais proteções, sendo que, quando os mesmos direitos são destinados a um marginalizado, este é taxado como “não humano”, pois não deveria desfrutar destes mesmos direitos.

No entanto, sendo os Direitos Humanos destinados à pessoa humana, negá-lo a alguém ou a uma determinada classe social é como se estivesse declarando que esta é formada de seres “não humanos”, carentes de humanidade, logo, não fazendo jus ao recebimento de tais direitos.

A relação desta temática com o pensamento decolonial advém da cultura eurocêntrica na qual os direitos humanos foram criados e a sua perpetuação ao longo dos anos, tendo em vista que tais direitos embrionários visavam à proteção de direitos da classe dominante. A

decolonialidade, neste contexto, é vista como uma possível libertação do pensamento hegemônico que se encontra tão presente na constituição destes direitos com seu pensamento abissal. Neste sentido, a relevância acadêmica deste trabalho consiste no oferecimento de uma nova reflexão sobre a relação de Direitos Humanos em uma visão decolonial e da sua relação com um tema jurídico-social que engloba os direitos dos “bandidos”.

O termo “bandido” será utilizado para denominar os marginalizados em questão, por ser o aquele que se aproxima do meio leigo e de como este sujeito é representado no imaginário do senso comum. A questão em tela não versa apenas sobre o estudo de uma concepção que estuda os direitos humanos, mas sim sobre a análise de como a história da concepção destes mesmos direitos influencia na forma de pensá-los, na modernidade. Eis aí a importância social e jurídica deste estudo.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a concepção histórica de direitos humanos, e a partir disso, fazer uma reflexão com base no pensamento decolonial para questionar se essa visão eurocêntrica pode ter contribuído para uma concepção onde a humanidade não se aplica a todos, Além disso, busca encontrar a influência dessa visão na concepção distorcida de direitos humanos e de como, a partir desta visão, estes mesmos direitos não deveriam ser proporcionado aos “bandidos”. Tal pesquisa é completada com os objetivos específicos que traçamos como importante para este trabalho, sendo eles: 1) identificar a origem da segregação entre humanos e não humanos na concepção eurocêntrica de direitos humanos; e 2) destacar a importância do estudo da concepção decolonial de direitos humanos para a efetivação dos direitos fundamentais dos ditos “não humanos” pela sociedade.

Este trabalho tem o intuito de realizar uma pesquisa teórica por meio do levantamento bibliográfico sobre a concepção histórica de direitos humanos à luz do pensamento decolonial. Além disso, busca verificar como esta origem eurocêntrica possivelmente influenciou na origem distorcida de direitos humanos. Como percebido, a pesquisa é necessária para solucionar as indagações que a contemporaneidade nos propõe. Seu aspecto bibliográfico justifica-se pela utilização de material elaborado principalmente por livros, artigos de periódicos e materiais disponibilizados na internet (NORONHA, 2016).

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS**

### **Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: sujeitos de direito**

Após a contextualização sobre o processo histórico dos direitos humanos, podemos visualizar com mais clareza como surgiu a teoria dominante destes direitos e como ela se fundamentou, do ponto de vista histórico-geográfico, como resultado das reivindicações políticas europeias, da luta do parlamentarismo inglês, das revoluções liberais (francesa) e do movimento advindo da independência americana.

Seguindo a lógica desta concepção, estes direitos correspondem a um projeto moral, jurídico e político resultado da Modernidade Ocidental que, depois de desenvolvido no continente europeu foi levado para as demais localidades, como o ocidente, seguindo sua universalização.

¿Son los derechos humanos universales, una invariante cultural, es decir, parte de una cultura global? Afirmaría que el único hecho transcultural que todas las culturas son relativas. La relatividad cultural (no el relativismo) también significa diversidad cultural e incompletude. Significa que consideran fundamentales. Lo que está más elevado es también lo más generalizado. Así que, la cuestión concreta sobre las condiciones de la universalidad de una determinada cultura no es en sí misma universal. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión cultural occidental (SANTOS, 2010, p. 68).

No tocante antropológico, os direitos, neste contexto, eram destinados aos indivíduos dotados de racionalidade e que fossem auto-suficientes.

Neste viés, podemos salientar algumas críticas a teoria dominante dos direitos humanos, como a questão do universalismo do sujeito receptor deste direito, de como esta concepção dominante é localizada e parcial, a ponto de muitas vezes rejeitar ou subestimar as contribuições de países fora do âmbito europeu para a afirmação dos direitos humanos. Como por exemplo, na Declaração Universal de 1948, cujo rascunho foi elaborado sem contar com a participação da maioria dos países (SANTOS, 2010). Juntamente com esta questão, salienta-se também a crítica à ideia de ser humano, “desenhada” pelo ideário moderno-burguês, que foi protagonista da construção desta fundamentação predominante dos direitos humanos.

Para realizar o estudo da arte desta conexão entre a teoria dominante dos direitos humanos e a questão do sujeito universal de direitos, iremos utilizar da leitura de textos e de autores que escrevem sobre o pensamento decolonial, movimento este que discute sobre as inconstâncias da concepção histórico-geográfica e filósofo-antropológica destes direitos.

### **Pensamento decolonial: provocações para pensar os Direitos Humanos**

Tendo em vista que este resumo tem o intuito de explicar acerca da relação entre a concepção elitista eurocêntrica sobre a qual se assenta o discurso dominante dos direitos humanos, propomos a problematização destas concepções. Que envolvem, em seu íntimo, a relação desigual entre colonizador e colonizado, entre o Norte e o Sul, onde a natureza hierárquica desta relação resultou na hierarquização dos saberes, bem como dos sistemas econômicos e políticos resultando na colonialidade do poder. Debatendo sobre esta perspectiva descolonial, podemos citar Fernanda Bragato que almeja, nessa perspectiva “[...] demonstrar que, por trás de uma aparente neutralidade, subjaz um projeto de invisibilidade e opressão humana, reforçado pela ideia de raça e pelo exercício de um poder de matriz colonial” (BRAGATO, 2014, p. 206).

No entanto, é necessário ir ao embate desta crescente concepção elitista, propondo, por exemplo, a existência da “epistemologia do Sul”, conceito criado por Boaventura de Sousa Santos para alertar sobre a existência do Sul (para além do Norte), propondo a libertação epistemológica e a superação da divisão abissal. Conforme o mesmo autor: “Uma epistemologia do Sul assenta em três orientações: aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul” (SANTOS, 1995).

E para desenvolver este pensamento, em meados de 1990 um conjunto de pensadores latino-americanos organizados criou o Projeto “Modernidade e Colonialidade”, quais eram: Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Walter Dignolo, Edgardo Lander, Arturo Escobar, Fernando Coronil, Javier Sanjinés, Catherine Walsh, Nelson Maldonado-Torres, Lewis Gordon, Ramon Grosfoguel, Eduardo Mendieta, Santiago Castro-Gomez, etc. Segundo Dignolo:

El pensamiento des-colonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad, como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afrocaribeño. Continuó luego en Asia y África, no relacionados con el pensamiento des-colonial en las Américas, pero sí como contrapartida a la re-organización de la modernidad colonial con el imperio británico y el colonialismo francés. Un tercer momento de reformulaciones ocurrieron en las intersecciones de los movimientos de descolonización en Asia y África, concurrentes con la guerra fría y el liderazgo ascendente de Estados Unidos. Desde el fin de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, el pensamiento des-colonial comienza a trazar su propia genealogía (MIGNOLO, 2008).

Com base nos estudos, podemos destacar que o pensamento decolonial consiste em um projeto epistemológico que visa contestar o pensamento hegemônico e elitista que assola, ao longo dos anos, os mais variados ramos da sociedade, como a educação, os direitos, a epistemologia e até mesmo a idéia do que é moral ou não. Ou, como iremos debater neste trabalho, no que é considerado humano e não humano. Segundo Immanuel Wallerstein, este hegemonismo do qual ele chamou de “universalismo europeu”:

O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vistas éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores universais globais – aquilo que muitos de seus defensores chama de lei natural – ou como tal apresentados (WALLERSTEIN, 2007, p.60).

Conforme o pensamento decolonial, o auge da visão individualista coincide com os eventos iniciais da positivação dos direitos humanos, como: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e também, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No entanto, tais declarações, possuíam visível conotação burguesa e individualista e resultaram na expansão capitalista, dando ênfase para o instituto da propriedade.

Logo, é possível destacar que, o legado antropocêntrico moderno nos direciona sobre uma visão de um indivíduo humano que se encontra em posição de superioridade dentre os demais seres, sendo a racionalidade o ponto de destaque para a distinção entre seres humanos e não-humanos. Neste viés, tornou-se intrínseco a ligação entre dignidade humana e racionalidade.

Com base no que foi explanado, iremos analisar no tópico seguinte como esta concepção universal de pessoa humana proposta pela visão eurocêntrica influencia na concepção de direitos humanos para o sujeito em estado de marginalização.

### **O sujeito universal e os Direitos Humanos: afinal, o sujeito marginalizado tem direito aos Direitos Humanos?**

Conforme as abordagens anteriores explicaram, é possível considerar que, de acordo com a visão eurocêntrica dos direitos aqui abordados, tal tradição europeia considera racional aquele ser que, além de pensante e inteligente, é capaz de pensar e raciocinar de forma livre de suas emoções. Logo, tal concepção encontra-se ligada ao modelo do “sujeito universal”, aquele que é racional, pensante e moral. Ou seja, aqueles que eram considerados opostos, não detentores destas “características” foram rotulados como irracionais, selvagens e até mesmo inferiores. “A superioridade obriga a desenvolver os mais primitivos, bárbaros, rudes, como exigência moral” (DUSSEL, 2005, p. 29).

Desta forma, é visível perceber que a concretização dos direitos humanos por via da racionalidade dos seres contém um caráter excludente, pois desta forma, pode ocorrer diferenças com relação ao valor de cada envolvido, sendo um mais “digno” que outros.

Desta forma, visualizamos um colonialismo europeu criador de uma cultura jurídica e política que promove a abstração de sujeitos, quando se refere ao reconhecimento dos direitos. Conforme Clavero (2014), este colonialismo acabou gerando um legítimo direito do inimigo, direito este que pode negar direitos.

Desta forma, percebe-se o que acabou ocasionando a inferioridade dos negros, dos índios, das mulheres, dos marginalizados, dentre outros, foi objeto de um discurso de degradação e hierarquização da humanidade, que está presente até hoje. Conforme Muzzafar (1999) aduz, utilizou-se o fato de os mesmos não serem considerados seres humanos integrais para justificar que determinados sujeitos não tinham direitos. Ou como diria a filósofa Judith Butler, ao se referir à concepção de vida: “As vidas de quem importam? E ainda: As vidas de quem não importam

como vidas, não são reconhecidas como vivas ou contam apenas ambigualmente como vivas?" (BUTLER, 2012, p. 10).

Logo, salienta-se para a criação de sujeitos sem direitos e considerados inimigos em potencial, sendo isto resultado do impacto dos processos de descolonização na concepção de sujeito universal e de direitos dos seres humanos. Destacando a questão da seletividade da universalidade, que acabar por gerar efeitos discriminatórios com relação à minoria, excluindo-a deste conceito universalista. No entanto, de acordo com Wallerstein (2007), tais valores universais não passam de criações sociais dos estrados dominantes.

Importante discorrer sobre o fato de que, a concepção universalista consagrada pela Declaração Universal, apesar de prever que os direitos humanos sejam universais, no entanto já está mais que comprovado que a sua promoção e concretização não ocorrem de maneira universal.

De acordo com Santos (2013), existe uma grande ilusão com relação à trajetória da consagração dos direitos humanos, acreditando-se que o mesmo percorreu um caminho linear onde todos foram "agraciados" com tais direitos. Tanto que tal autor discorre sobre a tensão existente entre o "humano e o não humano", onde, conforme o mesmo seria fruto da herança da universalidade deficiente dos primórdios, onde a humanidade distinguia determinados seres humanos com o discurso que nem todos os seres humanos deveriam se beneficiar da dignidade humana. Conforme o autor:

A exclusão de alguns humanos que subjaz ao conceito moderno de humanidade precede a inclusão que os direitos humanos garantem a todos os humanos. A concepção ocidental, capitalista e colonialista da humanidade não é pensável sem o conceito de sub-humanidade. Ontem como hoje, mesmo que sob formas distintas (SANTOS, 2013, p. 77).

Conforme o mesmo autor seria possível compreender por que ocorria, ao mesmo tempo e sem problemas, a escravidão e a proteção dos direitos à liberdade e à igualdade dos seres humanos. Isto [...] porque subjacente aos direitos humanos está a linha abissal "[...] por via da qual é possível definir quem é verdadeiramente humano e, por isso, tem direito a ser humano, e quem não é e, por isso, não tem esse direito" (SANTOS, 2013, p. 77).

Neste momento, chegamos à grande questão deste trabalho: Seriam os "bandidos" sujeitos detentores dos direitos humanos? Tendo em vista todo o nosso estudo para compreender da onde vem esta divisão entre o que seria considerado humano e não humano e de como esta concepção ainda é bastante marcante nos dias de hoje. Prova disto corresponde aos questionamentos acerca da legitimidade ou não dos direitos para os marginalizados.

Podemos discorrer que tais sujeitos estariam do outro lado do conceito do universalismo, ou seja, à medida que existem aqueles seres que são merecedores de usufruir dos direitos, do outro lado teríamos aquele sujeito que se encontra fora do conceito universal, logo, este precisa ser dominado, controlado e até neutralizado.

A figura do marginalizado que tem seus direitos posto em dúvida, pode ser assemelhado ao *homo Sacer* proposto por Agamben (2010), corresponde a um ser vivo que se equipara aos animais, sendo sua vida *nua*, desqualificada, sem importância para a política e sociedade, situada à margem da ordem jurídica. Sua vida se torna "matável", sendo o mesmo morto tal ato não será considerado homicídio, haja vista que sua vida não é considerada um bem jurídico.

Neste viés, podemos ressaltar que os direitos humanos devem ser assegurados a todos os sujeitos considerados humanos, destituindo esta concepção universalista racional e propondo o direito a todos sem discriminação. Haja vista que a negação dos direitos atinge muitas pessoas

que, ao longo da história, foram e continuam sendo privados da maioria dos direitos relacionados a liberdades.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a explanação do trabalho explorado, foi possível verificar que o advento da Modernidade serviu como argumento para se discutir o eurocentrismo que assola a teoria dominante dos direitos humanos. Constatou-se a importância do pensamento decolonial para que fosse possível pensar os direitos para além da composição universalista dos sujeitos proposto por esta vertente.

Coube analisar de forma crítica sobre o advento da evolução dos direitos humanos ao longo dos anos para que pudéssemos analisar e constatar o quanto a visão eurocêntrica interferiu e ainda interfere na efetivação dos direitos para aqueles sujeitos que se encontram fora do conceito universal de ser humano proposto pela Modernidade.

Para tanto, utilizamos autores que puderam enriquecer o trabalho com suas teses intrigantes e suas concepções fora do padrão sobre os direitos. Por exemplo, o nosso embasamento na corrente decolonialista, que estuda a influência da Europa não só nos direitos humanos, mas também no saber, nas ciências sociais, na epistemologia em si do conhecimento da linha sul abissal.

Com base nisto, identificamos a concepção de sujeito detentor de direitos que quem perdurando ao longo dos anos por conta da doutrina dominante eurocêntrica dos direitos humanos, e como podemos defender os sujeitos marginalizados sendo estes também, também detentores de tais direitos.

Apesar do senso comum propagar o discurso do ódio e a negação dos direitos a estes seres marginalizados, é possível verificarmos por meio do embasamento teórico adotado ao longo do artigo, que os “bandidos”, apesar de sua condição marginalizada, são seres humanos detentores de direitos. Defender esta exclusão de direitos seria regredir aos primórdios da era Moderna, onde se acreditava que aqueles que não se adequassem ao conceito universalista de ser humano proposto, seriam considerados bárbaros, primitivos e selvagens.

Com base nas explicações expostas ao longo deste artigo, percebemos que existe a possibilidade de que este olhar desumanizador que a sociedade atual direciona aos marginalizados, esteja relacionada a esta visão etnocêntrico-eurocêntrica que está presente na teoria dominante dos direitos humanos, que não conseguem ver além dos aspectos liberais da construção dos direitos do homem.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I, Profanações**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

BUTLER, Judith. Can One Lead a Good Life in a Bad Life? **Radical Philosophy**, n. 176, p. 9-18, nov./dez. 2012. Disponível em: <https://www.radicalphilosophy.com/article/can-one-lead-a-goodlife-in-a-bad-life>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRAGATO, Fernanda. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014.

CESAIRE, Aimé. **Discurso sobre o Colonialismo**. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1978.



- CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Global**: por uma história verosímil de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2014.
- DUSSEL, Enrique. **Europa, modernidade e eurocentrismo**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro.2005.
- LANDER, Edgar (org). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.
- MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. *In*: VAN NESS, Peter. **Debating human rights**: critical essays from the United States and Asia. London: Routledge, 1999.
- NORONHA, Rosa Maria Lopes (coord.) **Normalização de trabalhos de conclusão de curso**. Belém-PA: Faculdade Integrada Brasil Amazônia, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Universidad de la República. Montevideo/Uruguay, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Common Sense**: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. New York: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

# DIREITO INTERNACIONAL, CIRCULAÇÃO DO SABER JURÍDICO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: HÁ UMA MATRIZ DESENVOLVIMENTISTA LATINO-AMERICANA

**Martonio Mont'alverne Barreto Lima**

Professor Titular (UNIFOR). Doutor em Direito (UNIVERSIDADE DE FRANKFURT). Procurador do Município de Fortaleza.

**Roberto Guilherme Leitão**

Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR). Procurador Federal (AGU). Professor Universitário de Direito Internacional (FANOR-DeVRY).

## INTRODUÇÃO

A compreensão dos problemas e das idiossincrasias das políticas de integração da América Latina enfrenta uma análise crítica da geopolítica mundial e do Direito Internacional. A América Latina, sob uma matriz de integração regional eurocêntrica, regionalmente homogênea, e uma ideologia que envolve categorias metodológicas (centro-periferia, metrópole-colônia, civilização-barbárie, produção-recepção) suscita considerações relacionais que envolvem as ideias de império (HARDT e NEGRI, 2001, p. 21) e suas complexidades após a Segunda Guerra Mundial, hegemonia, globalização, do Direito Internacional, das leis de império, do Estado de Direito, desenvolvimento econômico, teoria dos transplantes legais e a Escola Direito e desenvolvimento.

Uma das questões a representar desafio é precisamente aquela de como estabelecer um liame relacional entre as políticas de integração da América Latina e do Brasil engendradas a partir dos *centros de poder local* frente a geopolítica mundial e as manifestações normativas veiculadas pela dogmática do Direito Internacional. A pluralidade de institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder veiculados pelo Direito Internacional produzem efeitos contrários aos interesses geopolíticos da região latino-americana?

O Direito Internacional (da integração regional) há de ser concebido como um sistema complexo, isto é, como sistema no qual a interação entre atores e processos, numa relação espaço-temporal, que apresenta diversidade e dinâmica próprios. Com efeito, há de ser feita uma aproximação dos elementos marcantes da geopolítica do conhecimento jurídico (Direito Internacional) e dos modelos de desenvolvimento econômico, consagrado por organismos internacionais não-estatais. Dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais, com o fim de promover, financiar, implementar o arcabouço jurídico e político-institucional na América Latina.

Tal lógica, que vincula e aproxima o Direito Internacional à herança colonial, e consagra os modelos político-institucionais e econômico-sociais de modernidade e pós-modernidade na região, dá contornos e norteamentos nos ordenamentos jurídicos dos países latinos americanos. Como estabelecer e conceber um modelo de estudo e ensino de Direito Internacional emancipatório descolonial (BELLO, 2015, p. 51s), a partir do pluralismo próprio da região, frente a multiplicidade de institutos e instrumentos de ordenação-manipulação de poder consiste no objeto central do artigo. A definição de descolonialidade pode ser resumida, na forma aqui explícita por Enzo Bello (2015, p. 52):

Do ponto de vista descolonial, identifica-se que essas narrativas construídas para apresentar e justificar a modernidade de modo “natural” e “universal”, buscando-se desmascará-las através de ferramentas como a “epistemologia do ponto zero” ou “hybris del punto cero”. Cunhado pelo filósofo colombiano Santiago Castro-Gómez, este termo

identifica na retórica moderna um disfarce linguístico proposital, que apresenta o conhecimento de forma “espontânea”, “universal” e “neutra”, como se valesse para todos os contextos de tempo e espaço, de maneira oficial; devendo, portanto, ser assimilado e reproduzido mundo afora. Trata-se de formulações particulares e contextualizadas que reivindicam caráter universal, camufladas enquanto tal pelas vestes da autoridade que se autoatribuem.

De início, deixamos evidente que a noção de descolonialidade a que aqui se recorre alcança o Direito Internacional, para auxiliar na revelação da interação entre atores e processos, numa relação espaço-temporal, a apresentar diversidade e dinâmica próprios, e, portanto, com natureza jurídica-normativa incompatível com a matriz eurocêntrica dos séculos XVI e XVII.

Serão abordadas, ainda, as teorias de comparação constitucional, numa perspectiva dinâmica dos “fluxos jurídicos”, próprio do contexto normativo globalizante, utilizando-se fundamentos doutrinários da Teoria dos *legal transplants* contextualizados histórica e culturalmente com a realidade latino-americana, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador do Direito Internacional.

Por fluxos jurídicos concebem-se interações comunicativas que ocorrem entre os operadores do Direito de diversos ordenamentos e racionalidades jurídicas. Esta dinâmica normativa produz imitações, migrações de ideias constitucionais, empréstimos constitucionais entre várias ordens jurídicas. Toda a dinâmica e fluxo de formantes e fontes jurídicas revela grande similitude entre a realidade experimentada entre Metrópole-Colônia nos séculos XV e XVI, diante da realidade vivida no ocaso do século XX e início do século presente.

A pesquisa é de ordem bibliográfica e a metodologia decorre desta opção, com comparação entre obras e pensamentos descritos, a se relacionarem com o tema proposto.

## **DIREITO INTERNACIONAL E CIRCULAÇÃO DO SABER JURÍDICO**

A geopolítica expõe as narrações em favor dessas práticas, bem como os pontos de vista críticos sobre os esforços de controle ou influência mundial exercidos pelas grandes potências. A contextualização normativa da geopolítica revela-se espaço-temporalmente como um grande circuito de comunicação de poder e regulação.

Não há como se negar que as formulações gerais eurocêtricas possuem elevado nível de cientificidade, de tempo de maturação e resultem de esforçadas pesquisa, além da elevada qualidade teórica de seus autores. Da mesma forma, não há como se ignorar esta tradição, renovada pela constante criação que tanto a caracteriza. Tampouco não há como se desconhecer quase um milênio de existência de universidades, de instituições de pesquisa e de sua contribuição. O que aqui se debate é a tendência da recepção automática deste pensamento, como o costume, desde o colonialismo, desencadeado a partir do século XV: tratava-se da fundação de pequenas França e Inglaterra, por exemplo, onde se chegava; ao invés de procurar a opção “germinal”, ou seja, a partir das preciosas ferramentas das culturas e ciências europeias, compreender a diversidade do Novo Mundo.

Portanto, o colonialismo e o movimento descolonial guardam consigo operacionalidades e similitudes de dominação política dos povos que demonstram o caráter imperial, veiculados por leis imperiais (e posteriormente do imperialismo pós-colonial, neoimperial) imbricadas com narrativas históricas de gestão e governos, intervenções políticas, econômicas de Direito Internacional e do direito nacional ou doméstico.

Nesta ambiência de Metrópole-Colônia, as leis imperiais de outrora, guardam aproximada relação com as reformas político-institucionais e jurídicas impostas e condicionadas por

organismos internacionais não-governamentais, engendradas por nações desenvolvidas. O elemento de descrimen, há de ser ressaltado, no caso da América Latina, nos casos de fluxos normativos, e é a existência de transferências voluntárias e outras frequentemente violentas, resultantes da teorização da lei imperial consagradora do processo geral de americanização do pensamento jurídico.

Esta sistemática de reprodução normativa enfrenta crítica desde o século XIX, seja relativamente ao continente europeu, seja aplicável às então colônias da América Latina. Na medida em que a ordem jurídica europeia sofria modificações, a fim de ajustar-se às novas concepções e movimentos que aconteciam em solo europeu, tais modificação aportaram na América Latina, com evidente e diferente grau de intensidade. Às noções de direitos humanos, por exemplo, produzidas pela Revolução Francesa não se demoraram a chegar em diversos países latino-americanos; embora concebidas por diferentes recepções. No caso dos Estados Unidos, com sua independência, a liberdade defendida como elemento da fundação daquela República, consiste no exemplo maior de *political hypocrisy*, como lembra David Runciman: “No event in modern political history has been so marked by the problem of hypocrisy as the American Revolution. The most elementary reason for this can be summarised in a single word: slavery” (2008, p. 74). O mesmo se pode dizer do caso brasileiro, constituído sobre a forma liberal de uma monarquia constitucional, a garantir igualdade, numa sociedade de escravos, com mulheres e pobres impedidos de qualquer participação em quaisquer processos de decisão política.

Na obra *À Questão Judaica*, Karl Marx reflete a respeito do conteúdo dos direitos humanos resultantes da Revolução Francesa, para chamar a atenção dos claros limites ainda que provenientes de um ambiente revolucionário de queda radical do antigo regime. Desta maneira, “O direito humano da propriedade privada [do art. 16 da Constituição de 1793] é (à sua vontade), autoritariamente, sem relação aos outros seres humanos do direito do uso próprio, independente da sociedade, do direito de gozar de seu patrimônio e de dispor sobre o mesmo” (MARX, 1977, p. 365, tradução dos autores)<sup>1</sup>. Assim é que a segurança jurídica das relações no âmbito dos direitos humanos revela-se nada mais do que um egoísmo de um homem contra o outro. Em outras palavras, os direitos humanos funcionam como um limite do direito de um contra o outro; e não de um com o outro: “Por meio do conceito da segurança jurídica a sociedade burguesa não supera seu egoísmo. A segurança jurídica representa bem mais a garantia de seu egoísmo (MARX, 1977, p. 366, tradução dos autores)<sup>2</sup>.

O equacionamento destas questões denota as premissas, no sentido de se buscar de que forma, com qual engenharia político-institucional e normativa, os países pertencentes à geopolítica latino-americana salvaguardam os seus respectivos mercados internos das ingerências e condicionantes econômico-financeiras dos atores internacionais não-Estatais.

Acresça-se aos efeitos da mundialização padronizada, na matriz constitucional contemporânea, as condicionantes da fragmentação e a privatização. Tais problemas suscitam a constitucionalização de regimes regulatórios transnacionais e supranacionais bem como a emergência de novas formas de colisão entre regimes normativos (*latu sensu*), que alteram os mecanismos de funcionamento e exercício do poder estatal. Nas formas emergentes de administração do Direito e do poder regulatório em nível transnacional e supranacional (HOLMES,

---

<sup>1</sup> No original: “Das Menschenrecht des Privateigentums ist also das Recht, willkürlich, (à son gré), ohne Beziehung auf andere Menschen, unabhängig von der Gesellschaft, ein Vermögen zu genießen und über dasselbe zu disponieren, das Recht des Eigennutzes”.

<sup>2</sup> No original: “Durch den Begriff der Sicherheit hebt sich die bürgerliche Gesellschaft nicht über ihren Egoismus. Die Sicherheit ist vielmehr die Versicherung ihres Egoismus”.

2014, p. 1137), as políticas públicas de desenvolvimento econômico padecem de interferências determinantes e condicionantes por atores internacionais não-estatais.

O constitucionalismo latino-americano surge como conseqüência do Estado Plurinacional (nova definição da Bolívia após sua Constituição de 2009), fruto das vicissitudes históricas, políticas, econômicas e jurídico-constitucionais. E mais, surge uma *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), veiculando uma abordagem regional-local sobre o constitucionalismo transformador. A razão para o Direito Constitucional comum latino-americano se revela nos seguintes termos (VON BOGDANDY, 2015, p. 3):

Esse enfoque se assenta na inquietante experiência adquirida com as inaceitáveis condições de vida existentes, e aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina, por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de direito e dos direitos humanos. Os problemas comuns aos países latino-americanos, tais como a exclusão de amplos setores da sociedade, bem como a deficiente normatividade dos direitos, são temas centrais dessa abordagem.

Entre outros, além do desafio relativo ao político internacional, o constitucionalismo latino-americano ainda resta a enfrentar esta nova versão neoconstitucionalismo, de inspiração exclusivamente europeia, onde problemas estruturais já forma parcialmente resolvidos, o que não ocorre na América Latina com educação, saúde, respeito mínimo aos direitos das minorias. O neoconstitucionalismo de viés interpretativo formulado na Europa, por exemplo, criou e ampliou com relativo sucesso – também perante os tribunais nacionais e supranacionais - o conceito de esfera pública (*Öffentlichkeit*) desde o anos 80 do século XX, e aqui incluiu mulheres, a diversidades étnica e sexual europeias, que, ainda que carentes de aperfeiçoamento, distanciam-se em muito do que ocorre na América Latina. Trata-se, então, de encontrar-se um modelo apropriado e gestado na América Latina.

### **COMPREENSÃO REFERENCIAL E CONCEITUAL: TEORIA DOS *LEGAL TRANSPLANTS* E ESCOLA DA *LAW AND DEVELOPMENT***

Superados os três questionamentos iniciais, quais sejam: 1) há um Direito Internacional latino-americano? 2) há originalidade neste Direito Internacional com institutos, instituições e dinâmicas próprios a ponto de adjectiva-los? 3) Há uma homogeneidade, sem que haja necessariamente identidade, na realidade jurídico-constitucional dos países integrantes da América Latina?; entende-se por necessário dimensionamento as formas de ingerências dos atores internacionais não-estatais nas políticas de desenvolvimento econômico nacionais.

Para que se possa estabelecer um juízo acerca dos dilemas e os desafios propostos pela emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, no que se refere ao modelo desenvolvimentista latino-americano e o conflito não aparente com as políticas jurídico-institucionais, patrocinadas pelo Banco Mundial, há de se enfrentar questões centrais a saber: 1) identificar qual a relação existente entre "*rule of law*" e a matriz desenvolvimentista do Banco Mundial e da CEPAL; 2) discutir de que maneira o modelo econômico de desenvolvimento constitucionalmente consagrado tem incorporado os relatórios de aconselhamento do Banco Mundial; 3) examinar qual das concepções da Escola "*Law and Development*" a ser adotada, vislumbrando os atores internacionais e nacionais ativamente envolvidos; 4) conceber a relação existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídico e/ou institucionais, notadamente nos preceitos constitucionais consagrados nas constituições latino-americanas.

## **RULE OF LAW E A MATRIZ DESENVOLVIMENTISTA DO BANCO MUNDIAL E DA CEPAL**

As instituições internacionais multilaterais, ou atores internacionais não-estatais, concebem a ideia de desenvolvimento econômico atribuindo intrínseca relação deste com uma matriz institucional e de arranjos normativos concebidos no sistema jurídico da *common-law* e, portanto, discrepando das normatividades latino-americanas, todas de natureza romano-germânica (*civil law*).

A teoria dos transplantes jurídicos, consagrando os modelos globalizantes de capital e a matriz do *rule of the law*<sup>3</sup>, veiculou e propagou o modelo de desenvolvimento econômico, financiado pelo Banco Mundial, sob a condicionante de reformas institucionais, jurídicas e de gestão administrativa em toda América Latina. “É difícil imaginar uma outra expressão do discurso político anglo-americano, que seja melhor conhecida e prestigiada a nível global do que a *rule of the law*.”

Em ensaio lançado, *Plunder: when the rule of law is illegal*, Mattei e Nader, desconstroem o termo *rule of law*, ao acentuar que o termo, de origem do *common law* fora concebido sem qualquer reivindicação democrática, e fundamenta de forma decisiva: "The English Parliament is not a democratic institution" (2008, p. 12).

Acresça-se às ideias defendidas acerca da teoria dos transplantes legais, de sua vinculação ao conceito do *rule of law*, instrumento normativo da mundialização do capital e, nas palavras de Michael Hardt e Antonio Negri, Niall Ferguson, a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão. Negri defende a tese que a construção de consensos, entre os quais se destaca o Consenso de Washington, tem seu evidente objetivo de dominação do mercado sobre a democracia. O mesmo pensamento é compartilhado por Bello, Lima e Bercovici (2018, p. 17-18).

Na década de 1990, a “regulação” da economia virou o tema da moda, com seus defensores se apressando em proclamar um “novo direito público da economia”, em sintonia com as reformas microeconômicas estruturadas a partir do “Consenso de Washington” (WILLIAMSON, 1990); em contraposição ao “velho” direito econômico, responsável pelo “antiquado” dirigismo da Constituição de 1988. (...) A pretensão do argumento da “neutralidade” é a de orientar as escolhas coletivas a partir de cálculos de utilidade que os indivíduos fariam tendo em vista seus próprios interesses, como se não existissem valores sociais, fazendo prevalecer os interesses de mercado sobre a política democrática (MANETTI, 1994, p. 10-13, p. 39-52, p. 95-126, p. 135-156). Neste contexto, ganham inusitada importância a famosa análise “custo-benefício”, ultimamente tão em voga, ou a interpretação do “princípio da eficiência”, ou seja, a adequação entre meios e fins, exclusivamente como “eficiência econômica”, como se a racionalidade de atuação do Estado devesse ser a mesma que a dos agentes econômicos privados no mercado. A negação ou a crítica à racionalidade da política, no entanto, não pode obscurecer o fato de que as decisões dos técnicos são tão discutíveis quanto as dos políticos.

"A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia." Com tal postulado, Douglass North (1997, p. 227) consagrou o entendimento que fora força motriz de escola neoinstitucionalista e, por via de consequência, dos programas do Banco Mundial e da CEPAL em políticas de desenvolvimento econômico da América Latina, sobretudo no Brasil.

Ao idealizar as estruturas institucionais como motor propulsor do desenvolvimento econômico, foram vislumbradas possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo

---

<sup>3</sup> Disponível em: [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/9781464809507\\_Ch03.pdf?sequence=35&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/9781464809507_Ch03.pdf?sequence=35&isAllowed=y)

desenvolvimentista - periférico e tardio, resultante da falência de um Estado providente ou *welferista* - e, como consequência, surge a necessidade premente das reformas de Estado.

Tais reformas seriam concebidas política, intelectual e financeiramente pelo Banco Mundial e outros atores internacionais, que, por meio de suas publicações, relatórios e estatísticas consagram e condicionam os modelos nacionais de desenvolvimento. São veiculados notadamente pelos *The World Bank Legal Review*. (CISSÉ; MULLER; THOMAS; WANG, 2013).

Álvaro Santos aponta - mesmo que refutando - a consagração da doutrina do "Estado de Direito" (ou, com algo próximo do postulado da *rule of law*) como condicionante do discurso e prática de desenvolvimento. A ideia das regras da "*Rule of Law*", da Common Law, e de matriz liberal, deveriam ser o modelo crucial do sistema jurídico para o crescimento econômico. E mais: a previsibilidade, a exequibilidade e a eficácia do modelo jurídico seriam imprescindíveis para uma economia de mercado a florescer. Neste sentido, esclarece (SANTOS, 2006, p. 253):

Law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea's most common expression is the "rule of law" (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere.

A ideia do reformas jurídico-institucionais consagradas e disseminadas hegemonicamente pelo Banco Mundial, em países em via de desenvolvimento na América Latina - com realidades de dimensões históricas, sociais, culturais, econômicas, institucionais e jurídicas diferenciadas. Inúmeros estudiosos do movimento "Direito e Desenvolvimento" corroboram com tal entendimento.

## CONCLUSÃO

O estudo pretendeu elaborar olhar sobre o "estado da arte" constitucionalista na América Latina, notadamente após sua redemocratização ocorrida na década dos anos 80 do século XX. A recepção do constitucionalismo europeu, especialmente o dirigente, traduziu o intervencionismo do Estado na perspectiva de diminuição da forte desigualdade, caracterizadora de toda a sociedade latino-americana. Por outro lado, o esvaziamento deste constitucionalismo decorre de alguns elementos teóricos: 1) no plano interno, pelo papel das tradicionais força econômicas e políticas, contrárias ao tamanho do Estado, agora intervencionista e formado com ampla base popular, porém distante de seus interesse particulares tradicionais; 2) aliança destas forças internas com o Direito Internacional, a fim, de atribuir-se à tentativa política de esvaziamento do constitucionalismo dirigente a legitimação para o sucesso de propostas de desenvolvimento, elaboradas a partir do centro do capitalismo financeiro. Não há maior necessidade de esclarecer o impacto tanto econômico e político, como cultural sobre as sociedades da América Latina. Desta maneira, a exigência do constitucionalismo transformador de realidade do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) pode surgir como opção, vez que seus acúmulo conceitual e debate não são inexistentes, e se deixam materializar pelo fluxo, interação e o conflito de ordens jurídicas - nacionais, regionais, transnacionais e supranacionais que sejam possibilitadores de um modelo de entendimento e aprendizagem do Direito Internacional compatível com as pluralidades locais e com um modelo e um processo de desenvolvimento que consagre a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo; além da incrementador da dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do Direito.

Uma vez que se apresenta enorme dificuldade para ciência jurídica tradicional conceber o fenômeno da transnacionalidade do Direito frente a prescindibilidade estatal, vez que o Estado-nação habita o cerne doutrina do Direito Internacional com viés eurocêntrico, a adoção de um “pacote de instituições corretas”, transplantáveis de ambientes dotados de um *bem sucedido processo de desenvolvimento* é uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos –, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

A realidade acima pontuada revela evidente diferença de identidade existente entre *rule of law*, própria dos países de sistema jurídico vinculados ao *common law* e a matriz desenvolvimentista confeccionadas nas organizações internacionais de amparo ao desenvolvimento para os países periféricos.

As concepções da Escola "Direito e Desenvolvimento" adotada no contexto político-institucional latino-americano, consagra um modelo evidentemente desenvolvido por atores internacionais ativamente envolvidos, incompatíveis com a realidade institucional e constitucional local.

## REFERÊNCIAS

CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang. **The World Bank Legal Review**. Volume 4: Legal Innovation and Empowerment for Development. World Bank Legal Review. Washington, DC: World Bank, 2013. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>. Acesso em: 05 jun. 2017.





**Coordenação:**

João Paulo Allain Teixeira (UNICAP/UFPE)

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FMP-RS/FURG-RS)



## O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E SEUS ATRADORES: OBSERVAÇÕES SOBRE A APURAÇÃO TRANSNACIONAL DA LAVAGEM DE DINHEIRO NA PERSPECTIVA DA SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

**Bernardo Leandro Carvalho Costa**

Doutorando em Direito Público (UNISINOS). Bolsista (CAPES/PROEX).

**Leonel Severo Rocha**

Doutor em Direito (Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris) . Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS).

### INTRODUÇÃO

O pensamento constitucional contemporâneo concebe o constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder por meio de um documento único, a Constituição. A origem dessa perspectiva tem assento no pensamento constitucional francês, com destaque para os trabalhos de Carré de Malberg (1948), como bem observa Jellinek (2000), autor que reforça essa proposta para basear sua Teoria Geral do Estado na Alemanha.

Evidenciadas as limitações dessa perspectiva no âmbito da globalização, a Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016), elaborada para a observação de uma sociedade mundial, passa a ser o ponto de partida teórico das relações constitucionais, ou seja, dos acoplamentos estruturais entre Direito e Política, nesse cenário. Partindo dessa matriz, podem ser observadas, as relações de um Transconstitucionalismo (NEVES, 2009) e a formação de Constituições Transnacionais (THORNHILL, 2016), discussões que representam a síntese de uma Sociologia do Constitucionalismo (FEBBRAJO, 2016).

Todavia, avançando nessa questão, Teubner (2016) demonstra casos de formação de Constituições autônomas fora dos sistemas do Direito e da Política no âmbito da globalização. Calcado na concepção luhmanniana de autopoiese, descreve o fenômeno que denomina de fragmentação constitucional. Nessa perspectiva, há tempo questiona-se as limitações dos sistemas do Direito e da Política no tratamento de questões de natureza global, cujo ponto de observação está fora das comunicações jurídicas e políticas.

Partindo do problema acima evidenciado, o presente trabalho tem como objetivos apresentar concepção de *atradores* entre os diferentes sistemas sociais, demonstrando como eles podem contribuir para retomada da eficácia social do Direito na sociedade mundial. Essa proposta constitui uma das perspectivas do Constitucionalismo Social (ROCHA; COSTA, 2018).

Nessa proposta, tendo como método de análise a Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016), buscar-se-á exemplificar a problemática abordada a partir da demonstração da apuração transnacional do delito de lavagem de dinheiro, com a criação de comunicações políticas, jurídicas e econômicas comuns a nível global.

Sendo assim, apresentar-se-á, em um primeiro tópico, o que se concebe por constitucionalismo social. Para tal, inicialmente far-se-á uma descrição histórica do que se concebe por constitucionalismo, passando pelos autores clássicos dessa concepção, com destaque para as influências francesa (MALBERG, 1948) e alemã (JELLINEK, 2000).

Na sequência, problematizando e evento globalização como o propulsor dos novos desafios do Direito Constitucional, serão evidenciados os trabalhos de autores que adaptam suas teorias para observar os desafios das relações de poder em uma perspectiva global, com destaque para Canotilho (2008) e Ackermann (2007).

Como resposta efetiva a essas tentativas, evidenciar-se-á a proposta da Sociologia das Constituições para a constatação e solução desses problemas de nível global. Nesse diapasão, partindo-se da síntese de Febbrajo (2016), serão demonstrados os trabalhos de Thornhill (2016), Teubner (2016) e Neves (2009). A soma dessas constatações representa o que se denomina de Constitucionalismo Social no presente trabalho (ROCHA; COSTA, 2018).

Partindo-se da possibilidade de observar a temática constitucional a partir das relações entre os diferentes sistemas sociais na concepção de Luhmann (2016), ou seja, de manifestações autônomas do constitucionalismo na sociedade, que não se limitam à esfera estatal, buscar-se-á demonstrar, por um lado, os perigos dos bloqueios na comunicação quando a observação sobre determinado fenômeno é restrita a um sistema social específico.

Solucionando essa problemática, buscar-se-á evidenciar pontos de observação comuns sobre o mesmo fato por diferentes sistemas sociais. Nessa proposta, baseando-se nos trabalhos de Luhmann (2016) e Teubner (2007), demonstrar-se-á a concepção de *atratores* na Teoria dos Sistemas sociais e no âmbito do Constitucionalismo Social.

Em aportes conclusivos, exemplificando-se a concepção sistêmica de *atratores*, demonstrar-se-á como a articulação transnacional para a apuração dos crimes de lavagem de dinheiro, com ênfase acerca de sua recepção no Brasil, é um dos casos que evidenciam esse ponto de observação comum entre os diferentes sistemas sociais para a solução de um caso de natureza global.

## **DA CONSTITUIÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

Os teóricos clássicos da teoria constitucional costumam designar co constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder por meio de um documento único (Constituição). Essa é a síntese de Bobbio (1987) sobre esses estudos.

Destacam-se nessa construção as obras de Carré de Malberg (1948) na França e Jellinek (2000) na Alemanha. Sobretudo evidenciando uma indistinção entre a teoria constitucional e a teoria geral do Estado, referidos autores sustentavam a necessidade de existência de uma Constituição, documento único que regulasse o exercício do poder do Estado sobre o seu povo dentro de determinado território. Assim, os elementos constitutivos da estrutura estatal e o texto constitucional passaram a ser questões centrais na análise do constitucionalismo.

Não por acaso, se observarmos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a preocupação demonstrada na análise constitucional é a existência de um texto que contenha

determinados elementos considerados essenciais para a limitação do poder estatal. Nesse sentido: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (artigo 16).” (DECLARAÇÃO, 2019).

Em tal perspectiva, baseada na relação territorial de determinado Estado, os cidadãos que com ele possuem um vínculo e o texto que garante a limitação do poder, a teoria constitucional avançou ao longo da história como uma disciplina centrada na análise textual das constituições, com destaque para a formação da hermenêutica constitucional.

Os debates do século XX, com destaque para as relevantes contribuições de Kelsen (2003) e Schmitt (2007), ilustraram as alterações de diferentes momentos do positivismo jurídico, antes sintático, baseado na análise do texto legal e sua relação em termos de correta organização gramatical, que passava a ter ênfase em seu aspecto semântico (WARAT; ROCHA, 1997), principalmente após a relevante concepção de Kelsen (2015) acerca da norma jurídica como modo de observar o sentido objetivo dos atos de vontade para o Direito. No pensamento de Kelsen (2005, p. 15):

A conduta fixada pelas normas de um ordenamento jurídico estatal é apenas a conduta de homens que vivem no território do Estado ou- quando vivem em outra qualquer parte- são cidadãos desse Estado. Diz-se que a ordem jurídica estadual apenas disciplina a conduta de indivíduos por esta forma determinados, que apenas estes indivíduos estão submetidos à ordem jurídica estadual, ou seja, que o domínio pessoal de validade é limitado a estes indivíduos.

De toda forma, como se destaca no presente trabalho, apesar dos avanços no âmbito teórico, o modo de observação da teoria constitucional permaneceu vinculado ao sentido do texto da Constituição, vinculada a determinado território estatal.

Em termos de epistemologia do Direito, conforma a concepção de Rocha (2013), podem ser destacadas as influências das matrizes analítica e hermenêutica na observação do Direito Constitucional. Uma terceira matriz epistemológica, a pragmático-sistêmica, viria a ser a base teórica para a observação dos atuais desafios do constitucionalismo na globalização, conforme se demonstrará a partir dos estudos em Sociologia das Constituições.

Todavia, ainda sem a influência da sociologia sistêmica, aos poucos relevantes autores do Direito Constitucional passaram a apontar a necessidade de alteração de foco na análise do Direito como instrumento de limitação das relações de poder. Nesse sentido, nos Estados Unidos, destaca-se o relevante trabalho de Ackermann (2007), destacando a importância de se afastar de um modelo “provincialista” de constitucionalismo, abrindo-se, aos poucos, para o influxo dos efeitos da globalização sobre o fenômeno constitucional. Em linha semelhante, Tushnet (2009) evidencia a “inevitável globalização do Direito Constitucional”.

Em outro continente, Canotilho (2008), já sob a influência da sociologia sistêmica, elabora o conceito de Interconstitucionalidade, destacando o movimento de Transnacionalidade do Direito Constitucional entre os países integrantes da União Europeia. Destaca-se que Canotilho, até então, concebia a Constituição em seu sentido histórico e formal, a exemplo dos estudos de Malberg (1948) e Jellinek (2000), como é ilustrativa a seguinte passagem:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. (CANOTILHO, 2003, p. 51-52).

Aos poucos, portanto, a teoria constitucional foi se afastando da observação do constitucionalismo guiada por pressupostos vinculados à Teoria do Estado, destacando a articulação transnacional de normas e problemas constitucionais. No caso de Canotilho (2008, p. 258), a vinculação com a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann foi imprescindível:

Neste contexto, se as teses evolutivas de N. Luhmann acerca da Constituição pareciam impor-se progressivamente, o direito constitucional europeu insinua precisamente o contrário. Não obstante as cautelas transportadas nos princípios de atribuição, de subsidiariedade e de proporcionalidade, dir-se-ia que a Constituição Europeia procura reaglutinar um esquema dirigente por meio do direito constitucional

Como ponto de impulsão para essa mudança destaca-se, como fato histórico, a disseminação da globalização econômica após a queda do Muro e Berlim na década de 1990. O final do século XX e o início do século XXI alçaram uma série de problemas, antes vinculados aos estados nacionais, ao patamar global. Sendo assim, comparando-se ao tradicional modelo de constitucionalismo, os novos desafios de Direito Constitucional apresentam um panorama consideravelmente distinto:

É assim como haveria de se formular a diferença entre a questão da Constituição estatal dos séculos XVIII e XIX e a “questão constitucional” de hoje. Se então, na Alemanha, se tratava de disciplinar o poder político absoluto por meio de sua vinculação jurídica, hoje se trata de disciplinar dinâmicas sociais completamente distintas. (TEUBNER, 2005, p. 73).

Na perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) tal fenômeno significa não apenas o impulsionamento da diferenciação funcional, mas a abrangência em observar a autonomia dos sistemas sociais no panorama da sociedade mundial.

Sobre esse aspecto, há de se observar a facilidade de determinados sistemas sociais, como a Economia por exemplo, em disseminar suas comunicações e decisões ao redor da sociedade mundial, ao passo que outros sistemas sociais, como o Direito e a Política, perdem a efetividade de suas decisões nesse cenário globalizante. Como destaca Teubner (2003, p. 13):

[...] enquanto a política apenas atingiu, na forma das “relações internacionais”, um estado de “proto-globalidade”- quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos-, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos

Para Luhmann (2016), a Constituição representa o acoplamento estrutural entre os sistemas da Política e do Direito. Nesse sentido, em cada decisão tomada pelo centro do Sistema da Política (o Estado) há de se constatar o fundamento jurídico de sua legitimidade, sob ponto de intervenção do próprio Sistema do Direito, por meio de sua organização central (o Tribunal).

Observa-se, nessa constatação, que Política (Estado) e Direito (Tribunal) possuem suas organizações encarregadas de tomar decisões ainda centradas nos Estados nacionais, apesar de, na globalização, se depararem com problemas de natureza global, a exemplo da apuração transnacional de lavagem de dinheiro, como será demonstrado a seguir. Nessa discrepância, como poderia ser retomada a efetividade das decisões da Política e do Direito no cenário da globalização? A Sociologia das Constituições pode dar uma resposta efetiva a essa circunstância?

De qualquer modo, a problemática acima evidenciada é um tema que justifica a elaboração de uma Sociologia das Constituições. Partindo-se da análise dinâmica dos diferentes sistemas sociais em escala global, é possível verificar os casos em que a observação jurídica resta ofuscada por observações de outros sistemas sociais. Por outro lado, a partir dessa observação, questiona-

se há pontos possíveis de articulação nessa observação, com vistas a retomar a eficácia social do Direito na globalização.

## **A (IN)EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO E OS ATRADORES**

Utilizando-se do arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas Sociais para observar os fenômenos constitucionais, a Sociologia das Constituições cresce como um ramo de estudos apto a constatar e propor alternativas aos desafios do constitucionalismo na globalização. Nesse diapasão, sabendo-se que, para Luhmann (2016), a Constituição medeia as relações entre os sistemas do Direito e da Política como um acoplamento estrutural, relevantes autores têm se debruçado sobre a análise histórica de formação dos processos constitucionais. A título de exemplo, menciona-se o sofisticado trabalho de Thornhill, sobre o que denominou de funcionalismo histórico (2011) e Constituições Transnacionais (2016).

Não deixando de mencionar os importantes estudos de Neves (2009) acerca do fenômeno transconstitucional e de Febbrajo (2016) sobre uma síntese desse ramo de estudos, as pesquisas de Teubner têm intermediado boa parte das discussões sociológicas e constitucionais da atualidade.

Demonstrando o modo como a comunicação jurídica (jurídico-constitucional na perspectiva do autor) tem se manifestado para além dos sistemas parciais do Direito e da Política, Teubner (2016) evidencia a dificuldade de se fazerem observações jurídicas acerca de diversos fenômenos ocorridos no âmbito da sociedade mundial. Tal afirmação confirma a dificuldade dos sistemas tradicionais do Direito e da Política em se enquadrarem na perspectiva de uma sociedade mundial. Como destaca Teubner (2016, p. 1707-108):

O abrangente acoplamento estrutural entre política e direito- como observou Luhmann em relação às constituições do Estado Nacional- claramente não encontra nenhuma correspondência no plano da sociedade mundial. [...] Trata-se então de uma situação de autofundação constitutiva de setores da sociedade mundial, sem que tenha o suporte constitucional do direito e da política?

Tal fase de construção teórica de Teubner evidencia um estágio avançado de construção de comunicação jurídica que foge das tradicionais estruturas jurídico-políticas do Estado nacional. Anteriormente a esses estudos, todavia, Teubner (2005) demonstrava a formação policontextual da sociedade, que não necessariamente possui o Direito como centro de comunicação sobre todos os fatos do mundo.

Em “Direito regulatório: a crônica de uma morte anunciada” (2005), Teubner utiliza-se da literatura de Gabriel Garcia Marquez para demonstrar como, em um pequeno vilarejo da Colômbia, uma comunidade inteira, ao observar o assassinato de Santiago Nassar, imuniza-se do código de comunicação jurídica para observar determinado fato como um código moral.

Algo que representaria claramente um homicídio no plano jurídico passa a não representar sob a capa da “legítima defesa da honra”. Nesse sentido, como destaca Teubner (2005, p. 28):

O idioma da honra imuniza-se contra o idioma do direito. A lógica própria do discurso sobre a reparação da honra o proíbe de ser formulado em categorias jurídicas. A crônica expressa isso da seguinte maneira: ‘as questões de honra são lugares sagrados aos quais só os donos do drama têm acesso’. [...] não pode ser colocada sob a binaridade contingencialmente aberta ao lícito/ilícito, a não ser sob pena de uma autonegação de sua tarefa.”

Trazendo a análise de Teubner para o contexto da relação entre os fragmentos constitucionais, destaca-se dificuldade semelhante em demonstrar a relevância das observações

de cunho jurídico acerca de fatos de natureza global. Por muitas vezes, ilícitos de natureza global são observados sob o ponto de vista estritamente econômico (lucro) pelos sistemas da Política de determinados países. Os países prejudicados, por sua vez, possuem como solução a esse impasse tão somente as estruturas tradicionais de organizações centradas dentro de determinado território estatal. Assim, seus tribunais e o próprio Estado no tocante a suas decisões coletivamente vinculantes encontram-se incapacitados para o tratamento desses problemas.

Quando um fenômeno que princípio seria jurídico não é observado pela codificação binária própria da juridicidade, pode-se falar, como afirma Teubner (2005, p. 31), em perda da eficácia social do Direito:

[...] a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.

A exemplo do contexto de imunização do código do Direito demonstrado na crônica de Gabriel Garcia Marquez, pode-se exemplificar com diversas questões práticas a dificuldade do Direito Constitucional, calcado em seus pressupostos tradicionais descritos anteriormente, para o tratamento de questões de natureza global. Uma dessas situações, selecionada para o presente trabalho, é a apuração do delito de lavagem de dinheiro, considerando-se a evolução histórico da persecução desse crime.

Trata-se de um delito cujo *modus operandi* alterou-se de uma série de procedimentos realizados no âmbito dos Estados nacionais para a necessária remessa de dinheiro para países no exterior. Referida evolução dificultou o mapeamento do dinheiro envolvido nesse tipo de crime, afinal, as estruturas jurídicas e políticas do país prejudicado prescindiriam sempre de informações oriundas de outros países e agentes do exterior.

Ocorre que, em um momento inicial, os países e agentes, instituições financeiras principalmente, observavam o recebimento de valores envolvidos na lavagem de dinheiro sob a ótica econômica (obtenção de lucro), desconsiderando a possível ilicitude desses atos. Tal atitude evidenciava, nos termos utilizados por Teubner (2005, p. 31), uma perda na eficácia social do Direito.

Seguindo-se na perspectiva de uma observação policontextual sobre o mesmo fenômeno (Teubner, 2005), caberia indagar-se, após essa constatação, se o arcabouço teórico da sociologia constitucional forneceria alguma alternativa para a retomada da eficácia social do Direito. Segundo Teubner (2005, p. 41), seria possível identificar um ponto fraco nesse tipo de observação.

Levando-se em conta o exemplo ora selecionado, a apuração do delito de lavagem de dinheiro, destaca-se a formação do *Financial Action Task Force* (FATF), um grupo formado por representantes de diversos países e instituições financeiras, criado a partir da ideia de governança, ou seja, de reunir atores públicos e privados para a solução de problemas comuns. Referido grupo, unindo representantes de diferentes segmentos da sociedade preocupados na solução de problemas de natureza global, possui forte ênfase no combate à lavagem de dinheiro.

Um dos fatos propulsores do Grupo foi a constatação da prejudicialidade da lavagem de dinheiro a todos os segmentos envolvidos. Os países de origem do dinheiro lavado possuem o prejuízo de perda desses valores, com a difícil tarefa de mapear as transações ilegais. Os países que recebem o dinheiro, por sua vez, lavam esses ativos, que retornam ao país de origem para serem utilizados. Os diversos agentes econômicos, de bancos e outras instituições, sofrem prejuízo com a imprevisibilidade dessas transações, em um Sistema da Economia que possui natureza global. Em síntese, identificar o “ponto fraco” da observação estritamente econômica da

lavagem de dinheiro foi a solução para sustentar a importância da retomada da eficácia social do Direito nesse aspecto.

Cientes da importância de se ter estruturas jurídicas e políticas efetivas no interior dos Estados nacionais para o combate à lavagem de dinheiro, buscou-se a construção de mecanismos para a retomada de efetividade do Direito acerca desse delito nos diferentes países. Um dos impulsionamentos para essa observação ocorreu na década de 80, na onda de “guerra às drogas”, momento de efervescência do delito de lavagem de dinheiro em escala global. Em termos jurídicos, destaca-se a menção do nível transnacional desse delito na Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). (MACHADO, 2010, p. 142).

Nessa onda de reconhecimento da transnacionalidade do delito de lavagem de dinheiro, com surgimento no ano de 1989, o Grupo de Ação Financeira Internacional passou a emitir recomendações oriundas de reuniões entre seus membros. Tais recomendações serviriam como base para que os diferentes países adotassem legislação condizente com as especificidades da apuração transnacional da lavagem de dinheiro. Os membros do sistema financeiro, por sua vez, se encarregariam de encaminhar aos Estados os dados necessários acerca de transações suspeitas ocorridas a nível global.

As atuais 40 Recomendações (FATF, 2019) surgiram no ano de 1990, sendo atualizadas em 1998, 2001, 2003 e 2012. No ano de 1998, seguindo as recomendações do Grupo, o Brasil editou sua primeira lei sobre lavagem de dinheiro (BRASIL, 1998), coincidindo com a criação do COAF, uma das exigências das recomendações. Em 2012, seguindo as atualizações recomendadas, o Brasil editou sua segunda lei sobre o tema (BRASIL, 2012), adequando a legislação nacional aos parâmetros transnacionais de apuração de lavagem de dinheiro.

Em resumo, a articulação entre atores dos sistemas Político (representantes dos Estados) e da Economia (representantes de bancos e instituições financeiras) devolveram a capacidade do Sistema do Direito dos países envolvidos de imputarem qualificação jurídica aos delitos de lavagem de dinheiro ocorridos em âmbito global.

Por meio da troca de informações entre países, principalmente pela alimentação contínua de um sistema acerca de transações suspeitas mantido pelas entidades bancárias, a Rede de Segurança (*Egmont Secure Web*), é possível observar fatos prejudiciais aos diferentes países, ocorridos fora deles, mas que podem ser apurados pelos tribunais do próprio Estado nacional. Como destaca Maira Rocha Machado (2010, p. 144):

O sistema atribui a um conjunto de pessoas físicas e jurídicas que atuam direta ou indiretamente no sistema financeiro- bancos, corretoras, agências de seguros, casas de câmbio, cartões de crédito, bingos, etc- o dever legal de identificar clientes, manter arquivos e comunicar transações acima de determinado valor ou consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro.

A partir da troca de informações entre países e instituições financeiras, cuja utilização como matéria probatória é autorizada pela legislação brasileira (BRASIL, 2012), boa parte dos processos da operação Lava Jato fundamentou-se para a apuração de lavagem de dinheiro ocorrida por meio de remessa ao exterior. Sobre esse aspecto, demonstrou-se como grande parte das decisões envolvendo lavagem de dinheiro utilizou-se de “cooperação jurídica internacional”, além de a maioria das decisões mencionar um parâmetro internacional de legislação, com destaque para o “Estatuto de Roma para o Tribunal Internacional”. (COSTA, 2018).

Em síntese do acima demonstrado, observam-se diferentes movimentos no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais. Evidenciou-se modo como o fenômeno da globalização impôs dificuldades à tradicional concepção de Direito Constitucional, principalmente por alçar ao



patamar global diversos fenômenos jurídicos, a exemplo do delito de lavagem de dinheiro, que envolve necessariamente a remessa de valores ao exterior.

Não sendo suficientes os pressupostos da Teoria Geral do Estado para o tratamento dessas questões, ou seja, a existência de uma Constituição que limitasse as relações de poder dentro de um território soberano, a Teoria dos Sistemas Sociais, por sua vez, serviu para detectar o modo como as estruturas dos sistemas do Direito (tribunais) e da Política (Estado) perderam suas condições de apuração de determinados fatos jurídicos ocorridos na globalização. Um deles, selecionado para exemplificar a presente questão, é a apuração da lavagem de dinheiro.

Levando-se em conta a concepção de Teubner (2005) acerca de uma sociedade policontextural, tal ponto de observação, estritamente econômico em perspectiva sistêmica, representaria a perda da eficácia social do Direito na globalização. Ou seja, historicamente, os Estados e instituições financeiras não observavam essa movimentação como algo ilícito, mas sim como oportunidade de obter lucratividade oriunda de valores que chegavam de outros países, declarados ou não.

Todavia, diante dessa perda da eficácia social do Direito, houve um momento em que se identificou o “ponto fraco” dessa observação. Demonstrou-se o modo como a lavagem de dinheiro era, na verdade, prejudicial a ambos os países (origem e destino), bem como para o Sistema da Economia em escala global.

A partir dessa constatação, atores do Sistema da Política (representantes dos Estados) e do Sistema da Economia (agentes econômicos) encontraram um ponto de observação comum acerca do delito de lavagem de dinheiro. Para sua apuração em nível transnacional, além da articulação entre eles, necessitariam de legislação comum, semelhante nos países envolvidos e tribunais nacionais capazes de aplicar essas leis e utilizar as informações oriundas das trocas entre tais atores.

Essa articulação culminou na retomada da eficácia social do Direito, afinal, tanto para agentes econômicos quanto estatais, a lavagem de dinheiro a nível global, antes observada sob a ótica da lucratividade, passou a ser constatada como um ilícito a ser combatido. Assim, a comunicação jurídica tornou-se central no debate global acerca desse crime.

A nível global, na medida em que interesses comuns passaram a permear pelo menos 03 (três) sistemas sociais (Economia, Política e Direito) pode-se identificar que há um atrator nessa articulação transnacional. Não há mais uma observação estritamente lucrativa (Sistema da Economia), nem mesmo um atuar baseado no poder estatal (Estado), mas sim uma observação jurídica, ao mesmo tempo em que é lucrativa e utiliza-se do poder necessário para a sua efetividade.

Em nível teórico, Teubner (2005) é incisivo ao ilustrar que:

[...] sistemas auto-organizacionais levam, por fim, à estabilidade, pois são capazes de construir, mediante a aplicação constante e recursiva de suas operações a si mesmas, valores próprios estáveis. [...] Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral, ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de uma maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.

Portanto, evidenciou-se o modo como, a partir da constatação de possíveis bloqueios na comunicação jurídica, é possível, identificando-se o “ponto fraco” da observação, articular

interesses em comum dos diferentes sistemas sociais na comunicação. Tal dinâmica é explicada, em teoria, pela lógica dos atratores.

## CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do presente trabalho, a tradicional concepção de constitucionalismo surge atrelada à teoria geral do Estado fundada em seus elementos constitutivos, que baseiam a necessidade de se ter uma Constituição enquanto documento único, limitando o exercício do poder do Estado dentro de seu território. Tal perspectiva é perfeitamente ilustrada pelos relevantes trabalhos de Malberg (1948) na França e Jellinek (2000) na Alemanha.

Tal perspectiva, no tocante à relação entre o Direito Constitucional e os elementos caracterizadores da Teoria do Estado não restou alterada pelos maiores pensadores do constitucionalismo no século XX. Nesse sentido, a concepção de Constituição permaneceu vinculada a ideia de um documento único que limita o exercício do poder político dentro de determinado território.

Todavia, no final do século XX, com o avanço do fenômeno da globalização, impulsionado pela queda do Muro de Berlim, alçando a economia a nível global, uma série de problemas antes resolvidos no âmbito dos estados nacionais passou a ter escala mundial. Um desses problemas, atinente ao Sistema do Direito, é a lavagem de dinheiro, utilizado como exemplo no presente trabalho.

Para esse tipo de observação, as teorias tradicionais do Direito Constitucional não são capazes de fazer constatações ou apresentar alternativas de solução, afinal, não se trata mais de respeitar determinada Constituição escrita nos limites territoriais do Estado. Trata-se, acima de tudo, de destacar como esses problemas fogem ao patamar antes atribuído ao Direito Constitucional.

Em início dessa constatação, foram destacados os trabalhos de Ackermann (2007) nos Estados Unidos e de Canotilho (2008) na Europa. Este último com a utilização de alguns pressupostos da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016). Tratam-se de relevantes observações, assim como a de Tushnet (2009), afinal, o cenário de debates constitucionais do século XX, apesar da relevante divergência entre Kelsen (2003) e Schmitt (2007), não desvinculou o constitucionalismo dos limites do território nacional.

Assim como serviu para a observação de Canotilho (2008) em sua virada de parâmetro, a Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) serve para constatar os limites de determinada observação jurídica, assim como para permitir articulações entre pontos de observação que sejam úteis para a persecução de um ponto em comum.

Acerca do delito de lavagem de dinheiro, mostrou-se, por meio da Teoria dos Sistemas Sociais, a limitação dos tradicionais sistemas do Direito e da Política para o enfrentamento de problemas constitucionais na era da globalidade. Por um lado, as decisões do Sistema da Política não apresentando mais a sua tradicional vinculação coletiva. Por outro lado, a comunicação jurídica não permeando mais as observações acerca da lavagem de dinheiro a nível global, cuja lucratividade limitava o atuar dos agentes envolvidos. Ademais, observou-se a incapacidade dos centros de tomada de decisões do Sistema do Direito (tribunais), vinculados ao interior dos países, para decidirem nesses casos.

Depois dessa constatação, cujo exemplo foi mencionado por Teubner (2005) em alusão à obra literária de Gabriel Garcia Marquez (Crônica de uma morte anunciada), passou-se a observar

o lado prescritivo dessa observação, ou seja, a possibilidade de encontrar interesses em comum para os diferentes sistemas sociais.

Para Teubner (2005), baseado em elementos da obra de Luhmann (2016), tal articulação é baseada na concepção teoria de atratores, de pontos em comum que guiam a observação de diferentes atores, de diferentes sistemas sociais, para a mesma dotação de sentido de determinado fato.

Como exemplo dessa solução, demonstrou-se o modo como a articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro, por meio do Grupo de Ação Financeira Internacional, une, ao mesmo tempo, uma observação jurídica, econômica e politicamente relevante. Em termos de observação jurídica, tal agir, para além da lucratividade observável pelos agentes econômicos e das relações de poder descritas pelos atores políticos, resultou na retomada da eficácia social do Direito a nível global.

Em conclusão, afirmar-se que só é possível falar em referida articulação a partir do momento em que se avança no âmbito do Direito Constitucional, para além de suas concepções tradicionais. Pra tal, como se viu, é imprescindível o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) para constatar os limites do agir dos sistemas do Direito e da Política em escala global, bem como para demonstrar o modo como a Economia, por sua vez, possui facilidade nesse âmbito de atuação.

Para além dessa constatação, cuja Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) é imprescindível, a própria articulação oriunda dessa observação é possibilitada teoricamente no âmbito do que se denomina de atratores (TEUBNER, 2005), pontos em comum para diferentes sistemas sociais na observação. Na concepção de Teubner (2005, p.38):

Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral, ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de uma maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.

Sendo assim, para a constatação de problemas e proposição de soluções em casos de natureza global, cuja lavagem de dinheiro é um dos exemplos, faz-se imprescindível o fortalecimento de uma Sociologia das Constituições, tendo como base teórica a Teoria dos Sistemas Sociais. Atualmente, como se viu, a problemática constitucional envolve a observação da dinâmica de diferentes sistemas sociais, para além do Direito e da Política. No presente trabalho, a título ilustrativo, viu-se a importância do agir do Sistema da Economia em questões envolvendo Direito e Política nos Estados.

Na medida, portanto, em que havia uma bloqueio na comunicação, a partir da observação baseada estritamente em valores próprios dos diferentes sistemas sociais envolvidos nas repercussões do delito de lavagem de dinheiro, necessitou-se de uma perturbação externa de distintas observações simultâneas (jurídicas, políticas e econômicas) para que uma solução e conjunto representasse um atrator ao mesmo tempo interessante para Direito, Política e Economia.

Em dias atuais, o fenômeno constitucional se manifesta na sociedade como um todo, em diferentes sistemas sociais. Trata-se de sustentar a necessidade de uma observação interdisciplinar e policontextual (TEUBNER, 2005) sobre os problemas jurídicos. No caso ora e análise, a articulação de observações partindo de 03 (três) diferentes sistemas sociais demonstrou-se imprescindível para a solução do problema jurídico apresentado. Atualmente, sem

a consideração de uma teoria jurídica interdisciplinar, como é a Teoria dos Sistema Sociais, é impossível resolver as questões de direito apresentadas no processo de globalização.

Atualmente, as questões constitucionais se manifestam no âmbito de diferentes sistemas sociais, sendo necessária, a partir de observações de segunda ordem, a existência de atratores para a solução desses problemas. A síntese dessas questões é resuvida no que se denomina de constitucionalismo social (ROCHA; COSTA, 2018), um Direito Constitucional que se apresenta para além dos tradicionais sistemas sociais do Direito e da Política.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89-111.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm)>. Acesso em 08 jun. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1982.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos Tribunais: uma análise sociológico-sistêmica da Operação Lava Jato**. Dissertação de Mestrado Acadêmico - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo (RS), 2018.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: < [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2019.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

- MACHADO, Máira Rocha. As estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In. NEVES, Marcelo (org.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 131-155.
- MACHADO, Máira Rocha Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, 37: 330-366.
- MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TEUBNER, Günther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. Impulso: **Revista de Ciências Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 14, p. 13, 2003.
- TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.
- TEUBNER, Günther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.
- THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambrigde, 2016.
- TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

**Fernando Rister de Sousa Lima**

Doutor em Direito (PUC/SP-UNIMC, Itália). Pós-doutor em Direito (USP-UNIFRANKURT, Alemanha).

**Orlando Villas Bôas Filho**

Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor (Université de Paris-Nanterre; Ecole Normale Supérieure de Paris). Professor Adjunto de Direito (FDIR-UPM).

### INTRODUÇÃO

No primeiro dia de aula do primeiro semestre da disciplina Teoria Geral do Direito – ou sob a nomenclatura Introdução ao Estudo do Direito (IED)<sup>1</sup> –, o professor pergunta aos alunos por que escolheram cursar a Faculdade de Direito. A resposta, quase sempre, gira em torno da busca por justiça ou outro valor que materialize este sentimento. O vernáculo corrente no cotidiano forense diz respeito à justiça ou à injustiça de determinada decisão. Estudar o ideário de justiça (DE CICCIO, 2006). permanece atual.<sup>2</sup> Além do mais, o desenvolvimento econômico do homem e do Estado alterou por completo o contexto social e, com ele, a ideia do justo (LUHMANN, 1990a, p. 315-316). O direito positivo não vem mais fundamentado em valores imutáveis; pelo contrário, a constante alternância do seu conteúdo passa a legitimá-lo (LUHMANN, 1990a, p. 319). Essa alteração paradigmática interfere demasiadamente no processo de decisão legal. Não se pode limitar as interpretações normativas, mas sim a possibilidade decisional de controvérsias jurídicas, em todos os âmbitos (VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 141-142).

---

<sup>1</sup> Algumas instituições recentemente adotaram a nomenclatura “Teoria Geral do Direito”, como a Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FDIR-UPM), outras “Teoria do Direito” e boa parte ainda conserva as tradicionais “Introdução ao Estudo do Direito” ou “Introdução à Ciência do Direito”. Na temática justiça, encontram-se as mais diversas posições sobre o tema, seja no plano da Teoria do Direito, da Filosofia ou mesmo da Sociologia Jurídica. Entre tantos, convém mencionar Hans Kelsen, que se debruçou sobre o assunto de forma exauriente e possui diversos trabalhos. Para o mestre de Viena, a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana. Sendo, pois, o ideal de justiça algo subjetivo, chega-se à beira da irracionalidade. Até o presente, ressaltam-se livros já traduzidos para a língua portuguesa: *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *O problema da justiça*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ao contrário, Rawls (1997) valoriza a justiça e a coloca como condição de manutenção das leis. Significa dizer: leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas quando são injustas. Porém, ressalta ser uma injustiça tolerável se for crucial para evitar injustiça maior. Sobre a justiça, transcreve-se o seguinte trecho: “Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.” (RAWLS, 1997, p. 7).

<sup>2</sup> Nesse ambiente social, a função do direito, num leviano resumo, ao longo da história, tem-se centrado em educar, sanar e punir. O aplicador da norma constrói uma decisão com intuito de educar o infrator: a pena deve ser suficiente, e não mais do que isso, para ensiná-lo a não mais repetir a conduta, segundo a clássica conquista iluminista. O Estado obriga o causador do ilícito a indenizar o dano e assim oferece à vítima uma restauração ao estado anterior à lesão. Ora, é preciso punir o agente delituoso, substituindo o particular que o faria pela justiça privada, como uma prestação de contas sociais. As regras foram desrespeitadas; é preciso vingar o Estado e a sociedade (LUHMANN, 1990a, p. 315). Ver ainda, ora sob o foco das decisões judiciais, mas também num enfoque histórico, a obra de Teresa Arruda Alvim Wambier: Brevíssima retrospectiva histórica, para desembocar no “Estado de direito”, no direito codificado e na tripartição das funções dos poderes (O princípio da legalidade e a necessidade de motivação das decisões). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.13-98. Identifica-se, ainda, na Revolução Francesa – sob a falsa ideologia de fraternidade, igualdade e liberdade – àqueles em serviço dos interesses da burguesia. Sobre a Revolução Francesa, consultar: DE CICCIO (2006, p. 163-175).

O objeto desta pesquisa é justamente identificar e descrever a justiça realizada pelo direito. Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-ão conceitos extraídos da teoria dos sistemas, de autoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann, em razão de a teoria ter buscado fornecer subsídios de consistência às decisões judiciais, mediante o autocontrole do subsistema do direito. Superou-se a tese do jusnaturalismo e, ainda, evitou-se o risco de reducionismo da decisão a mero ato decisório sem compromisso com a função do sistema jurídico (CAMPILONGO, 1998, p. 56; LUHMANN, 2002, p. 281). Este avanço em relação aos positivistas e a desqualificação daqueles (jusnaturalistas) talvez tenha sido responsável pela sua classificação como neopositivista, com a ressalva de que os luhmannianos não aceitam tal rótulo.

Da fórmula de contingência, extraiu-se qualquer atuação cunhada sob valores ideais para simplesmente não adentrar os campos da virtude e dos princípios. A matriz luhmanniana da justiça, portanto, destoa por completo da alusão ao direito natural por não acreditar que a própria natureza seja justa, ao menos compreensível a olhos nus, daí não existir obrigatoriamente uma relação entre o justo e o natural (LUHMANN, 1993a, [trad. esp., p. 280-281]). Por isso, em vez de presunções sobre a natureza, criam-se suposições de autoespecificações como conclusão circular. As fórmulas de contingências, vistas de todos os subsistemas, referem-se à diferença entre indeterminado e determinado. O caminho para observar o inobservável é substituir uma diferença por unidade, uma vez que as diversas possibilidades comunicativas (contingência) também fazem parte do subsistema do direito (LUHMANN, 2002, p. 282). A decisão jurídica, na ótica da teoria sistêmica, é uma norma que representa um critério de solução.

## PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS DA JUSTIÇA SISTÊMICA

A justiça do direito é sempre contingente (i): não há que se falar em justiça mediante conquista de valores outrora concebidos como imutáveis. A mudança de sentido nas operações jurídicas é sempre possível na sociedade complexa. A multiplicidade de escolhas sociais prepondera. A operação de seletividade dos sistemas parciais escolhe os valores que sua comunicação pontuará (LUHMANN, 1990a, p. 348).<sup>3</sup> A função do direito (ii) é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo, combatendo as decepções (VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 143-144). O sistema jurídico não aceitará o seu não cumprimento como certo e continuará a lutar pela sua efetivação. Manter-se-á, no ambiente social, a expectativa de serem cumpridos os valores escolhidos pelo próprio sistema. A complexidade do ambiente social (iii), cuja pressão é cada vez maior, exige prestações que o subsistema do direito não pode cumprir. Transformar, então, essa elevada complexidade de modo a torná-la adequada ao sistema é missão da justiça como fórmula de contingência (LUHMANN, 1990a).<sup>4</sup>, isto para o sistema de decisão corresponder melhor ao seu ambiente. O sistema jurídico precisará transformar a complexidade social em comunicação jurídica para, a partir daí, levá-la à decisão. Somente assim, poder-se-á ter uma

---

<sup>3</sup> “Che cosa possa essere la giustizia nella società moderna, non è possibile stabilirlo in guisa dell’interpretazione di una norma o di un valore, ad esempio, mediante esegese del concetto di eguaglianza, ma può risultare solo dall’accordo con altre variabili che determinano il sistema giuridico in dipendenza da determinate condizioni ambientali. Costatazione sulla giustizia dipendono, quindi, anche dal fatto che per il sistema giuridico possano essere operazionalizzate asserzioni sulla varietà, l’interdipendenza o la generalizzazione.” (LUHMANN, 1990a, p. 348).

<sup>4</sup> No entendimento de LUHMANN (1990a, p. 348-349): “1) Un sistema di decisione corrisponde meglio al suo ambiente nella misura in cui può rappresentare al suo interno complessità esterna e portarla a decisione, vale a dire, può decidere adeguatamente. Ciò richiede una ricostruzione non solo della grandezza e della varietà dell’ambiente, ma anche delle interdipendenze dell’ambiente nel sistema. Una tale comprensione delle interdipendenze esterne, tuttavia, incontra presto difficoltà che, allo stato attuale a quello prevedibile per il futuro della tecnica della decisione, sono considerate insuperabili. Ogni sistema di decisione, perciò, retrocede su criteri e procedimenti di riduzione della complessità.”.

decisão adequada (LUHMANN, 1990a, p. 321). O subsistema do direito absorve, pois, a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que, na sequência, propicia a emissão da decisão. Cada sistema parcial tem a sua própria comunicação e exclusivamente por ela agir: o subsistema da economia comunicar-se-á pela comunicação dinheiro/não dinheiro, o mesmo valendo para outros subsistemas. Não há que se falar em outra justiça que não aquela ligada à comunicação do sistema jurídico.

## A FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA COMO CONSISTÊNCIA INTERNA E ADEQUAÇÃO SOCIAL

A partir de sua teoria dos sistemas, Niklas Luhmann considera que a justiça, no contexto da sociedade moderna funcionalmente diferenciada<sup>5</sup>, realizar-se-ia por meio de “fórmula de contingência” (*Kontingenzformel*) do sistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer controles de consistência e de adequação às decisões jurídicas.<sup>6</sup> Trata-se de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não é identificável com a natureza, pois isso seria inaceitável em função da fundamentação metafísica que implicaria, mas, por outro, não se reduz à simples decisão que conduziria ao decisionismo. Essa forma de autocontrole, proporcionada justamente pelo conceito de justiça, implica que, no cumprimento dessa função, seja reelaborada (LUHMANN, 1993a, p. 218). Note-se, entretanto, que a descrição da justiça como fórmula de contingência consiste na perspectiva de uma observação externa, ou seja, sociológica, nos termos indicados anteriormente. No interior do sistema jurídico, porém, a justiça remanesce, segundo Luhmann, como ideia, valor ou princípio (LUHMANN, 1993a, p. 280).

### Justiça não axiológica

A justiça, diferente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias que a ela se referem, deixa de apresentar qualquer conotação valorativa prévia, passando a ser apenas símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna estreitamente relacionada à função de estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito (CLAM, 1997, p. 207). Não se trata, portanto, de norma superior (*Übernorm*) colocada para além do subsistema jurídico, a partir da qual seria possível avaliá-lo criticamente.<sup>7</sup> Luhmann critica vivamente essa axiologização e essa eticização da justiça por considerar que, uma vez transformada em valor, esta mesma justiça perde a sua íntima ligação com o direito e a função por ele exercida (LUHMANN, 1999, p. 377 [trad. it., p. 319]; CLAM, 1997, p. 208). De modo semelhante

<sup>5</sup> Acerca da diferenciação funcional que, na teoria de Luhmann, caracteriza a sociedade moderna, ver: VILLAS BÔAS FILHO (2010d, p. 144-148). Cabe notar que a perspectiva de Luhmann se dirige à sociedade moderna e, sobretudo, ocidental. Sua concepção acerca da justiça é, portanto, direcionada ao Ocidente moderno, motivo pelo qual é preciso ter cautela para não aplicá-la indiscriminadamente. A respeito, ver: VILLAS BÔAS FILHO (2015b, p. 337-366).

<sup>6</sup> Note-se que, a esse respeito, a terminologia de Luhmann não é precisa, uma vez que este autor utiliza “fórmula de consistência” e “fórmula de contingência” no mesmo sentido. Segundo Clam (1997, p. 225, nota 1), “l’usage de cette terminologie n’est pas très précis dans la théorie du droit luhmannienne. Il y a un flottement dans la caractérisation de la justice comme formule de consistance ou de contingence (alors que la distinction est clairement établie pour l’économie). Ainsi dans *RdG* [*Das Recht der Gesellschaft*] le chapitre consacré à la justice est intitulé ‘la formule de contingence: Justice’ (*Kontingenzformel Gerechtigkeit*), alors que dans *RS* [*Rechtssoziologie*], il ne parle que de formule de consistance [...]”.

<sup>7</sup> Luhmann (1993a, p. 220) critica concepções que ele considera atreladas ao paradigma do direito natural, como a de Manuel Atienza, que partiriam da premissa de que a pressuposição de uma ordem superior (o direito natural) seria a única forma de fundamentação crítica em relação ao direito positivo. Acerca do perfil crítico-avaliativo das teorias do direito natural, ver, por exemplo, Ferraz Jr. (1995, p. 26). A esse respeito, Teubner (2009, p. 2, 5) ressalta que a própria historização da justiça teria levado ao abandono de demandas filosóficas por uma universalidade temporal e espacial. Assim, segundo ele, nas condições contemporâneas de fragmentação social, as concepções aristotélicas ou kantianas do que é uma sociedade justa teriam perdido plausibilidade.



ao que ocorre na análise weberiana acerca do processo de racionalização interna do direito, vista em termos de sua progressiva desmaterialização, também em Luhmann, como corolário da autorreferencialidade dos subsistemas funcionais, há uma desintegração das condições de possibilidade de referência a uma instância substancial suprema, o que faz com que a justiça deixe de ser uma grandeza absoluta que serve à aferição do grau de perfectibilidade do direito positivo para tornar-se o modo pelo qual o direito exerce o seu autocontrole.<sup>8</sup>

### **Justiça autorreferente ao direito**

Como dito, na perspectiva da teoria dos sistemas, a justiça não pode ser concebida como valor transcendente, mas sim como fórmula de contingência que se liga estreitamente à própria consecução da função do subsistema jurídico e que, ademais, situa-se no seu interior e não para além dele (LUHMANN, 1993a, p. 218-219 [trad. ingl., p. 214; trad. esp., p. 279-280]); LUHMANN, 1999, p. 387 e ss). Portanto, conforme ressalta Neves (2006, p. 84), “a justiça só pode ser considerada, conseqüentemente, a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)”. Conforme se verá adiante, trata-se de uma abordagem da justiça que, dissociada de uma conotação valorativa suprema, concebe-a articulada ao redor da questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões (VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 129-150; GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 120-126).

Percebe-se, desse modo, que Luhmann desenvolve um conceito de justiça compatível com a pressuposição de autorreferência dos subsistemas autopoieticos que compõem o sistema social, o que não ocorre com as teorias tradicionais da justiça, as quais, como regra, procuram um fundamento axiológico superior para a crítica do direito positivo. A postulação de um valor superior e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico, afetaria a sua autorreferência, além de não servir aos propósitos funcionais que lhe são ínsitos, pois a pressuposição de valores últimos – como o de uma justiça absoluta – aparta a autorreferência desses mesmos valores dos subsistemas funcionais. Isso significa que a pressuposição de uma ordem superior de valores cria um bloqueio à contingência justamente porque os valores absolutos (justiça, verdade etc.), ao refletirem a si mesmos, fornecem um fundamento último que não se submete à contingência, colocando-se, em razão disso, para além das funções desempenhadas pelos subsistemas sociais.<sup>9</sup>

Contrariamente, enquanto fórmula de contingência, a justiça não visa medir o grau de perfectibilidade do subsistema jurídico, mas permitir a generalização congruente das expectativas normativas. Decorre daí a sua ligação indissociável com a consecução da função desse subsistema, que se realiza sob a forma de símbolo, não absoluto, mas intrassistêmico, de determinação da congruência generalizada das expectativas normativas (CLAM, 1997, p. 207-208). É nesse sentido que Luhmann define a justiça mediante distinções, afirmando que ela é autorreferencial não como

---

<sup>8</sup> Segundo Clam (1997, p. 215, 221), “la crise des conceptions ‘perfectionnistes’ [...] arrive, pour Luhmann, avec la transition vers la modernité [...]”. A respeito, Neves (2006, p. 84) ressalta: “torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo”.

<sup>9</sup> Segundo Clam (1997, p. 212-213), “la perfection fait fonction de mécanisme de blocage de la contingence en fondant des ordres autosubstitutifs, dont la réflexivité n’est cependant pas fonctionnelle. [...] La caractéristique des ordres axiologiques traditionnels est qu’ils ont à leur fondement des valeurs dernières qui se réfléchissent en elles-mêmes en s’appliquant chacune sa propre valeur. Ainsi la justice est juste et la vérité vraie, etc. En faisant référence à elles-mêmes, elles permettent à l’ordre propre d’arrêter tout renvoi à un ordre aliène et lui fournissent un fondement dernier non soumis à la contingence. [...] Son autoréférence se distingue cependant de l’autoréférence systémique par le fait qu’elle n’est pas fonctionnelle”. Complementarmente a isso, Neves (2006, p. 85) enfatiza que a referência a valores pretensamente universais acarretaria a imobilidade do sistema jurídico, bloqueando sua tarefa seletiva, de modo a gerar efeitos disfuncionais.

operação, mas como observação que se remete para a posição dos programas condicionais e não para o nível do código do subsistema jurídico. Quando a justiça se materializa não como teoria, mas como norma, passível de frustração em quanto tal, tem-se como consequência a possibilidade de existirem ordenamentos jurídicos injustos (ou dotados de maior ou menor grau de justiça), sem que, com isso, seja possível afirmar que a autopoiese operativa desse subsistema ou do seu código possa ser justa (LUHMANN, 1993a, p. 218 [trad. ingl., p. 214; trad. esp., p. 279]).<sup>10</sup>

### Justiça cognitivamente aberta

Ao definir justiça em termos de fórmula de contingência, Luhmann passa a lhe atribuir a tarefa de garantir o controle da complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente<sup>11</sup>. Ao sobrecarregar o subsistema jurídico com demandas que ele não pode cumprir, cria-se um grau de complexidade, a ser devidamente reduzido, sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento cognitivo.<sup>12</sup> Por esse motivo, Luhmann concebe a justiça como “complexidade adequada” (LUHMANN, 1993a, p. 225 [trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287]), que expressa a dimensão externa da justiça. Entretanto, a justiça também apresenta uma dimensão interna, que se expressa na consistência das decisões. Luhmann sintetiza sua concepção da justiça afirmando que ela se expressaria na complexidade adequada na tomada de decisões consistentes (LUHMANN, 1993a, p. 225; TEUBNER, 2009, p. 8).

Ora, as fórmulas de contingência entre as quais se insere a justiça visam justamente fornecer um ponto ótimo que lhe permita lidar com o grau de complexidade imposto pelo ambiente, sem que isso importe comprometimento da consistência do sistema.<sup>13</sup> Tanto é assim que Jean Clam, aludindo ao papel desempenhado na teoria dos sistemas, ressalta que a justiça deve servir como mecanismo capaz de conjugar, de um lado, a salvaguarda contrafactual dos consensos normativos que asseguram a congruência das expectativas sociais e, de outro, a abertura cognitiva do direito em relação ao afluxo de complexidade proveniente de outros subsistemas sociais (CLAM, 1997, p. 221).<sup>14</sup> Isso significa que a justiça enquanto fórmula de

---

<sup>10</sup> Para uma análise dos programas na teoria de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO (2010, p. 431-434).

<sup>11</sup> O termo alemão *Umwelt*, em português, pode ser traduzido como *entorno* ou *ambiente*. Nas edições de língua inglesa, o termo aparece como *environment* e nas francesas como *environnement*. Nas traduções de língua espanhola, tal termo costuma ser traduzido como *entorno*. No Brasil, atualmente, a tendência tem sido traduzir *Umwelt* como “ambiente”. Em minhas publicações mais antigas, costumava utilizar o termo “entorno” que, ademais, aparece também, embora circunstancialmente, em publicações de Celso Campilongo e de Marcelo Neves. Atualmente, tenho optado por utilizar o termo “ambiente”.

<sup>12</sup> Em Niklas Luhmann, a justiça só pode ser considerada a partir do interior do subsistema jurídico, seja em termos de complexidade adequada (justiça externa), seja em termos de consistência das decisões (justiça interna), o que remete, respectivamente, à abertura cognitiva desse subsistema e à sua capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica (NEVES, 2006, p. 84).

<sup>13</sup> Referindo-se aos subsistemas sociais, Clam (1997, p. 224-225) ressalta que “tous ces systèmes se laissent réguler par des ‘formules de contrôle’ ou ‘de consistance’ – souvent complémentaires de ‘formules de contingence’. Ces grandeurs ne sont pas seulement axiologiquement neutralisantes (puisqu’elles font ‘abstraction’ des valeurs qui entrent en jeu dans leurs fomules, mais elles sont elles-mêmes neutres, comme produits de relationnements seconds et de négociation des valeurs neutralisées”. Cumpre observar que Niklas Luhmann compara a justiça com outras fórmulas de contingência de outros subsistemas funcionais. Assim, indica a escassez como fórmula de contingência da economia, a legitimidade como fórmula de contingência da política, a limitação, via negação, como fórmula de contingência da ciência e a ideia de um Deus único como fórmula de contingência na religião.

<sup>14</sup> Em sentido análogo, Neves (2006, p. 84) ressalta que se trata, “por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica”.

contingência visa compensar os efeitos decorrentes do fechamento operacional do subsistema do direito, que faz com que este perca um contato direto com seu ambiente. Trata-se de mecanismo interno ao próprio direito, que lhe permite dar respostas consistentes às irritações provenientes de seu ambiente (LUHMANN, 1993a, p. 223 [trad. ingl., p. 218; trad. esp., p. 285]). Por essa razão, Teubner (2005, p. 71) afirma que, enquanto fórmula de contingência, a justiça alude à relação do direito com o seu ambiente, sendo, portanto, a “complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes”.

## CONCLUSÃO

A justiça não pode ser vista como um terceiro valor ao lado daqueles que compõem o esquema binário do código do subsistema jurídico porque isso afetaria a sua estabilidade (LUHMANN, 1993a, p. 215 [trad. ingl., p. 212; trad. esp., p. 277]).<sup>15</sup> Enquanto observação de caráter normativo e dirigida aos programas condicionais, a justiça se coloca mais propriamente no plano daquilo que Luhmann denomina “observação de segunda ordem”, funcionando como autodescrição ou como representação da unidade do direito, o que faz com que, enquanto tal, seja “canonizada” de modo a tornar-se irrefutável dentro desse subsistema (LUHMANN, 1993a, p. 219 [trad. ingl., p. 214-215; trad. esp., p. 280]). Como espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si não é um programa condicional, é apenas um esquema para obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais (LUHMANN, 1993a, p. 223, 232-233 [trad. ingl., p. 218, 224-225; trad. esp., p. 285, 294]).

No que concerne à questão da consistência, Luhmann ressalta que, em sua forma mais geral e enquanto fórmula de contingência, a justiça foi tradicionalmente, e ainda hoje continua a ser, identificada com a igualdade que, por sua vez, expressa um elemento formal que consigna todos os conceitos de justiça, não obstante signifique apenas regularidade e consistência. Assim sendo, a igualdade, tal como ocorre com todas as fórmulas de contingência, é vista como princípio que se autolegitima (LUHMANN, 1993a, p. 222 [trad. ingl., p. 217; trad. esp., p. 283-284]; LUHMANN, 1999, p. 410 [trad. it., p. 354]). Considerada nesses termos, a justiça deixa de ser concebida como afirmação relativa à essência ou natureza do direito, um princípio fundador da validade jurídica ou um valor que fizesse o direito parecer algo digno de preferência (LUHMANN,

---

<sup>15</sup> Tal como ocorre com outros termos utilizados por Niklas Luhmann, *Recht* e *Unrecht* (que veiculam os dois valores constantes no código do direito) são de difícil tradução. Javier Torres Nafarrate, tradutor para o espanhol do livro *O direito da sociedade [Das recht der gesellschaft]* optou por traduzi-los como direito (*Recht*) e não direito (*Unrecht*). Os tradutores franceses, em geral, traduzem *Recht/Unrecht* por *légal/illégal*. Também as traduções inglesas – como é o caso de *Law as a social system* – comumente traduzem o binômio *Recht/Unrecht* por *legal/illegal*. Ademais, conforme assinala Guibentif (1993, p. 44-45), a problemática terminológica que envolve os termos *Recht* e *Unrecht* não é exclusiva das demais línguas. No próprio alemão haveria ambiguidades semânticas relacionadas a tais termos, que trariam uma carga moral. Segundo esse autor, “l’opposition *Recht/Unrecht* connote ainsi, bien plus que l’idée technique d’une opposition entre ce qui est conforme et ce qui est contraire au droit (ce qui d’ailleurs serait désigné en allemand de manière univoque par l’adverbe *widerrechtlich*, courant dans le langage juridique), l’opposition entre le tort et la raison. Niklas Luhmann reconnaît d’ailleurs lui-même, à un moment donné, le caractère ‘moralement chargé de la terminologie’. Mais il ne renonce pas pour autant aux termes *Recht/Unrecht*, considérant pouvoir imposer un sens tout à fait indépendant de toute référence morale”. Para uma análise da carga moral dessa terminologia, ver: LUHMANN (1992, p. 149). No Brasil, Marcelo Neves e Celso Campilongo traduzem *Recht* por lícito e *Unrecht* por ilícito. Em meu livro, intitulado *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, seguindo a opção sugerida por Javier Torres Nafarrate, utilizei os termos direito/não direito como tradução do binômio *Recht/Unrecht*. Posteriormente, sobretudo em livros como *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro* e também *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann, optei pela tradução lícito/ilícito.

1993, p. 223 [trad. ingl., p. 218; trad. esp., p. 284-285]). A justiça, enquanto fórmula de contingência, é tradicionalmente associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, o que, em última instância, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato ‘x’, ‘y’ é legal”. Ou seja, tal como já ressaltava Luhmann em seu livro *Rechtssoziologie*, a justiça, por causa de sua vigência, tornar-se-ia a implementação uniforme do direito (LUHMANN, 2008).<sup>16</sup> Isso significa que, na sociedade moderna, o que se pode reputar como direito justo é a aplicação universal de critérios para a decisão, sem que haja a consideração das pessoas implicadas.<sup>17</sup> Ora, isso quer dizer que a igualdade, no âmbito do subsistema do direito, passa a funcionar como postulado regulador da congruência jurídica. Tal como enfatiza Jean Clam, os efeitos da generalização pela igualdade revelam uma racionalidade sistêmica que, por meio da validação universal fornecida pelo princípio da igualdade, provoca uma restrição das possibilidades decisórias do direito (*rétrécissement des voies de la décision juridique*), o que corresponde a uma redução de complexidade (CLAM, 1997, p. 209). Nesse sentido, o princípio da igualdade, com o qual tradicionalmente se associa a justiça, passa a ser um princípio de racionalização do direito, justamente porque ao exigir a inclusão de todas as pessoas concernidas permite que se generalize a validade desse subsistema, instalando limitações estruturais que inserem as decisões jurídicas em esquemas binários exclusivos, os quais, por sua vez, favorecem a emergência e a imposição da comunicação jurídica fundada na dicotomia direito (igual) / não direito (desigual).<sup>18</sup> É por essa razão que Luhmann pode afirmar que a igualdade contribui para a obtenção de consistência interna, por parte do direito (CLAM, 1997, p. 211).

Entretanto, em uma sociedade altamente complexa, para se proporcionar justiça é preciso adaptar a complexidade social à comunicação sistêmica, vale dizer, é preciso moldar a complexidade externa ao sistema jurídico para conseqüentemente produzir comunicação adequada (CLAM, 1997, p. 333-334).

A propósito, a complexidade adequada é produzida à medida que a redução da comunicação social ao código binário lícito/ilícito torna possível um decidir consistente (CLAM, 1997, p. 344). A positivação do direito proporcionou ao sistema jurídico diferenciação em nível de decisão que produz comunicação jurídica. O sistema jurídico é constituído pelas decisões em uma única comunicação, cuja reiteração rende a sua autonomia (CLAM, 1997, p. 346). Essa exposição conceitual serve para afirmar que o sistema jurídico transforma outras comunicações em comunicações jurídicas, as quais, na cadeia comunicativa, emitirão outras comunicações, contudo

---

<sup>16</sup> Ver também a tradução Portuguesa (*Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. v. I, p. 284, v. 2, p. 87).

<sup>17</sup> A esse respeito, Luhmann (2008, p. 284, [trad. port. v. 2, p. 86-87]) enfatiza que “não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade ou na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já ‘irrelevantes’)”. Com isso, abdicar-se-ia da equidade concreta da compensação implícita na interação individual. Igualdade perante a lei passa a significar especificação e aplicação universal de critérios para a decisão “sem consideração da pessoa”.

<sup>18</sup> Evidentemente que se está aqui bem distante de uma concepção normativa da justiça como equidade, como a que é proposta, por exemplo, por Rawls (1997, p. 3-56). Essa oposição é muito bem analisada, ainda que em termos mais abrangentes e não centrados na problemática do conceito de justiça, por Jürgen Habermas, nas duas primeiras seções do capítulo II do livro *Direito de democracia (Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 65-94). Vale notar ainda que a posição de Luhmann também não se confunde com o princípio do *right to equal concern and respect* proposto por Dworkin (2002, p. 279-282, 419-427), que, baseando-se em grande medida na teoria da justiça de Rawls, também ostenta uma clara dimensão normativa. A respeito, Teubner (2009, p. 3) ressaltava que Rawls e Habermas conceberiam a justiça sem um fundamento histórico e social. Suas ideias estariam, portanto, presas à antiga tradição semântica europeia que definia os componentes básicos da justiça como a reciprocidade universal, o consenso e a racionalidade.

sempre jurídicas, reduzindo, por conseguinte, a complexidade mediante código binário próprio: lícito/ilícito. Este processo é a justiça possível de ser proporcionada pelo sistema do direito.

Em pormenores, o sistema do direito está imerso na sociedade. A sociedade, por sua vez, abriga outros subsistemas que emitem suas próprias comunicações. À medida que o sistema parcial do direito é chamado a ofertar prestações a outros sistemas – como por exemplo, quando um contrato não é respeitado –, ele recebe a comunicação do ambiente e a transforma em comunicação jurídica, reduzindo, como em um processo reflexivo, a complexidade do litígio mediante emissão de uma comunicação jurídica. A emissão de nova comunicação não garante, por si só, obediência à decisão emitida. O sistema jurídico pode – e não é pouca coisa, vale dizer –, por meio de outras comunicações da mesma natureza, fazer com que a expectativa normativa seja mantida ao longo do tempo. Significa afirmar que a justiça proporcionada pelo direito é também voltada à transformação de outras comunicações e, quando necessário, à comunicação jurídica.<sup>19</sup> Contudo, apenas a consistência interna das decisões jurídicas não é suficiente para que sejam consideradas justas; mais do que isso, é necessário que tenham adequação social, ou seja, complexidade adequada.<sup>20</sup>

Teubner (2009, p. 8-13) sublinha que a justiça como fórmula de contingência ultrapassa explicitamente a consistência interna; ela não é concebida como imanente ao direito, mas como transcendente a ele. Assim, para que haja justiça é necessário que a consistência interna se articule para ter capacidade de dar resposta adequada às demandas plurais advindas do ambiente. Essa é a dupla exigência a ser adimplida para que se possa falar de justiça como fórmula de contingência. Por esse motivo, aliás, Teubner sublinha o caráter subversivo da própria justiça. A justiça, na concepção deste autor, figuraria como uma força interna ao direito que o subverte. A justiça apareceria como um processo idiossincrático por meio do qual a auto-observação do direito interrompe, bloqueia e sabota a recursividade rotinizada das operações legais, permitindo ao direito transcender a si próprio.<sup>21</sup> É por essa razão que a justiça emerge como um paradoxo que, como observa Marcelo Neves, nunca é superado. Ou seja, trata-se de um paradoxo que pode ser processado e solucionado em casos concretos, mas nunca superado plenamente, pois sua superação implicaria o fim do direito como sistema social autônomo.<sup>22</sup> A justiça, portanto, afigura-se como “experiência do impossível”<sup>23</sup>, o que a torna sempre algo fugidio em relação à busca que se expressa sempre como um tatear.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Sobre a função do direito na sociedade, ver Clam (1997, p. 347): “La funzione specifica del diritto nella società – in altro luogo l’averlo caratterizzata come generalizzazione congruente di aspettative di comportamento – si lascia esprimere soltanto nella forma di requisiti ulteriori di compatibilità e adattabilità. Con la possibilità di precisare questi requisiti e di farli valere come funzione sociale contro la pressione ambientale altrimenti specificata, al giurista è data la chance di affermare socialmente e politicamente la sua autonomia.”.

<sup>20</sup> Isso implica que o sistema jurídico reconstrua em si a complexidade do ambiente. Para tanto, o sistema precisa reduzir complexidade e o faz a partir de um alto grau de indiferença (LUHMANN, 1993a, p. 225 [trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287]).

<sup>21</sup> Infelizmente, não há como analisar, no contexto deste artigo, a proposta de Teubner, que, conjugando a perspectiva de Luhmann com as de Derrida e Levinas, analisa a justiça em termos de uma fórmula de transcendência.

<sup>22</sup> Neves (2013, p. 225-226) ressalta que “a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito [...]. Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo [...] é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca é superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente”.

<sup>23</sup> Derrida (2010, p. 30) afirma que “a justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça”. Vale lembrar que a mobilização do pensamento de Derrida é feita tanto por Teubner como por Neves.

<sup>24</sup> Supiot (2005, p. 233) destaca justamente essa “recherche toujours tâtonnante de la justice”.

O direito não possui uma varinha de condão para o seu aplicador determinar o desaparecimento da situação ilícita. Ele não pode fazer isso. Não tem superpoderes. Entretanto, por vezes, o coro social pleiteia o contrário, mas sempre em vão. A modernidade oferece outra ideia sobre sua função. O ofício do direito, segundo o sociólogo alemão Niklas Luhmann, é garantir as expectativas normativas ao longo do tempo. A sociedade continuará a acreditar na efetivação das normas. As comunicações jurídicas garantirão que as expectativas sejam mantidas.

O direito atua no plano da expectativa: continuar-se-á a acreditar na preservação dos valores contemplados pelas normas. Não é pouca coisa, como afirmam Campilongo (1998, p. 58) e Luhmann (2002, p. 280). Nesse aspecto, justiça, para Luhmann, é fórmula-contingência, cujo mister é dar consistência às decisões do sistema jurídico, por meio da redução da complexidade social do ambiente. Daí resulta que as decisões serão sempre binárias, *in casu*: lícito/ilícito. O fato de a justiça “possível de ser prestada” não saciar a vontade social não altera a realidade. Não há como cobrar dos operadores do direito (advogados, juízes e promotores) outra atitude, ao menos na atualidade. No momento histórico em que vivemos, só o direito pode fazer com que a sociedade continue a acreditar na sua efetivação, mediante reiterações comunicativas binárias, representadas pelo código: lícito/ilícito. Em suas operações, o direito opera sempre fechado; quer dizer, com base na binariedade suprarreferida.

Do exposto, extrai-se que a solução esperada pela sociedade depende muito mais dela do que propriamente do direito, cujo contexto social é apenas uma parte do ambiente social no qual estamos inseridos. Para solucionar tais situações, a bem da verdade, é preciso que se proceda a uma alteração dos valores sociais, cuja comunicação também virá do interior do direito, simplesmente porque não se pode acreditar que uma parte (o direito) alterará o todo (a sociedade). O direito provém da sociedade e não o contrário.

## REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Bosch, 1993.
- ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique**. 1. Où va la sociologie du droit? Paris: LGDJ, 1981.
- ARNAUD, André-Jean. La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: éléments d’une démystification. **Droit et Société**, Paris, v. 2, p. 139-141, 1986.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- ARNAUD, André-Jean. **Jean Carbonnier**. Un juriste dans la cité. Paris: LGDJ, 2012.
- ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introduction à l’analyse sociologique des systèmes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona. Ariel, 2012.
- BERTHELOT, Jean-Michel. **La construction de la sociologie**. 6e édition. Paris: PUF, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo “versus” governo dos juízes: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico**. Belém: UFPA, 1998.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”. In: Raffaele, De Giorgi. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 11-26.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CAPELLER, Wanda. **Relire Giddens**. Entre sociologie et politique. Paris: LGDJ, 2011.
- CAPELLER, Wanda. De que lugar falamos? Retomando um velho papo sobre o Direito e a Sociologia. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 2, p. 10-25, jan. 2015.
- CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 10e édition. Paris: L.G.D.J, 2001.
- CARBONNIER, Jean. **Sociologie juridique**. 2e édition. Paris: PUF, 2008.
- CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**: la contingence des normes. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- CLAM, Jean; PERRIN, Jean-François. Le modèle de Janus de la sociologie du droit. **Droit et Société**, Paris, v. 1, p. 95-110, 1985.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.
- DE CICCIO, Claudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 3. ed. Reformulado. Final. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all’edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas (org.). **La differenziazione del diritto**. Milano: Società editrice il Mulino, 1990.
- DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DELPEUCH, Thierry; DUMOULIN, Laurence; GALEMBERT, Claire de. **Sociologie du droit et de la justice**. Paris: Armand Colin, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELMAUER, Douglas. Direito global e responsividade: uma abordagem crítico-sistêmica do direito em face dos novos desafios da sociedade mundial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, São Paulo, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 132-149, jul.-dez. 2015a.
- ELMAUER, Douglas. **O direito na teoria crítica dos sistemas**: da justiça autossubversiva à crítica imanente do direito. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015b. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-163250/>. Acesso em: 12 ago. 2016.
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. La théorie des systèmes comme théorie critique. **Droit et société**, Paris, v. 76, n. 3, p. 645-665, 2010.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas. Notas para uma agenda de pesquisa. In: BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (coord.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2013b. p. 249-277.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUIBENTIF, Pierre. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre (coord.). **Niklas Luhmann**: observateur du droit. Paris: LGDJ, 1993. p. 11-49.
- GUIBENTIF, Pierre. **Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu**. Une génération repense le droit. Paris: LGDJ, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais)
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- KELSEN, Hans. **Problema da justiça**. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998c.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAVAL, Christian. **L'ambition sociologique**. Paris: Gallimard, 2012.
- RABAULT, Hugues. Théorie des systèmes: vers une théorie fonctionnaliste du droit. **Droit et société**, Paris, v. 86, n. 1, p. 209-226, 2014.
- RABAULT, Hugues. La réalité comme artefact : le constructivisme sociologique de Niklas Luhmann. **Droit et société**, Paris, v. 89, n. 1, p. 207-218, 2015.
- SOUSA LIMA, Fernando Rister de. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. A cura di Alberto Febbrajo. Bolonha: Mulino, 1974.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del diritto**. A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.



- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. v. 2.
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990a.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990b.
- LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. *In*: LUHMANN, Niklas (org.). **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990c. p. 1-21.
- LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. **Cardozo Law Review**, n. 5, v. 13, p. 1.419-1.441, march 1992a.
- LUHMANN, Niklas. The coding of the legal system. *In*: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (org.). **State, law and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective**. Milano: Giuffrè Editore, 1992b. p. 145-185.
- LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993a. [trad. esp.: El derecho de la sociedad. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005; trad. ingl.: Law as a social system. Oxford: Oxford University Press, 2004].
- LUHMANN, Niklas. La observación sociológica del derecho. **Crítica Jurídica**. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1993b. n. 12.
- LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Edição e tradução Josexo Beriain; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998a.
- LUHMANN, Niklas. Quod omnes tangit: remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. *In*: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998b. p. 157-172.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts**. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. [trad. it.: La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Il Mulino, 1990.]
- LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. **Droit et Société**, n. 47, p. 15-73, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.
- LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. 4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. [trad. port.: Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. v. I, v. II].
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- RABAULT, Hugues. La politique comme sémantique. **Droit et société**, v. 80, n. 1, p. 213-224, 2012a.
- RABAULT, Hugues. **Un monde sans réalité?** En compagnie de Niklas Luhmann: épistémologie, politique et droit. Québec: Presses de l'Université de Laval, 2012b.
- RABAULT, Hugues. Théorie des systèmes: vers une théorie fonctionnaliste du droit. **Droit et société**, v. 86, n. 1, p. 209-226, 2014.
- RABAULT, Hugues. La réalité comme artefact : le constructivisme sociologique de Niklas Luhmann. **Droit et société**, v. 89, n. 1, p. 207-218, 2015.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SERVERIN, Évelyne. **Sociologie du droit**. Paris: La Découverte, 2000.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Seuil, 2005.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução de Rodrigo Octávio Broglio Mendes *et al.* Piracicaba: Ed. da Unimep, 2005.
- TEUBNER, Gunther. Économie du don et positivité de la justice: la paranoïa réciproque de Jacques Derrida et Niklas Luhmann. **Droit et société**, v. 65, n. 1, p. 105-122, 2007.
- TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? **The Modern Law Review**, London, 72( 1), p. 1-23. 2009.
- TREVES, Renato. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantianes. **Droit et Société**, n. 7, p. 327-332, 1997.
- TROPER, Michel. **La philosophie du droit**. 2e. édition. Paris: PUF, 2008.
- VANDERLINDEN, Jacques. **Anthropologie juridique**. Paris: Dalloz, 1996.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *In*: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-150.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010a. p. 27-61.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010b.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Communication. *In*: ARNAUD, André-Jean (dir.). **Dictionnaire de la globalisation**. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010c. p. 69-72.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. *In*: ARNAUD, André-Jean (dir.). **Dictionnaire de la globalisation**. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010d. p. 144-148.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Programmes. *In*: ARNAUD, André-Jean (dir.). **Dictionnaire de la globalisation**. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010e. p. 431-434.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 105, p. 533-566, jan./dez. 2011/2012.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Uma teoria sociológica da justiça: Niklas Luhmann e a justiça como fórmula de contingência. **Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 387-408, jan./dez. 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, São Paulo, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 56-75, jul.-dez. 2015a.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. *In*: FEBBRAJO, Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio (coord.). **Sociologia do direito: teoria e práxis**. Curitiba: Juruá, 2015b. p. 337-366.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. Brevíssima retrospectiva histórica para desembocar no Estado de Direito, no direito codificado e na tripartição das funções dos poderes (O princípio da legalidade e a necessidade de motivação das decisões). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

**Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto**

Mestrando em Direito (UFPE). Bolsista (CAPES). Graduado em Direito (UNICAP). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CONREP (UFPE). Advogado.

**Ana Carla Berenguer Gonçalves Bezerra**

Mestranda em Direito (UFPE). Graduada em Direito (UNICAP). Professora (UNIFG). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CONREP (UFPE). Advogada.

## INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas elaborada por Niklas Luhmann representa um importante aporte teórico contemporâneo, o qual se destina à compreensão da complexidade hodierna do fenômeno social a partir de uma ótica global. Nesse sentido, os pressupostos da teoria sistêmica luhmanniana – pautada, sobretudo, por um olhar interdisciplinar, bastante característico do autor – possibilitam uma visão diversificada e inovadora do meio social e dos elementos que o compõem.

Ante tal perspectiva, sabendo que, dentro do citado arranjo teórico, o Direito ocupa o papel de subsistema social, torna-se imprescindível estudá-lo e tentar compreender a sua aplicabilidade no meio em que se encontra inserido, tomando por base os conceitos desenvolvidos por Luhmann. Para tanto, optou-se, neste trabalho, pela realização de um recorte temático próprio, no qual será analisada a função da Constituição dentro do sistema jurídico luhmanniano. Essa escolha, por sua vez, justifica-se pela concepção estrutural que a Lei Fundamental ocupa dentro dos ordenamentos jurídicos modernos, servindo, especialmente, como parâmetro valorativo para aplicação das demais normas que compõem o estatuto regulatório de um Estado.

Dessa forma, o presente trabalho pretende compreender o conceito de Constituição para Niklas Luhmann e o papel desempenhado por ela dentro da sua Teoria dos Sistemas. Diante disso, objetiva-se: a) estudar a teoria dos sistemas de Luhmann, especialmente no que diz respeito à compreensão do Direito como um subsistema social; b) compreender o papel da Constituição dentro da teoria sistêmica de Luhmann; e, c) estudar a concepção de Constituição como uma aquisição evolutiva dentro da teoria luhmanniana.

Aplicou-se, assim, a técnica da revisão de bibliografia no intuito de melhor assimilar o contexto da obra de Niklas Luhmann, bem como os principais pressupostos teóricos atinentes à sua teoria dos sistemas. Para isso, a pesquisa dotou-se de caráter exploratório, fazendo uso de trabalhos científicos em meio bibliográfico e digital. Conseqüentemente, por meio da aplicação de método de raciocínio analítico-dedutivo, buscou-se elaborar embasamento teórico destinado a estabelecer uma relação entre a teoria dos Sistemas de Luhmann e o papel da Constituição no ordenamento jurídico estatal.

## **POR UMA TEORIA GERAL DA SOCIEDADE: BREVE APRESENTAÇÃO DE QUEM FOI NIKLAS LUHMAN E A QUE ELE SE PROPUNHA**

Tendo concluído o curso de Direito em 1949 em Friburgo, Niklas Luhmann (1927-1998) atuou como servidor público, trabalhando por 10 (dez) anos como advogado administrativo em Hanover. Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos em Harvard, onde estudou com Talcott Parsons (BECHMANN; STEFR, 2001, p. 184-185), entrando em contato com sua teoria dos sistemas, a qual serviu de base para a construção de sua própria teoria (KUNZLER, 2004, p. 123). Em 1968, foi nomeado professor de sociologia da Universidade de Bielefeld, onde se dedicou a atuação acadêmica até se aposentar (BECHMANN; STEFR, 2001, p. 185).

Niklas Luhmann foi um sociólogo do direito que se propôs a criar uma teoria universal, a qual fosse capaz de abarcar tudo o que existe, com a finalidade precípua de compreender o corpo social moderno, classificando-o como sendo hipercomplexo (KUNZLER, 2004, P. 123). Por isso, se diz que sua pretensão era a de criar uma teoria geral da sociedade (MADEIRA, 2007, p. 27).

Para tanto, fez uso da interdisciplinaridade<sup>1</sup>, utilizando-se de conceitos de outras áreas do conhecimento, como a biologia, a tecnologia e a cibernética, pois, para ele, os tradicionais conceitos da sociologia não eram suficientes para compreender a sociedade moderna. Dessa forma, sua teoria sistêmica pretende trabalhar a complexidade contida na sociedade moderna no intuito simplificar a sua compreensão e explicar como ela se manifesta (KUNZLER, 2004, p. 124).

Esse pequeno trecho biográfico do autor, aqui desenvolvido, destina-se à contextualização da sua formação acadêmica, bem como das circunstâncias balizadoras do desenvolvimento de sua obra<sup>2</sup>. Sendo assim, com base na compreensão da sua teoria dos sistemas, o presente trabalho debruçar-se-á no entendimento do autor acerca dos sistemas sociais, dentre os quais se citam o direito e a política, para depois lançar mão das suas formulações a respeito da Constituição como uma aquisição evolutiva.

## **A TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANNNA: O PAPEL DOS SISTEMAS PARA A COMPREENSÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Percebe-se, assim, que as elucubrações teóricas desenvolvidas por Niklas Luhmann propunham-se a compreender o meio social contemporâneo e de que forma a sua hipercomplexidade poderia ser simplificada, para que houvesse uma melhor apreensão do seu conteúdo.

Destarte, antes de estudar as formulações desenvolvidas pelo autor a respeito da Constituição, propriamente dita, e suas duas acepções – jurídica e política –, faz-se mister esclarecer, em linhas gerais, quais seriam os principais aportes de sua teoria dos sistemas sociais e qual o papel do Direito dentro dessa construção teórica.

Para tal, ter-se-ão como ponto de partida três premissas principais, sem as quais não há como compreender o funcionamento e a composição dos sistemas estudados por Luhmann, como bem explica Caroline de Morais Kunzler (2004, 126-127), quais sejam:

---

<sup>1</sup> A interdisciplinaridade, aqui mencionada, refere-se à utilização de conhecimentos complementares relativos a áreas do conhecimento conexas, as quais fornecem enfoques diferenciados e complementivos sob o mesmo objeto de estudo. (No mesmo sentido, ver BARBOSA, 2003, p. 343).

<sup>2</sup> Importa destacar que os trabalhos do autor são vastos, contando com mais de trinta livros e mais de trezentos artigos científicos sobre os mais variados assuntos, dentre os quais se citam: direito, pedagogia, economia, religião etc. (No mesmo sentido, ver KUNZLER, 2004, P. 123)

(A) *Composição da Sociedade Contemporânea* – segundo Luhmann, a sociedade moderna não é composta por pessoas ou pelas relações intersubjetivas entre elas, mas sim pela comunicação. Os indivíduos, por sua vez, compõem outro tipo de sistema, o sistema psíquico, o qual será melhor explicado adiante;

(B) *As Fronteiras da Sociedade Contemporânea* – para o autor, levando-se em consideração que a sociedade é formada exclusivamente por comunicação, não há como estabelecer a ideia de fronteiras territoriais e/ou políticas, pois a comunicação não pode ser limitada no tempo e no espaço. Por isso, diz-se que há um único grande sistema social global;

(C) *A Relação Sujeito-Objeto* – por fim, com relação à observação do objeto de estudo “sistema social”, para Luhmann, não há como haver um distanciamento tal a ponto de existir um observador externo, neutro, imparcial e cujo ponto de vista seja absoluto, único a ser considerado correto. De outro modo, o que existe são as observações, chamadas pelo autor de segunda-ordem, em que um observador analisa o que um outro observador estudou e daí tira suas próprias conclusões e formulações teóricas, existindo diversas descrições de um mesmo objeto, sob variados pontos de vista, todos com o mesmo valor, num cenário policontextual.

Dessa forma, tais proposições serão aqui também adotadas, de modo a possibilitar uma melhor compreensão dos postulados luhmannianos acerca dos sistemas e suas diversas formas. Nesse sentido, é importante levar em consideração a dualidade existente entre o sistema e o ambiente (também chamado de entorno)<sup>3</sup>, a qual diz respeito também ao próprio funcionamento dos sistemas dentro das diretrizes traçadas pelo autor.

Ocorre que, para Luhmann, os sistemas possuem uma capacidade própria de seleção de informações oriundas do ambiente no qual se encontram inseridos (KUNZLER, 2004, p. 124). A partir de tal funcionamento, atuam perante uma lógica particular e por isso diz-se que são autorreferentes: os elementos para promover tal diferenciação encontram-se dentro do próprio sistema, pois extraem as informações necessárias do seu entorno, de modo a absorvê-las e (re)qualificá-las segundo sua maneira específica e própria de atuação. Nesse sentido, explica Lígia Mori Madeira (2007, p. 29) que,

[...] os sistemas sociais têm uma dupla função, eles são os mediadores entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência. Tentando reduzir complexidade, os sistemas sociais utilizam-se de dupla seletividade, ou seja, selecionar as possibilidades do mundo a partir de critérios internos ao sistema.

Com tal operabilidade, percebe-se que o funcionamento dos sistemas existe para reduzir a complexidade presente no ambiente, pois, enquanto esse existe de forma desordenada, e até caótica, aquele se movimenta para tentar organizá-lo e reduzir a sua complexidade. Esse movimento de autoprodução é chamado por Luhmann de *autopoiese*<sup>4</sup>, conceito emprestado por ele de Maturana e Varela (KUNZLER, 2004, p. 126).

Mencionada característica, própria do sistema social – objeto deste estudo –, não é vislumbrada, contudo, em todas as formas sistêmicas identificadas por Luhmann. Assim sendo,

<sup>3</sup> *Entorno* ou *ambiente* é tudo aquilo que não compõe o sistema. Por exemplo, sendo a sociedade um sistema social, não é ela formada por pessoas, mas sim por comunicação. Sendo assim, as pessoas estão no lugar de ambiente para os sistemas sociais. (No mesmo sentido, ver KUNZLER, 2004, p. 127).

<sup>4</sup> O conceito de *autopoiese* foi desenvolvido por Humberto Maturana e Francisco Varela na tentativa de determinar o que viria a caracterizar um sistema vivo. Sobre isso, explica Alexandre da Maia (2000, p. 52) que “*Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – em relação aos demais é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção própria, fechada, circular e autoreferencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema*”.

passa-se agora a um esclarecimento a respeito dos diversos tipos de sistemas observados pelo autor em suas pesquisas, os quais podem ser classificados em quatro grupos (KUNZLER, 2004, p. 127), sendo eles:

(A) *Sistemas Não-Vivos* – não são capazes de produzirem a si mesmos; sendo, portanto, considerados como não autopoieticos. Diante disso, para sua conservação, demandam atuação direta do ambiente no qual se encontram, não possuindo capacidade de autogestão. Como exemplo citam-se as máquinas, no geral, computadores, telefones, celulares, tablets etc.;

(B) *Sistemas Vivos* – são aqueles descritos por Maturana e Varela em seus estudos, compostos por operações vitais responsáveis pela autopreservação do sistema, a exemplo de células, animais, corpo humano etc. São, portanto, autopoieticos e não precisam de decisões oriundas do entorno relativas a elas, como no caso dos sistemas não-vivos, anteriormente explicados;

(C) *Sistemas Psíquicos* – são aqueles constituídos pela consciência e pelos pensamentos, sendo também autopoieticos, visto que os pensamentos geram uns aos outros, não demandando interferências externas;

(D) *Sistemas Sociais* – são aqueles constituídos por comunicação, a exemplo da política, do direito, da educação, da economia, da teologia, da psicologia etc. A comunicação relativa a esses sistemas forma-se quando há compreensão da informação contida na mensagem emitida e a autopoiese ocorrerá quando as diversas comunicações ligarem-se umas às outras.

Entendidas tais distinções, por fim, cumpre dizer que, em sendo o Direito um sistema social, o presente trabalho irá preocupar-se, logo em seguida, com o detalhamento das suas especificidades, de modo que se entenda sua forma própria de operação sistêmica. Afinal, mais em frente, tal conhecimento será utilizado para explanar o sentido que Luhmann atribuiu à ideia de Constituição.

## **O SISTEMA JURÍDICO E SUA OPERABILIDADE**

Compreendidos, então, tais pressupostos basilares, passa-se ao estudo específico do sistema do Direito, o qual corresponde a um dos subsistemas sociais, contido no grande sistema social global idealizado por Luhmann (MADEIRA, 2007, p. 29). Destarte, importa destacar as características do sistema jurídico, presentes também em outros sistemas sociais, como o fato de ser autopoietico, autorreferente e operacionalmente fechado.

É autopoietico, pois, como dantes mencionado, desenvolve-se e evolui segundo suas próprias formas de atuação, sem necessitar de uma ingerência do ambiente sobre o seu processo de autoconstrução. Por isso, diz-se que ele é construído exclusivamente por elementos internos ao próprio sistema (KUNZLER, 2004, p. 128).

Nessa toada, por ser autopoietico, é também autorreferente, na medida em que “se diferencia de todo o resto, identifica-se, torna-se único, cria uma identidade, ou seja, cria a sua particular estrutura” (KUNZLER, 2004, p. 129), atuando mediante um código binário próprio (direito e não-direito). Esse código, então, irá selecionar as variantes presentes no seu entrono e transformá-las em uma complexidade estruturada: os elementos identificados com o código “direito” integram o sistema jurídico, enquanto aqueles reputados como “não-direito” permanecem externos ao citado sistema (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 67).

Em razão disso, fala-se, ainda, em um fechamento funcional, o qual irá proporcionar ao sistema a possibilidade de desenvolvimento de uma complexidade própria e estruturada, diferente daquela existente no seu entorno (KUNZLER, 2004, p. 130). No máximo, o que pode

ocorrer é uma irritação do sistema a partir de situações presentes no ambiente, as quais o estimulam a prática da autopoiese e promovem a sua evolução, conforme a sua própria tolerância (KUNZLER, 2004, p. 128).

Ainda, diante de um sistema considerado hermético, é importante explicar que a irritação, em si, não pode ser tida como fator externo àquele; ao contrário, trata-se de elemento intrínseco ao sistema e que, ao colidir com outros elementos, promove a referenciada autopoiese, tratando-se, necessariamente, de produto do próprio sistema.

A título de exemplo, tem-se o que ocorreu, no Brasil, com a questão relativa às famílias homoafetivas<sup>5</sup>. Acontece que tais agrupamentos eram tidos, pelo Direito, como não constitutivos da ideia de entidade familiar, relegando os indivíduos que compunham esses grupos a uma situação de não concessão de direitos na esfera *jusfamiliarista*, os quais, por sua vez, eram atribuídos exclusivamente a pares heteroafetivos<sup>6</sup> pelo próprio ordenamento (DIAS, 2015, p. 274).

Situações como essa, de discriminação, social, política e legal, foram responsáveis, a seu turno, pelo surgimento de movimentos reivindicatórios e de luta por reconhecimento e emancipação dessa parcela populacional, cuja pauta se compunha, dentre tantas outras reivindicações, da atribuição de efeitos civis às uniões homoafetivas (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 72).

Diante disso, finalmente, em 2011, através do julgamento conjunto da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o sistema jurídico passou a reconhecer a natureza familiar dessas estruturas sociais e a atribuir-lhes efeitos jurídicos próprios de família (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011).

Assim, pode-se vislumbrar a atuação autopoietica do sistema jurídico que, apesar das irritações externas oriundas do ambiente (movimentos sociais), promoveu uma autoadaptação, segundo seus critérios particulares de operabilidade (julgamento pelo STF), que passaram a atribuir a qualidade de “direito” às uniões formadas por pessoas de mesmo sexo e, inserindo-as em seu sistema, conferiu-lhes o devido tratamento jurídico, com atribuição de direitos e deveres correlatos às entidades familiares.

Por fim, entendidas as características do sistema jurídico, cumpre mencionar a relação do Direito com aquilo que Luhmann chama de expectativas, as quais nada mais são do que estruturas internas ao sistema que se formam com base na comunicação estabelecida (KUNZLER, 2004, p. 128).

Ocorre que, como sistema social, o sistema jurídico será composto por comunicação, a qual, para Luhmann, forma-se a partir de três componentes, simultaneamente apresentados: a) a informação – representa aquilo que se quer passar ao receptor; b) o dar-a-conhecer – o que se transmite ao receptor; e, c) a compreensão – dizendo respeito ao que foi absorvido efetivamente pelo receptor, a partir do que lhe foi dado a conhecer.

Dessa forma, fala-se na existência de uma dupla contingência, já que sempre haverá um grau de indeterminação na comunicação, pois não há como se determinar tudo que acontecerá em seu cerne. Afinal, não há como saber qual será a resposta do receptor diante daquilo que se lhe deu a conhecer, tampouco é possível transmitir a outrem tudo aquilo que se têm dentro de um sistema psíquico próprio (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 69).

---

<sup>5</sup> Entende-se por família homoafetiva aquela que é formada a partir do relacionamento afetivo-sexual desempenhado por duas pessoas de mesmo sexo (No mesmo sentido, ver DIAS, 2000).

<sup>6</sup> Na mesma linha, família heteroafetiva é aquela formada a partir do relacionamento afetivo-sexual desempenhado por duas pessoas de sexos distintos.



A partir dessa dupla contingência, surge a figura das expectativas, que serão geradas a partir do processo de comunicação previamente descrito. No caso do Direito, fala-se em expectativas normativas, que são aquelas que se mantém ainda que alguém venha a transgredi-las (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 70). Isso ocorre, por sua vez, pois a “[...] função do direito está em generalizar e estabilizar expectativas de condutas e regular conflitos mediante a constituição de procedimentos para fazê-lo” (MADEIRA, 2007, p. 31). Por isso, diz-se que o sistema jurídico é contrafático, visto que se conserva no tempo, independentemente do cumprimento ou não das condutas esperadas (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 70).

Por exemplo, quando o art. 121 do Código Penal brasileiro determina que a pena para a prática do crime de homicídio simples será de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão, gera-se, a partir daí, no sistema jurídico, a expectativa de que as pessoas (sistemas psíquicos) não pratiquem tal ato, sob pena de que seja decretada pena privativa de liberdade como sanção para tal ato. No entanto, em que pese a frustração de tal expectativa por parte de um indivíduo qualquer, ela irá subsistir com relação aos demais.

Por outro lado, existe também a figura das expectativas cognitivas, ou seja, aquelas que se adaptam à realidade, ainda que venham a ser frustradas (MORAIS; SURUAGY, 2017, p. 70). Como exemplo disso tem-se um debate entre duas pessoas (dois sistemas psíquicos distintos), no qual cada uma irá expressar seu ponto de vista na tentativa de obter a adesão da outra ao seu pensamento. Nesse caso, ainda que a expectativa cognitiva (mudança de opinião da outra pessoa) não venha a se concretizar, ela adapta-se à realidade da sua frustração, o que não costuma ocorrer com o Direito.

Essa estruturação funcional através da qual se apresenta o sistema jurídico, no entanto, não impossibilita que haja a sua autoadaptação mediante as irritações instigadas pelo ambiente, de forma que as expectativas normativas transformem-se, a exemplo da citada situação envolvendo as uniões homoafetivas.

Compreendida essa operabilidade própria que é relativa ao Direito, discutir-se-á, no tópico que se segue, o papel da Constituição dentro do sistema jurídico e também a relação desse elemento com o sistema político.

## **A CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA: O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA**

Em sua obra “A Constituição como Aquisição Evolutiva” (1990), Luhmann trabalha, essencialmente, o papel da Constituição no sistema jurídico e a respectiva interação com o sistema político, tendo como pressuposto a sua própria Teoria dos Sistemas, nos moldes retro apresentados.

No citado texto (LUHMANN, 1990), tem-se, inicialmente, a apresentação da Constituição sob 02 (duas) óticas distintas: a) a visão dos juristas, segundo a qual as Constituições representariam verdadeiras aquisições da civilização moderna, oriundas de um planejamento intencional, resultado da razão, sem deixar de reconhecer que essa construção, conquanto não se limite a um processo único, está sujeita a replanejamentos, decorrentes da atividade interpretativa ou mesmo da mutação constitucional; b) a visão dos sociólogos, que, a partir de uma teoria da evolução, reconhecem na regulamentação constitucional um movimento evolutivo, ao invés de uma inovação propriamente dita – para eles, atribuir ao surgimento de uma Constituição o caráter de momento de criação intencional não passaria de uma ilusão de factibilidade, não se podendo falar em genuína inovação, porquanto, aquilo que porventura venha

a ser considerado novo, muitas vezes não passa de modificação de distinções, conceitos ou significados em relação a compreensões tradicionais, adstrita ao campo da linguística.

Com o escopo de demonstrar seu ponto de vista, Luhmann se vale da análise do fenômeno da constitucionalização moderna, delimitando geograficamente seu objeto de estudo à França, Inglaterra e Estados Unidos, contraditando a compreensão geral de que suas respectivas Constituições resultaram de atos revolucionários. Disso seria exemplo o *Bill of Rights*: considerado um dos pilares do constitucionalismo do Reino Unido, mesmo ao estabelecer limites ao exercício do poder soberano monárquico, regulamentar a atuação do Parlamento e declarar direitos dos súditos, não poderia ser considerado como fato novo e revolucionário; ao contrário, “descreve claramente a situação jurídica existente e não introduz nada de novo que leve a outra situação” (LUHMANN, 1990).

Outro ponto importante para a adequada compreensão do tema é o conceito de Constituição e a sua evolução, partindo da distinção entre o seu uso linguístico jurídico e o ético-político ou jusnaturalista. Explica-se: na acepção linguística jurídica, Constituição referir-se-ia a “decretos de direito positivo”, enquanto que “na linguagem política, *constitutio/constitution* é a constituição corpórea quer do homem singular, quer do corpo político”, tendo como critério de avaliação o binômio “saudável-doente”, adotando o código binário “poder/não-poder” (LUHMANN, 1990).

Ocorre que, a partir das inovações linguísticas operadas pelas Revoluções Americana e Francesa, Luhmann (1990) constata uma confusão entre as tradições jurídica e política, de modo que “ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado”, havendo uma interpenetração entre as terminologias jurídica e política, na medida em que há a fixação jurídica da ordem política, bem como por ser a ordem política considerada como ordenamento jurídico.

Contudo, limitar o fenômeno da constitucionalização à categoria de inovação ou renovação linguística seria por demais reducionista, sendo necessário compreender o que há para além desse fenômeno. É, justamente, nesse ponto que Luhmann (1990) se propõe a demonstrar, a partir de sua Teoria dos Sistemas, que, diversamente do que se extrai de uma primeira análise superficial, o conceito de Constituição “é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles”.

Seguindo o raciocínio Luhmanniano, a Constituição, inserida no contexto do sistema jurídico – esse, como sistema social, configurado como autopoietico – e erigida a um patamar de superioridade em relação às demais normas jurídicas, deve ser entendida como uma estrutura autológica: é a Constituição que atribui a si própria primazia no ordenamento jurídico em simultaneamente, se auto inclui no seu âmbito de regulamentação, servindo, a partir de então, como a medida de conformidade e não conformidade com o sistema.

Esclarecendo, é a própria Constituição que, no âmbito jurídico, realizará a contingência do sistema, diferenciando o direito do não-direito a partir da conformidade/não-conformidade de todas as demais leis e atos jurídicos com as normas constitucionais: reputa-se direito, revestindo-se de validade, tudo aquilo que se encontra em conformidade com a Constituição, enquanto se considerada não-direito (ou demais direito) e, portanto, inválido, o que com aquela estiver contrastando.

Interpretando-se juridicamente a Constituição, no entender de Luhmann (1990), essa tem-se por necessária na medida em que representa o fundamento de validade do direito e, enquanto componente do sistema jurídico, ao servir de orientação para o código binário direito/não-direito,

refletindo uma operação interna ao próprio sistema, de modo a preservar a autorreferencialidade sistêmica do direito.

Importante ressaltar ser indevida a aplicação do código binário a si mesmo, não cumprindo, na análise sistêmica, adentrar na discussão acerca do próprio código. Assim, investigar se o mencionado código – no caso, a própria Constituição – é direito ou não-direito é paradoxo que deve permanecer invisível, não sendo o propósito do estudo de Luhmann (1990) adentrar na questão do fundamento de validade do Direito Constitucional, quiçá da própria Constituição.

Seguindo o raciocínio, cumpre destacar a necessidade de criação do direito pelo próprio direito, na medida em que, sendo o sistema jurídico hermético, autopoiético e autocíclico, para a positivação do direito, não se admite interferências externas, não sendo possível, assim, a produção de normas jurídicas a partir de elementos como a natureza e a vontade política. Resumindo essa ideia, afirma Luhmann (1990) que “o código direito/não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito/não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença”, de modo que a Constituição se autolegitima e se autotutela, sendo condição que essa manobra autológica permaneça invisível no sistema.

Quanto à utilização, pela Constituição, de conceitos como povo, eleitor, partidos políticos e Estado, embora, num primeiro momento, remetam à política, são considerados jurídicos enquanto inseridos no texto constitucional, mantendo-se o fechamento hermético do sistema jurídico, servindo esses elementos, assim como a própria Constituição, como acoplamento estrutural do sistema, conforme se demonstrará adiante.

Antes, contudo, é importante estabelecer a diferença entre o sistema jurídico e o político, baseada, essencialmente, no conteúdo de seus códigos: enquanto o jurídico se utiliza do direito/não-direito, o sistema político é centrado no código contingencial de poder/não-poder.

Diante disso, Luhmann analisa a função da Constituição no sistema político, se mostrando ela necessária à solução do problema da soberania, em especial, no que concerne aos extremos a que o seu paradoxo poderia levar: “à forma de um poder ilimitado de autolimitação” (LUHMANN, 1990).

Elucidativo é o trecho em que Luhmann (1990) se refere a essa paradoxo: “na fórmula da soberania expressa-se uma tautologia: eu decido como decido. Se se acrescenta uma negação emerge um paradoxo: eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes para todos inclusive também para mim mesmo a partir do momento em que faço parte do sistema: eu me vinculo e me desvinculo”.

Assim, sendo os sistemas jurídico e político distintos, cada um com sua função própria e código correlato, a princípio, não haveria impedimentos ao exercício do poder, no sistema político, em conformidade ou não com o direito.

Nessa esteira, apresenta-se a Constituição como mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a política. Para melhor entender o fenômeno, deve-se lembrar que os sistemas jurídico e político, em que pese acoplados pela Constituição, permanecem configurados como autônomos e com identidades e funções distintas, não se admitindo o controle de um sobre o outro (LUHMANN, 1990).

A relação entre os sistemas em análise, portanto, não é de sobreposição de um sobre o outro, não havendo que se falar em integração desses em uma ordem hierárquico-assimétrica; diferentemente, servem um ao outro como mecanismo de hetero-referenciabilidade, aceito na medida em que se reconhece a impossibilidade de sustentação de um sistema exclusivamente a

partir de bases autorreferenciais, ainda que ele seja dotado de capacidade de auto-organização e auto-observação.

Nessa medida, a teoria do acoplamento estrutural vem socorrer a sustentabilidade dos sistemas, reconhecendo nesse acoplamento o fator propulsor de adaptações e, conseqüentemente, da evolução sistêmica. No campo dos sistemas sociais em análise – jurídico e político –, passa-se a reconhecer a possibilidade de interferências, ainda que limitadas, de um sistema no outro, reconhecendo-se na Constituição o ponto de intersecção entre eles.

Em outras palavras, passa-se a vislumbrar o direito e a política não mais como sistemas absolutamente isolados, admitindo-se a existência de um acoplamento estrutural entre eles em limitada medida, operacionalizado pela Constituição, raciocínio clarificado no exemplo a seguir destrinchado:

A política individua as formas capazes de leva-la em conta referindo restritivamente ela mesma ao Estado e concebendo esse Estado como Estado Constitucional. Em contraste com o antigo conceito europeu de *societas civilis* diz-se agora: sem Estado (constituído) não há política. O direito individua as formas capazes de leva-lo em conta reduzindo a si próprio, mediante a lei constitucional, a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo. Esse projeto global é reiterado e implementado nos planos de segundo grau. A política, se se guia pelo sucesso de sua ação, não pode renunciar ao arsenal do direito que deve funcionar juridicamente e de cujo código binário não lhe permitido se afastar ou desviar. O direito, mediante uma legislatura politicamente influenciável, adequa-se às contínuas pressões exercidas pela política e conquista, com isso, a possibilidade de reenviar para o caminho (*iter*) político muitos impulsos para a sua modificação. (LUHMANN, 1990).

É, justamente, esse acoplamento estrutural que possibilita a um sistema tolerar, limitadamente, a influência de outro sistema. Isso ocorre não por determinações recíprocas, mas, sim, como resultado de reações às perturbações que um sistema possa provocar no outro, sem que tal sensibilidade à irritação de um sistema pelo outro descaracterize o seu fechamento operacional. Não há que se falar, portanto, em interferência, mas, sim, em mera influência de um sistema no outro, segundo a visão luhmanniana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão sistêmica proposta por Luhmann a respeito dos estudos da sociedade é, sem dúvidas, dotada de um caráter inovador e diferenciado, indo de encontro as propostas tradicionais formuladas pelos cientistas sociais. O autor renova as perspectivas acerca do meio social, entendendo-o a partir de um ponto de vista próprio e diferenciado, percebendo a comunicação como o elemento constitutivo dos chamados Sistemas Sociais e também percebendo-os como sendo um todo unitário a que não cabe o estabelecimento de divisas ou fronteiras.

A partir de tal perspectiva, o teórico em análise constrói e desenvolve uma percepção que observa, nesses Sistemas Sociais, uma capacidade de autoconstrução particular – a qual atribuiu o nome de autopoiese –, que, por sua vez, proporciona a eles o domínio sobre sua própria evolução e sobre sua capacidade de diferenciação e de desenvolvimento. Diante disso, diz-se que o Direito, como um subsistema social, gere-se a partir de um binômio, compreendido com base na oposição entre “direito” e “não direito”, “lícito” e “ilícito” ou, ainda, “conforme o direito” ou “não conforme o direito”. Dessa forma, o sistema jurídico desempenha seu papel estruturante de regulador das relações sociais, abarcando para dentro de si os elementos, contidos no ambiente, a que lhe digam respeito ou que lhes denote uma relevância para sua composição; sem, no entanto, que se

implique qualquer ingerência de fatores externos, pertencentes ao entorno, sobre sua autodiferenciação.

Assim sendo, observa-se, também, no Direito, o desempenho de expectativas normativas, as quais, ante a dupla contingência, estabelecida no processo de comunicação, remanescem sólidas, mesmo diante das frustrações e das transgressões a elas. Por isso, fala-se na existência de um caráter contrafático do sistema jurídico, o qual, a seu turno, possui como cerne de suas funções a de estabilização das expectativas gerais e também o de resolução dos conflitos que se formam no âmbito da sociedade.

Com base nessas concepções, por sua vez, Luhmann analisa o papel da Constituição como o de garantidor do processo de evolução sistêmica do Direito. Isso, pois, compreende que o sistema jurídico, a partir do seu processo de autodiferenciação, desenvolveu-se no sentido de encontrar na Carta Fundamental um novo balizador para a autopoiese sistêmica. Tal delimitação, por parte do texto constitucional, dá-se, por sua vez, a partir da verificação de um controle de constitucionalidade, o qual transforma o binômio “direito” e “não direito” na ideia de “constitucional” ou “inconstitucional”, visto que aquele passa a ser o elemento norteador do processo evolutivo no âmbito jurídico.

Ademais, Luhmann enxerga, também, na figura da Constituição, o desenho de um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, representando um ponto de convergência entre ambos. Para o autor, essas estruturas, as quais chama de acoplamentos, são aquisições evolutivas, pois denotam o elevado grau do processo de diferenciação de um sistema, a ponto de gerar um ponto de ligação entre ele e outro sistema qualquer. Essa percepção, entretanto, não denota uma abertura sistêmica para a ingerência de um determinado âmbito dentro de outro e vice versa, mas sim um ponto de convergência entre ambos, oriundo de uma aproximação temática, proporcionada pelo próprio desenvolvimento do corpo sistêmico de cada um deles.

Observa-se, por fim, que a aquisição evolutiva desempenhada pela formação de um acoplamento estrutural, como elaborado pela teoria luhmanniana, não representa e nem deve ser concebida como uma influência do sistema político dentro do campo jurídico. Afinal, tais corpos sistêmicos atuam segundo uma lógica própria a qual não está passível de uma desvirtuação por parte de ingerências externas, que, caso venham a ocorrer, podem representar uma quebra das suas próprias lógicas de atuação. Assim, diz-se que a Carta Constitucional, às vezes também chamada de Carta Política – dada, sobretudo, essa configuração ambivalente, jurídica e também política – apesar de configurar um acoplamento, este não pode simbolizar uma autorização para que haja uma mescla sistêmica desses dois campos, sob pena de desvirtuação de seu desempenho regular e equilibrado.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma vivência interdisciplinar. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann, **Revista Tempo Social: revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 185-200, nov., 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v13n2/v13n2a10.pdf>> Acesso em 04 mai 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 05-05-2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 08 set 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 05-05-2011. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI\\_4277\\_DF\\_1319338828608.pdf?Signature=3tCKJor9pw22ndmfv2CkDfbIRXg%3D&Expires=1459737468&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=82e72df83dc8520f9d7b7eeb704df7c6](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4277_DF_1319338828608.pdf?Signature=3tCKJor9pw22ndmfv2CkDfbIRXg%3D&Expires=1459737468&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=82e72df83dc8520f9d7b7eeb704df7c6)>. Acesso em 08 set 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Trad. CARVALHO NETO, Menelick; CORSI, Giancarlo; GIORGI, Raffaele de para uso acadêmico, s/d. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0By5clwNNfe7KYXBYaUY3NTFmYzg/view>> Acesso em 04 mai 2018.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, 123-136, 2004. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146/144>> Acesso em 04 mai 2018.

MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann, **Revista Direito & Justiça**: revista de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2907/2197>> Acesso em 04 mai 2018.

MAIA, Alexandre da. Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 147, 51-64, jul./set., 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/607/r147-05.PDF>>. Acesso em 04 set. 2018.

MORAIS, Neon Bruno Doering; SURUAGY, Natasha Atanasov. Compreensão do sistema jurídico na perspectiva de Niklas Luhmann: a seletividade do direito nas questões de gênero e de sexualidade. *In*: XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília – DF, 26., 2017, Brasília. **Anais Gênero, sexualidade e direito I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, 62-79. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/j87661vw/BTXmsQnD6qVB64Kh.pdf>> Acesso em 08 set 2018.

## PLURALISMO E LAICIDADE: O “AFFAIRE QUÉBÉCOIS” CONFRONTADOS COM A “REPATRIAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO” DO CANADÁ, QUARENTA ANOS DEPOIS

Rosaria Piroso

Post Doctoral Researcher in Philosophy of Law (UNIFI)

Uma perspectiva sociológica das Constituições introduz à idéia de que os documentos constitucionais não são apenas documentos fundamentais da ordem político-jurídica, mas “pilares vivos”, nomeadamente “*living instruments*”. A superação de uma concepção de sociologia como disciplina externa ao direito, à *la* Kelsen, implica que as práticas ou instâncias sociais dignas de proteção possam ser traduzidas em situações jurídicas subjetivas.

A entrada em vigor das constituições rígidas corresponde à redução da centralidade e primazia da lei. O motivo não é apenas de natureza técnico-formal, pois os papéis dos direitos ou os princípios constitucionais supremos, além de terem uma posição hierarquicamente superior em relação à legislação primária, expressam a atitude procedimentalizadora do Direito sobre poder político e, portanto, nos previsões normativas que emanam dele.

No Estado de Direito, o juiz não muda de papel apenas porque, a partir de um mero executor de regras, ele passa a controlar a constitucionalidade das leis, mas também porque está conectado à sociedade como ator institucional relevante e, juntos, como subjetividade com experiência concomitante e anterior ao exercício da função jurisdicional. Nos sistemas de “*common law*”, em particular, o juiz está conectado de maneira flexível à esta empreitada por fazer parte da classe forense, instituições governamentais e órgãos públicos. A idéia de que o trabalho do juiz precede ou redefine funcionalmente o poder legislativo não é uma sugestão pura, com um sabor romântico, na cultura jurídica. Em resumo, na ausência de uma “*forma mentis*” jurídica, o juiz pode ser um agente que se estende ao máximo ou restringe a atitude processualizadora do direito.

Este artigo enfocará a experiência canadense e, dentro do sistema canadense, o particular “*affaire québécois*”, a partir do processo da “Repatriação da Constituição” no ano de 1982 e a recusa de Quebec em aderir à federação canadense até a proposta muito recente do governo de Québec pretendia a constitucionalização formal do secularismo.

O artigo pretende mostrar como o quadro constitucional pode ser a expressão de uma mudança na sociedade, levada em consideração na agenda do poder político e, portanto, como, em alguns casos, é o âmbito institucional que cria as condições para uma jurisprudência garantida ou evolucionária. Consequentemente, a visão sobre Quebec no Canadá, com referência aos últimos desenvolvimentos políticos, visa sublinhar como a constitucionalização no sentido de exemplo puro de positividade não responde a demandas sociais ou de reivindicações, mas é uma postura contingente do poder político, em desconexão com a sociedade.

A proposta “*caquiste*”<sup>1</sup>, em um paradoxo teórico, visa a constitucionalização formal do secularismo “desincentivando” o valor constitucional do pluralismo religioso, expresso pela jurisprudência canadense dos últimos cinquenta anos.

---

<sup>1</sup> O qualificativo “*caquiste*” resulta de “CAQ”, acrostico de “*Coalition di Avenir du Québec*”, a extrema direita que venceu as eleições em outubro do ano 2018.

Nesta primeira parte, mostrarei as idéias centrais do documento constitucional conhecido como Carta do Canadá, nomeadamente a “*Canadian Charter*”, que inclui os princípios fundamentais, no que diz respeito à interpretação evolutiva da Suprema Corte do Canadá. Em seguida, considerarei a instância multiculturalista como um parâmetro da interpretação judicial na proteção dos direitos e a forte proteção da diversidade religiosa como defesa contra o uso instrumental do conceito da chamada “identidade minoritária”, contra as novas ferramentas seletivas para definir o pertencimento ao grupo majoritário. Por fim, tratarei do caso específico de Quebec como um exemplo de uma tentativa de legitimar o secularismo radical, considerando minorias em termos religiosos, endossando uma “religiosização” como uma nova forma de racialização.

A Carta do Canadá marca a transição da Suprema Corte do Canadá, de um “*tribunal cativo*”<sup>2</sup> sob o “*Privy Council*” para a principal instituição do país. A relevância do papel da Corte está ligada à proteção das liberdades e direitos baseados na identidade. A Carta do Canadá é o resultado da complexa avaliação da diversidade aprovada pela Comissão Real no quarto livro do “Relatório sobre Bilinguismo e Biculturalismo”<sup>3</sup>. Neste volume do relatório, a Comissão superou o paradigma das “duas nações fundadoras”, o inglês e o francês, construiu um novo léxico político-jurídico e propôs que se repensasse a idéia de viver juntos. O termo “raça” não tinha espaço nesse contexto e o termo “etnia” não equivalia a “raça”, mas a “nação ou país de origem”.

Embora as Recomendações da Royal Commission, relativas à antidiscriminação, ao pluralismo como centro de gravidade do ensino nas escolas e universidades e da comunicação da mídia, não tenham sido completamente aplicadas pelo poder político, foi o governo canadense que endossou o projeto de uma constituição pluralista, abraçando a instância multiculturalista como pedra angular.

A proteção do multiculturalismo não foi fornecida por uma disposição estática, mas por uma cláusula judicial interpretativa, no Artigo 27 da Carta do Canadá, segundo o qual: “todas as disposições da Carta do Canadá devem ser interpretadas de maneira consistente com a melhoria da herança multicultural canadense”<sup>4</sup>.

Na hermenêutica evolutiva da Suprema Corte, a herança multicultural não é um “tesouro”, um “moisac congelado”, mas o ponto de partida para a proteção dos direitos fundamentais, não “empacotados” em sentido majoritário<sup>5</sup>, como a liberdade religiosa, cujo exercício não implique escolher entre um pertencimento não católico e o direito ao trabalho para alcançar a dignidade e, historicamente, como o direito ao aborto.

Na decisão “*Big M Drug Mart Ltd*”, no ano de 1984, a Suprema Corte do Canadá, pela primeira vez, usa a cláusula interpretativa multiculturalista para declarar inconstitucional o “*Lord’s Day Act*” que prevê sanção penal para quem trabalha no domingo. Considera que a liberdade de religião do titular da loja “*Big M Drug Mart Ltd*” foi violada por uma visão majoritária e por um prejuízo conspícuo. A Corte afirmou o direito de não ser católico e de trabalhar no domingo, com respeito ao caráter multicultural do Estado canadense. A argumentação judicial expressa uma visão weberiana das liberdades, porque a Corte declarou que a violação do direito de uma única

---

<sup>2</sup> A expressão, usada no debate constitucional canadense, alude à posição de sujeição da Suprema Corte do Canadá, prisioneira de seu papel como uma junção funcional estratégica em relação aos interesses da Commonwealth.

<sup>3</sup> Na complexa experiência, conhecida como “Report on Bilingualism and Biculturalism”, a “Royal Commission” se concentrou na diversidade social, cultural, linguística e religiosa que começou a caracterizar a sociedade canadense a partir do início dos anos sessenta do século passado.

<sup>4</sup> O texto original é mostrado: “This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians”.

<sup>5</sup> Em inglês, diríamos “*majoritarian packaging*” para indicar que a proteção dos direitos passa pela maioria ou que os direitos são “feitos” por aqueles que detêm o poder político.



pessoa tem um impacto perturbador em todo o "*quantum*" de liberdade, garantido pelo sistema. Também expressa uma visão luhmaniana das instituições, porque o Tribunal argumentou que as leis e práticas são afetadas pelo majoritarismo político.

De acordo com o uso pleno de um paradigma pluralista de interpretação, a Corte se baseou no artigo 27 da Carta do Canadá para afirmar, no julgamento chamado Morgentaler II, no ano de 1988, o direito ao aborto e à assistência médica.

George Dickson, que na época era o presidente da Corte Suprema, construiu uma interpretação evolutiva do artigo 1 da Carta do Canadá no sentido de uma redução do poder político. Por uma questão de fato, o legislador e o governo devem prestar contas de cada limitação a um direito que não possa ser definido como um "comprometimento trivial", isto é "*trivial impairment*".

Essa hermenêutica deu a base a uma "constitucionalização substantiva" da "*accomodating diversity*", conhecida como "Abordagem da Seção 1", nomeadamente "*Section 1 Approach*", porque a idéia central é que, em caso de ausência de um limite razoável, cada forma de acomodação que possibilite o exercício de um direito é constitucionalmente admitido. Nesse contexto, a execução judicial prevista no Artigo 24 da Carta do Canadá não parece uma "cláusula processual", mas um eixo constitucional do sistema. Nesse sentido, também poderíamos nos concentrar na aplicação do Artigo 15 da mesma Carta, que fornece uma "visão pró-ativa" da igualdade, não uma "visão retroativa". Isso implica que a igualdade não é concebida como um princípio da lei natural ou um princípio legalista, como um "*input*", mas como um "*output*", a saber como um caminho político que deve ter como objetivo remover a desigualdade.

Por meio da "Abordagem da Seção 1", a Suprema Corte do Canadá tentou equilibrar a escolha política de excluir os direitos indígenas do "guarda-chuva de proteção" da Carta Canadense, que é fornecida pelo Artigo 35 da Constituição canadense, a seguir ao último Artigo incluído na Carta.

O multiculturalismo no Canadá tem seu baricentro na proteção da diversidade religiosa, que foi crucial para reinventar a cidadania como uma prática social, não como um "*status*". Isso se resume à "Cidadania Religiosa Igual", uma condição em que as pessoas não sejam obrigadas a escolher entre sua liberdade de religião e direito de trabalhar livremente, independentemente de seu pertencimento religioso ou cultural. Uma forte proteção constitucional dos direitos religiosos permitiu que um mecanismo neutralizasse o uso instrumental da identidade religiosa, com o objetivo de introduzir novas ferramentas seletivas para definir o pertencimento de acordo com o "tipo ideal" de Estado-Nação, como a racialização da religião.

De fato, a Carta Canadense não é apenas um exemplo de judicialização da política e de policiamento do judiciário, mas tem sido uma força motriz para "horizontalizar" a sociedade, reduzir a instância legalista e limitar o poder administrativo. O projeto constitucional foi baseado na tentativa de construir uma nova identidade canadense que, do ponto de vista conceitual, deveria ter superado a idéia de "grupos minoritários" opostos à maioria e deveria ter afirmado a pluralidade de cidadania e origens na "*Canadianess*".

A jurisprudência sobre diversidade religiosa, no que diz respeito à aplicação dos artigos 1 e 2 da Carta do Canadá, teve resultados teóricos pioneiros. Podemos pensar nesse resultado levando em consideração a dicotomia "liberais-comunitaristas" e a antinomia antropológica subjacente entre o "*enuncumbered-self*", o protótipo liberal branco, a saber "*white anglo-saxon protestant*", concebido como independente de qualquer vínculo, até de laços familiares e o "religious doped", uma pessoa descrita como onerada por uma comunidade monolítica.

A Suprema Corte do Canadá superou essa esquematização no caso *Amselem*, no ano de 2004, no qual a Corte argumentou que Amselem, um judeu ortodoxo, tinha o direito de construir uma "súccah" em sua varanda para praticar a festividade religiosa do "succhoht", com base em a sinceridade de sua crença e independentemente das práticas mencionadas acima foram fornecidas por um princípio religioso. Além dos fatos específicos, a decisão é muito relevante, pois afirmou que uma pessoa pode reivindicar uma identidade, no "hic et nunc" de um julgamento judicial, não ser associado para sempre a sua pertença religiosa ou cultural.

Este princípio hermenêutico, por exemplo, é usado pela Corte no el caso *Multani*, no ano de 2006, para reconhecer o direito de um garoto de usar um símbolo religioso como o "kirpan"<sup>6</sup> na vida escolar. Pensamos no fato de que esse comportamento pode ser considerado crime<sup>7</sup>. Essa tendência judicial afirmou uma interpretação baseada no sujeito da liberdade de religião e, conseqüentemente, uma interpretação do secularismo baseada no assunto, considerada pela jurisprudência da Suprema Corte do Canadá como um direito, não um interesse público securitário.

No caso do Quebec, a oposição inicial ao processo de *Repatriação de Constituição*<sup>8</sup> pretendia afirmar a rotulagem do multiculturalismo como uma maneira, pelo ex-ministro Pierre Elliott Trudeau, de modificar a "québécoise distinctiveness". Sob um ponto de vista legal, apesar de contrário à Repatriação de Constituição, Quebec não pode se recusar a aderir à federação canadense, abrangida pela jurisdição federal. Embora o multiculturalismo como ferramenta política e jurídica tenha sido aprimorado primeiro no Quebec, onde o bilinguismo era real e institucional, ser "québécois" em vez de "quebecer" exigia encontrar uma idéia semelhante, mas diferente, do multiculturalismo, o que é chamado interculturalismo.

Como Bhikhu Parekh, Tariq Modood e Louis Philippe Lampron<sup>8</sup> declararam, a diferença entre multiculturalismo e interculturalismo não existe: "En devrait fonder juridiquement l'interculturalisme".

À luz do evento recente, a "québécoise distinctiveness" não pode ser considerada apenas como mera reivindicação de independência, mas como um fenômeno engendrado pela centralidade da religião católica, a interconexão entre as "escolas denominacionais católicas" e os membros francófonos e a diferença da França, porque Quebec é uma província da federação canadense, não um estado que pode dar cidadania em troca de assimilação religiosa ou cultural.

No Québec, um debate público sobre religião teve como objetivo limitar a "accomodating diversity". Começou oficialmente com o "Relatório Taylor-Bouchard", mas, mais precisamente, com o uso instrumental deste relatório acima mencionado. Os surtos antimulticulturalistas deram origem a um uso excessivo do discurso religioso no quadro de uma tentativa de "religiosização" como uma nova ferramenta de "racialização" e, conseqüentemente, de marginalização e exclusão.

Seis anos atrás, no agosto de 2013, o Parti Québécois propôs o "Projeto de Lei 60", conhecido como "Carta Secular" (ou "Carta dos Valeurs", isto é "Charte des Valeurs") que, em sua regra principal, o Artigo 5, previa a proibição de chamados símbolos religiosos ostensivos em relação a setores específicos do emprego público.

Esta proposta foi derrubada em abril de 2014, quando o Parti Québécois perdeu as eleições provinciais, mas o pressuposto dessa proposta não expirou. Em vez disso, poderíamos pensar que

<sup>6</sup> O "Kirpan" ([kɪrˈpɑːn]; Punjabi: kirpān) é uma adaga sacral carregada pelos seguidores do sikh. O "Kirpan" é um dos cinco "K's", que são os cinco artigos de fé que todos os sikhs usam para provar sua crença no sikhismo.

<sup>7</sup> Na Itália, por exemplo, sobre esse assunto, existe uma jurisprudência restritiva que atribui tal conduta à ofensa prevista e punida pelo artigo 4 da Lei 110 de 1975, intitulado "Porto de armas ou objetos a serem ofendidos".

<sup>8</sup> O último como insider do debate "québécois".

o Partido Liberal, por trás de uma espécie de compromisso político, decidiu aceitar como consequência de sua proposta de secularismo, a "Loi 62", a rotulagem e a marginalização de uma parte da população "*québécoise*", fornecendo a proibição de oferecer e receber um serviço público com uma "burca". Como Coline Bellefleur sublinhou, advogada e membro da "Associação de Advogados Muçulmanos Canadenses", essa disposição afetou 1% da população de Quebec, discriminando as mulheres que "usam" uma "burca", porque, por exemplo, é impossível eles pegam um ônibus sem multas. Além disso, a proposta visava afirmar uma idéia "legalista-sistemática" de "acomodação razoável", nomeadamente "*reasonable accomodation*" que contrasta com a "constitucionalização substantiva" fornecida pela interpretação evolutiva do Supremo Tribunal do Canadá. Portanto, parece uma regressão séria. A proposta tenta separar os casos que implicam a "acomodação religiosa" do campo geral da "acomodação razoável".

De acordo com a idéia da "Comissão de Direitos da Pessoa e dos Direitos da Juventude", órgão que avalia o cumprimento constitucional das disposições normativas, essa separação provoca um efeito hierárquico nos direitos, prejudicando a compensação judicial. Por uma questão de fato, o juiz deve levar em conta os direitos previamente "empacotados" como "direitos religiosos" ou definidos "direitos não religiosos". Portanto, é interessante que um "objetivo de estereotipagem" diga respeito à base da perspectiva multiculturalista, a saber, a "*accomodating diversity*".

A mudança restritiva equivale ao "*Loi caquiste*" ou "*Loi sur la laïcité de l'État*". Essa lei radicaliza as premissas da Carta Secular, proibindo os chamados símbolos ostensivos religiosos para os empregadores públicos. Por outro lado, esta lei salva todos os símbolos cristãos, concebidos em uma perspectiva "não religiosa", como parte do patrimônio histórico e cultural do Quebec: a cruz cristã exposta na Assembléia Nacional, sob a qual essas disposições foram aprovadas, a famosa e visível, poderíamos dizer mais do que uma cruz cristã "ostensiva" no Monte Royal Hill. Depois que o tecido multiculturalista resistiu aos pedidos secularistas da Carta Secular, ele precisa entender por que, cinco anos depois, a *Coalition du Quebec* conseguiu impor uma idéia secularista radical, acabando introduzindo uma cláusula de derrogação para a constituição do Quebec, que parece alarmante em suas instalações e escopo.

A "*québécoise distinctiveness*" foi sobrecarregado por uma conotação cultural estritamente ligada à religiosidade dos crentes "não-católicos" e à "dess-religiosização" dos católicos. De acordo com essa abordagem, a pessoa que pratica a religião que não deixa o "*hijab*" ou o "*kirpan*" deve ser excluída pela esfera pública, porque está seguindo uma opção que não é obrigatória. Sob um ponto de vista sociológico, essa atitude expressa uma epistemologia dos símbolos religiosos sobrecarregada por uma perspectiva majoritária que implica que a única maneira de viver uma religião é a cristã, na qual a religião é um fato interior para o crente. A constitucionalização formal do secularismo é dirigido para legitimar o secularismo radical e aprimorar a idéia segundo a qual processos de autodefinição diferentes dos católicos-secularistas, em língua italiana, dizemos que "*Catto-laico*" não tem espaço em uma sociedade ocidental.

No caso "*québécois*", é relevante a sobreposição instrumental entre a especificidade do Quebec ligada à identidade histórica e a construção da especificidade como conceito político, funcional à necessidade eleitoral.

A especificidade como diversidade cultural, linguística e religiosa do Quebec, nomeadamente a "*québécoise distinctiveness*" pode ser considerado um patrimônio constitucional, enquanto a especificidade ligada ao secularismo, mencionada na retórica pública, é objeto de uma constitucionalização formal que retrai o padrão de proteção constitucional dos direitos, construído em questões religiosas pela jurisprudência da Suprema Corte do Canadá nos últimos cinquenta anos.

## REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine, **Les juges dans la mondialization, La nouvelle révolution du droit**, Edition du Seuil et la République des Idées, 2005.

Assemblée Nationale du Québec, "**Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accomodament**", 7 novembre 2013.

Assemblée National, Quarante e Unième Législature, **Projet de Loi n. 62** "Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accomodements religieux dans certains organismes, Présenté par Madame Stéphanie Vallée, Ministre de la Justice, 2015.

BOISVERT, Nick, "**After Quebec's Bill 62, Muslim women find new resolve to fight discrimination**. The Canadian Council of Muslim Women is celebrating its 35th anniversary", CBC News, 22 octobre 2017, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/muslim-women-awards-1.4364749>.

BORROWS, John, "Landed" Citizenship: Narratives of Aboriginal Political Participation, in CAIRNS, Alan (edited by), **Citizenship, Diversity and Pluralism, Canadian and Comparative Perspectives**, McGill-Queen's, Montreal-Kingston, 1999, p.72-86.

BOUCHARD, Gerard; TAYLOR, Charles, **Report of the Consultation Commission on Accomodation Practices Related to Cultural Differences, "Building the future: A Time for Reconciliation"**, <http://www.accomodements-quebec.ca/documentation/rapposrts/rapport-final-en.pdf>.

BRAMADAT, Paul; DAWSON Lorne (edited by), **Religious Radicalization and Securitization in Canada and Beyond**, University of Toronto Press, Toronto Buffalo London, 2014, kindle.

BRUBAKER, Rogers, **Nationalism Reframed**, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

CAIRNS, Alan, **Charter versus Federalism, The Dilemma of Constitutional Reform**, McGill-Queen's University Press, Montreal, Kingston, London, Buffalo, 1993.

CAIRNS, Alan, **Citizens Plus: Aboriginal Peoples and the Canadian State**, University of British Columbia Press, Vancouver-Toronto, 2000.

CAIRNS, Alan; WILLIAMS, Cynthia, **Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada**, Toronto, 1985.

**Code de Hérouxville**, <http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/herouxville>.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, **Commentaries sur le document gouvernemental**, vers. ingl. **Comment on the government policy paper**, 16 octobre 2013, Québec.

COLAJANNI, Nicola, **Eguaglianza e diversità culturali e religiose, Un percorso costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 2006.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, **L'utilisation de la clause dérogatoire de l'article 52 de la Charte des droits et libertés de la personne par le législateur**, Résolution COM-270-9. 1.2, 1986.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, **Memoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale – Projet de loi n. 21, Loi sur la laïcité de l'État**, Québec, Maggio 2019.

- COUILLARD, Philippe; BISSONNET, J., "**L'Assemblée nationale adopte le projet de loi sur la neutralité religieuse de l'État**", Radio Canada, 18 octobre 2017, <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1062025/adoption-aujourd'hui-projet-loi-neutralite-etat-quebec>.
- LÉVESQUE, Fannie, **La loi 62 'ne passera pas le test' des tribunaux, selon Bouchard at Taylor**, La Presse, 22 octobre 2017.
- LEVEY, Geoffrey Brahm, Secularism ad Proto-Multiculturalism: The Case of Australia, in TRIANDAFYLLIDOU, Anna; MODOOD Tariq, (edited by) **The Problem of Religious Diversity, European Challenges, Asian Approach**, Edimburgh University Press, Edimburgh, 2017, pp. 228-249.
- LEVINE, Marc, **The Re-conquest of Montreal: Language Policy and Social Change in a Bilingual City**, Philadelphia: Temple University Press, 1990.
- LEVY, Jacob T., **The multiculturalism of fear**, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000.
- LISÉE, Jean François; BISSONNET, J., "**L'Assemblée nationale adopte le projet de loi sur la neutralité religieuse de l'État**", Radio Canada, 18 octobre 2017, <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1062025/adoption-aujourd'hui-projet-loi-neutralite-etat-quebec>.
- LOI N. 62 "**Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes**", 2018.
- MARTIN, David, **A General Theory of Secularization**, Harper & Row Publishers, New York, London, 1969.
- MODOOD, Tariq, **Multiculturalism: A Civic Idea**, Cambridge Polity Press, 2013.
- MODOOD, Tariq, Multiculturalism and Moderate Secularism, in TRIANDAFYLLIDOU, Anna; MODOOD Tariq, (edited by) **The Problem of Religious Diversity, European Challenges, Asian Approach**, Edimburgh University Press, Edimburgh, 2017, pp. 52-74.
- PAREKH, Bhikhu, **Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory**, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- PHILLIPS, Anne, **Multiculturalism without culture**, Princeton University Press, Princeton, 2009.
- RAVÀ, Anna, **Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana**, Giuffrè, Milano, 1959.
- ROYAL COMMISSION, **Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism**, General Introduction, 1967-1970.
- ROYAL COMMISSION, **Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism**, Libro IV, 1967-1970.
- RUSSELL, Peter, "**The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms**", Canadian Bar Review, Marzo 1983.
- RYDER, Bruce, **The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship, in Law and Religious Pluralism in Canada**, University of British Columbia Press, Vancouver-Toronto, 2008.
- SHARPE, Robert; ROACH, Kent, **Brian Dickson, A Judge's Journey**, The Osgoode Society for Canadian Legal History, University of Toronto Press, Toronto, 2004.
- SANTORO, Emilio, **Diritto e Diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione**, Giappichelli, Torino, 2008.

- SUPREME COURT OF CANADA, **R. v. Big M Drug Mart Ltd**, Ottawa, 1985.
- SUPREME COURT OF CANADA, **R. v. Morgentaler**, Ottawa, 1988.
- SUPREME COURT OF CANADA, **R. v. Oakes**, Ottawa, 1986.
- SUPREME COURT OF CANADA, **Syndicat Northcrest v. Amselem**, Ottawa, 2004.
- TAYLOR, Charles, How to Define Secularism, in STEPAN Alfred; TAYLOR Charles (edited by), **Boundaries of Toleration**, Columbia University Press, New York, 2014.
- TAYLOR, Charles, **The Politics of Recognition**, tr. it. RIGAMONTI Gianni, (a cura di), Multiculturalismo, Lotte per il riconoscimento, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 9-62.
- TRIANDAFYLLIDOU, Anna, Nation and Religion: Dangerous Liaisons in TRIANDAFYLLIDOU, Anna; Modood, Tariq (edited by) **The Problem of Religious Diversity, European Challenges, Asian Approach**, Edimburgh University Press, Edimburgh, 2017, pp.27-51.
- VAN PRAAGH, Shauna, "**Inside Out/Outside In**": Coexistence and Cross-Pollination of Religion and State, in PROVOST, René (edited by), **Mapping the Legal Boundaries of Belonging, Religion and Multiculturalism from Israel to Canada**, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, pp. 121-142.
- WEBER, Max, Gemeinschaften in M. Weber-Gesamtausgabe, **Wirtschaft und Gesellschaft: die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 2001, tr.it., MOMMSEN, Wolfgang , (edited by), Economia e società, Comunità, Donzelli Editore, 2005, Roma
- WEBER, Max, **Sociologia delle religioni**, Volume I, tr. it. SEBASTIANI, Chiara, (a cura di), UTET, Torino, 2008.
- WEINSTOCK, Daniel, **Beyond Objective and Subjective: Assessing the Legitimacy of Religious Claims to Accomodation**, Les ateliers de l'éthique/The Ethics Forum, Vol. 6 n. 2, anno 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, **Il diritto mite**, Einaudi, Torino, 1993.
- ZANETTI, Gustavo, **L'eguaglianza liberale** in Mastromartino, Fabrizio, (a cura di), Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica, L'Asino d'oro, Roma, 2018, pp. 3-26.
- ZANETTI, Gianfrancesco, **L'orientamento sessuale**. Cinque domande tra diritto e filosofia, Il Mulino, Bologna, 2015.
- ZOLO, Danilo, COSTA, Pietro, (a cura di), **Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica**, Feltrinelli, Milano, 2003.



**Coordenação:**

André Augusto Pereira Brandão (UFF)

Carlos Alberto Lima de Almeida (ESTÁCIO)

Delton Ricardo Soares Meirelles (UFF)



## A EXISTÊNCIA E O DIREITO DOS POVOS DE QUILOMBO FRENTE AO JUDICIÁRIO BAIANO

**Guilherme Almeida da Silva**

Graduando em Direito (UNEB)

### INTRODUÇÃO

Historicamente, a situação do negro no Brasil encontra-se fundamentada na herança de uma sociedade construída a partir do escravagismo, cujas marcas – a violência física, social e cultural – permaneceram para muito além da Abolição de 1888, manifestando-se nas formas da estigmatização, marginalização, invisibilização, perseguição jurídica, encarceramento em massa e, como demonstra o contínuo crescimento da taxa de homicídio de indivíduos negros apontado pelo Atlas da Violência 2019 (IPEA; FBSP, 2019), genocídio.

Nesse contexto, emergem os povos remanescentes de quilombos como uma parcela da população negra que, tendo em vista sua especificidade em relação à identidade étnica-territorial, por muito tempo sofreu com a invisibilidade jurídica e a negação de seus direitos – diga-se, correlacionados – de existência sociocultural, acesso à justiça e moradia (NASCIMENTO; BATISTA; NASCIMENTO, 2016). É diante deste cenário que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo Art. 68 de suas Disposições Transitórias positivou o dever do Estado de garantir o direito quilombola à terra, bem como dos posteriores direitos conquistados nas diversas federações da União, torna-se necessário investigar a presença da questão quilombola no Judiciário e, outrossim, o sentido prático da juridicidade dos avanços até aqui estabelecidos.

Neste sentido, o presente trabalho pretende averiguar como o Direito Quilombola – não apenas o positivado, mas o produzido na própria práxis social autônoma dos quilombos – se materializa nos tribunais. Para tanto, realiza um apanhado do contexto racial-territorial violento de formação da propriedade privada no Brasil que propiciou o atual panorama de conflitos agrários nos quais as populações negras rurais lutam pela terra. Em seguida, faz um apanhado geral da realidade jurídica dos Direitos Quilombolas no Brasil, para então expor as pesquisas jurisprudenciais realizadas nos Tribunais que possuem competência na Bahia. Por fim, discute brevemente a relação entre a materialização do Direito Quilombola nos tribunais e a emancipação dos povos de quilombo.

### RAÇA E TERRA: OS PILARES (VIOLENTOS) DA PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL

A ideia de Propriedade Privada foi um marco na constituição do Estado Moderno. De origem europeia, este modelo de Estado foi fruto de um complexo de relações e conflitos histórico-sociais caracterizados pelas mudanças econômicas que se desenvolveram na Europa do



séculos XV a XVIII. Alinhados ao surgimento histórico das relações que, mais tarde, viriam a definir o Capitalismo, a produção intelectual e os movimentos socio-políticos europeus da época passaram a consagrar – ao menos teoricamente – os princípios da igualdade, liberdade e propriedade. Neste sentido, explica Carlos Frederico Marés:

Portanto, podemos dizer que o Estado moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade. Dito de outra forma, a função do Estado, no momento de sua constituição, era garantir a propriedade que necessita da liberdade e igualdade para existir. Só homens livres podem ser proprietários, adquirir propriedade, porque faz parte da idéia da propriedade a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente (MARÉS, 2003, p.18).

Este marco teórico, diz o autor, se contrapunha a dinâmica social da servidão típica do sistema europeu feudal. A liberdade não era apenas uma abstração filosófica, mas uma “necessidade contratual” (p. 19) para garantir a eficácia do sistema de acumulação do capital. Surgia para a Europa, assim, o Estado liberal, onde o Direito afirmava que os homens eram livres.

Neste processo, a liberdade para ser proprietário dizia respeito a todos os bens – inclusive à força de trabalho daquele que não tinha propriedade. Entretanto, foi a *propriedade agrária*, especificamente, um fator essencial e definitivo para o desenvolvimento das relações econômicas capitalistas que se confirmavam no Estado Moderno.

Em estudo referente à formação do Capitalismo na Inglaterra, Ellen Meiksins Wood (2000) explica como as peculiaridades socio-políticas inglesas – em especial, as grandes parcelas de terra pertencentes aos senhores contrapostas à carência de poder extra-econômico por parte dos mesmos – promoveram a emergência pioneira de uma economia nacional cuja “base material” era a agricultura. Nesse contexto, diz a autora, a terra se tornou o ponto central da produção e da competitividade mercatológica que se estabelecia no país. Assim, Meiksins afirma:

Do ponto de vista dos arrendatários e proprietários, a terra devia ser liberada de todo tipo de obstrução ao seu uso produtivo e lucrativo. Entre os séculos XVI e XVIII, houve uma pressão contínua para a extinção dos direitos costumeiros que interferiam na acumulação capitalista. Isso poderia significar muitas coisas: a disputa da propriedade comunal com vistas à apropriação privada; a eliminação de uma série de direitos de uso sobre as terras privadas; ou, finalmente, problematizar o acesso à terra dos pequenos camponeses que não possuíam título de domínio inequívoco. Em todos os casos, a concepção tradicional de propriedade precisava ser substituída por um novo conceito, o conceito capitalista de propriedade – propriedade não apenas privada, mas excludente (...) (2000, p.21).

Este processo de violência explicitado pela autora demonstra a importância, naquele contexto e momento histórico, do acesso à terra para as relações de acúmulo capitalista. A Inglaterra, enquanto pioneira no desenvolvimento do Capitalismo e da Indústria e parâmetro para o surgimento destes sistemas por toda a Europa, peculiarmente demonstrou que, para além dos comerciantes e industriais, “a transformação das relações de propriedade estava enraizada no campo” (WOOD, 2000, p. 23). É interessante notar como, neste sentido, a liberdade para ser proprietário típica do ideal Estado liberal teve como fundamento a exclusão de grandes parcelas da população do acesso à terra. De fato, “a acumulação capitalista estava a exigir a liberdade dos trabalhadores”, liberdade esta que se deu pela perda do acesso terra e a consequente transformação em “operários fabris” (MARÉS, 2003, p. 19).

Seguindo este raciocínio, Meiksins explica que a proletarização das massas nos centros urbanos foi uma consequência das relações violentas da propriedade privada do meio agrário que se estabeleceram em solo europeu, e jamais o contrário (WOOD, 2000, p. 24). A propriedade privada da terra, no fim das contas, surge e se desenvolve obedecendo à lógica de violação do acesso à terra – muitas vezes, de natureza comunal – por parte dos pequenos produtores e das

comunidades baseadas em relações socio-jurídicas próprias já consolidadas, e este foi um fator imprescindível para a formação do Capitalismo e, em consequência, do Estado moderno que apenas confirmou esta dinâmica de desapropriação.

Aqui, entretanto, surge um problema: a dinâmica apontada por Meiksins, mesmo que parte de um processo que, posteriormente, se tornou global, encontra-se na verdade relativamente restrita ao contexto político, histórico e social da Europa. O que se pode dizer, portanto, acerca do Brasil?

Abordar o estabelecimento da propriedade agrária e seus conflitos no Brasil implica, necessariamente, falar sobre a Colonização. O domínio colonial foi – e ainda é, em outros moldes – parte do processo de desenvolvimento do capitalismo no globo. A Colonização configurou-se como um verdadeiro projeto de dominação político-econômica de natureza violenta e genocida que, essencialmente, teve como base a formação do Estado moderno liberal – o mesmo cujos fundamentos eram a igualdade e a liberdade – e a construção de um ideal europeu de superioridade baseado no conceito de Raça.

É neste sentido que Charles Mills, em sua obra *The Racial Contract* (1997, apud ALMEIDA, 2019), explicitou que o que os pioneiros liberais chamaram de “contrato social” como acordo de constituição do Estado moderno estabeleceu

o pressuposto moral e epistemológico de uma civilização que, na verdade, se unifica em torno da raça – branca – como critério de pertencimento e normalidade e, ao mesmo tempo, como forma de exclusão de outros povos e culturas (ALMEIDA, 2019, p.90).

Este parâmetro – a construção de um critério racial como fator de superioridade entre povos – foi crucial para o projeto político-econômico colonial e suas várias formas de dominação e genocídio. É a dinâmica exposta por Zygmunt Bauman (2003, p. 85), onde às populações dominadas tidas como (eticamente) inferiores são dadas apenas duas opções: “assimilar ou perecer”. Em ambos os casos, fala-se, no fim das contas, de um tipo de morte.

No mesmo sentido, citando Achille Mbembe, Silvio Almeida explica como o Estado colonial – diferente do seu contemporâneo, o Estado moderno europeu – operou a partir da lógica chamada por ele de “territorialização”. Nessa perspectiva, diz o autor: “A ‘ocupação colonial’ em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico – inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais” (ALMEIDA, 2019, p. 121).

Assim, é possível afirmar: o exercício do poder colonial teve como fundamento um parâmetro racial-territorial de dominação. O Colonialismo, justificado por uma noção racial de superioridade europeia, operou através da classificação e ocupação territorial. Esta ocupação, por sua vez, não obedecia aos critérios do Estado moderno europeu de liberdade e igualdade para a propriedade, mas se dava a partir do modelo de exercício de poder chamado por Mbembe (apud ALMEIDA, 2019) de Necropolítica: o poder estatal-colonial de violentar e assassinar os povos dominados aos quais “falta a razão materializada na imagem do homem europeu” (ALMEIDA, 2019, p. 120).

A dominação racial-territorial do poder colonial foi para a América do Sul imprescindível para estabelecer o modo como a lógica capitalista determinaria o acesso à terra – para o capitalismo, meio de produção – no espaço sul-americano colonizado. Por isso, quando discorre sobre o estabelecimento dos ideais liberais de propriedade privada no globo, Marés afirma: “na América, como as terras já estavam consideradas desocupadas por não se reconhecer a ocupação indígena, não houve necessidade de libertar os trabalhadores, e se manteve o velho sistema escravista por quase todo o século XIX” (MARÉS, 2003, p. 19).

Este é, afinal, o cerne da concepção de propriedade privada no Brasil. Ao longo da história do país, a garantia de acesso à terra aos representantes dos interesses da Metrópole foi uma forma de possibilitar a dominação colonial europeia sem que fosse necessária a ocupação militar constante. O modelo de sesmarias é característico desta mecânica: enquanto em Portugal as sesmarias era um instrumento de desapropriação e concessão de terras inertes a quem se interessasse por trabalhá-las, no Brasil colonial o modelo foi estabelecido com o fim de concentrar o direito de acesso à terra para grandes proprietários, afastando aqueles que estavam dispostos a trabalhá-la e submetendo-a a um regime autoritário fundado no latifúndio e na mão de obra escrava (MARÉS, 2003, p. 62).

Neste processo, a ocupação da terra, para as formações jurídicas brasileiras, nunca deixou de ser enquadrada como ilegítima ou ilegal. O estudo de Carlos Frederico Marés (2003) acerca dos institutos jurídicos de propriedade privada na História do Brasil é essencial quando se trata de compreender como o Direito brasileiro, mesmo após o fim do regime colonial de sesmarias e a independência do Brasil em relação à Metrópole, jamais deixou de se estruturar no sentido de favorecer a elite econômica capitalista e privar violentamente os ocupantes tradicionais – indígenas, negros e demais pequenos produtores – do acesso à terra. A propriedade privada agrária no Brasil configura-se, historicamente, como ilegítima, fruto da desapropriação violenta e dos posteriores esforços institucionais, jurídicos e políticos de manutenção da propriedade no título de uma pequena parcela da população – isto é, a elite.

É nesse contexto, por fim, que se desenvolveram os quilombos no Brasil. Para além da definição arqueológica e problemática dos quilombos enquanto refúgios históricos para negros escravizados que fugiam da violência a que estavam submetidos, o Quilombo deve ser compreendido, no dizer de Márcia Guena dos Santos (2018), como o território ocupado pelas “comunidades negras rurais quilombolas” como meio de resistência aos diversos sistemas de opressão – para além do sistema escravista colonial – que se configuram contra o negro ao longo de toda a história do Brasil, resistência esta que se dá através de “formas diferenciadas de ocupação da terra” (SANTOS, 2018, p. 6).

Enquanto ocupantes tradicionais da terra, os povos quilombolas integram a gama de populações que, através da história jurídica do Brasil, foram tensionados a perder o acesso à terra que ocupavam tradicionalmente. Seguindo o raciocínio de dominação colonial racial-territorial – que, a partir de novos moldes, persiste na contemporaneidade do Brasil (ALMEIDA, 2019, p. 122) – estas populações negras rurais foram e têm sido alvo de diversos ataques, institucionais ou não, mesmo após a positivação dos seus direitos em relação à terra que ocupam.

Após o ano de 1993, entretanto, os conflitos territoriais relativos à ocupação tradicional da terra em face da propriedade privada agrária passaram a ser judicializados (CHASIN, 2015, p. 33). Atualmente, a luta quilombola pela legitimidade do seu acesso à terra – tão importante à constituição da sua identidade – não deixou de se desenvolver no plano material, mas alcançou, também, o campo de disputa jurídico-constitucional.

## **DIREITO E QUILOMBO: PANORAMA JURÍDICO NO BRASIL E NA BAHIA**

No ordenamento jurídico brasileiro, o ponto central do que se entende por Direito Quilombola encontra-se, na concepção geral, no Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na Constituição Federal, que diz: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos” (BRASIL, 1988).

Apesar da reconhecida importância que este instituto constitucional e a legislação dele consequente representam para as lutas dos povos rurais negros quilombolas no Brasil, o presente trabalho pretende pensar o Direito Quilombola a partir de duas perspectivas: a primeira delas é o Direito Positivo, representado pelo supracitado artigo constitucional, pela legislação brasileira que versa sobre a matéria e pela jurisprudência que é o objeto de estudo desta pesquisa; o segundo, por sua vez, trata do que este trabalho opta por chamar de Direito Quilombola propriamente dito, e se refere às formas de existência socio-jurídicas existentes na própria práxis social das comunidades quilombolas e de cada uma considerada individualmente.

Esta segunda perspectiva, para além da noção positiva de Direito, encontra fundamento no marco teórico do Pluralismo Jurídico, que considera a potência e a legitimidade para produção jurídica a partir da práxis social de determinados sujeitos e atores sócio-políticos juridicamente ativos (WOLKMER, 2001) – neste caso, as comunidades quilombolas e os movimentos sociais que as representam enquanto atores políticos.

Tendo isto por estabelecido, é possível considerar que o Direito Positivo não é – nem deve ser – o fim a ser alcançado quando se fala em Direitos Quilombolas, mas isto não obsta o fato de que, diante da realidade jurídica brasileira atual, é o ordenamento positivo de suma importância para se compreender como tem se dado, no Brasil, a dinâmica de concretização dos Direitos dos povos de quilombo, tanto no espaço legislativo como nos tribunais.

Neste sentido, pode-se afirmar que o que tem ocorrido no meio jurídico é a dinâmica social apontada por Silvio Almeida em que as instituições, como parte da estrutura social, absorvem os conflitos que se desenvolvem na prática social (ALMEIDA, 2019, p. 39). O Artigo 68 da ADCT, deste modo, representa um marco jurídico importante, pois reflete os conflitos sociais dos povos de quilombo por espaço dentro das instituições jurídicas, sendo uma ferramenta de luta por emancipação destes sujeitos, e, ao mesmo tempo, representa também uma violência institucional, pois trata-se de um Direito produzido fora das comunidades e a elas impostos.

Representação disto é o termo utilizado no texto constitucional, “reminiscentes”, que relega a identidade quilombola a um conceito arqueológico e desconsidera a realidade dinâmica dos quilombos enquanto “sujeitos que estão em relação permanente com outras culturas e não estacionados no tempo” (SANTOS, 2018, p. 6).

Não obstante, o Artigo 68 tem sido um importante instrumento para possibilitar aos quilombolas o acesso legal à terra dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A partir deste dispositivo, adveio em 2003 o Decreto n. 4887, responsável por regulamentar o processo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades quilombolas, definindo-as como entes passíveis de propriedade coletiva. Neste sentido, Germana e Marília Nascimento e Mércia Batista chamam a atenção:

Todavia esse Decreto começou a ser alvo de protesto por parte de vários empresários e políticos, o que acarretou, na prática, uma série de dificuldades para a aplicação desses direitos. Deveria ter sido editado, no prazo de sessenta dias, um regulamento para que se comesçassem os processos de identificação, reconhecimento e titulação das terras, mas só houve a edição, em 2004, da Instrução Normativa n. 16 (NASCIMENTO, BATISTA, NASCIMENTO, 2016, p. 436).

Atualmente, o processo de constituição dos quilombos enquanto entes jurídicos específicos se dá a partir de dois momentos fundamentais: a certificação da comunidade enquanto quilombola, realizada pela Fundação Cultural Palmares, e, posteriormente a regularização fundiária através da titulação da terra, cuja competência pertença ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Para os processo de certificação – requisito para a titulação da terra – as comunidades quilombolas possuem direito à autoidentificação

durante o chamado Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), procedimento realizado durante o processo de reconhecimento. Este direito é, de fato, de suma importância pois, como esclarecem Fiamengue e Whitaker:

O decreto de 2003, ao reconhecer o direito de auto-identificação dessas populações, permite incorporar, ao conceito de remanescentes de quilombos, as outras formas de acesso à terra no período da escravidão, ou seja, as chamadas terras de preto, as terras de santo, terras devolutas ocupadas no período pós abolição, terras oriundas de doações, bem como aquelas adquiridas por ex-escravos (FIAMENGUE e WHITAKER, 2014, p. 71).

Trata-se de um pequeno espaço de institucionalização do Direito Quilombola propriamente dito, tendo em vista que o critério de auto-identificação oferece relativa autonomia para a comunidade no processo de reconhecimento identitário. Este é, entretanto, um pequeno passo.

Como resultado, segundo a Fundação Cultural Palmares, cerca de 3,3 mil comunidades foram certificadas no Brasil desde 1988 (FCP, 2019). Destas, apenas cerca de 7% obtiveram o título do território que ocupam, havendo ainda 1.747 processos em aberto (INCRA, 2019).

No contexto baiano, a FCP informa que existem 811 comunidades quilombolas certificadas no território do Estado, sendo este o segundo do Brasil em número de comunidades certificadas. Entretanto, segundo os dados disponibilizados pelo INCRA, nenhuma destas comunidades possui o título da terra, existindo um total de 319 processos em aberto. Estes números são um indicativo sério: trinta anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais de 800 comunidades na Bahia não possuem direito à terra – o que, em outras palavras, significa dizer que elas se encontram vulneráveis diante dos conflitos agrários tipicamente intensos contra a propriedade privada da terra.

Nesse cenário, a judicialização dos conflitos quilombolas têm se demonstrado como um meio de atuação em meio aos conflitos agrários. Segundo pesquisa realizada Ana Carolina Chasin (2015) entre os anos de 2003 e 2009, a via jurídica já estava internalizando as demandas dos Povos Quilombolas no Brasil, havendo um grande número de processos abertos em favor das comunidades (83), pouco menor que os processos abertos contra (130). Nesta perspectiva, a via jurídica se mostra como um espaço de disputa cuja instrumentalização pode se dar a partir da legitimidade dos direitos quilombolas que, tradicionalmente, ocupam o território, como também pode se dar pela manutenção de uma concepção privada da propriedade, cujos fundamentos remontam aos processos históricos de colonização e desapropriação ilegítima dos ocupantes da terra.

Deste ponto advém a importância da matéria jurisprudencial. A Jurisprudência, como expressão da cultura jurídica de determinado tribunal, é de suma importância para os conflitos jurídicos dos quilombos que pleiteiam a propriedade do território em que habitam. É neste sentido que o presente trabalho propôs-se, afinal, a investigar a jurisprudência dos Tribunais que possuem competência sobre a Bahia, procurando sistematizar o modo como estes espaços jurídicos tem lidado com a questão quilombola, tendo em vista que a jurisprudência é, usualmente, o parâmetro para decisões futuras.

Antes, ressalta-se: o trabalho não pretende encontrar na Jurisprudência ou nos Tribunais o fim ou a expressão central dos Direitos Quilombolas. Como esclarecido anteriormente, a presente pesquisa parte do pressuposto de que o Direito Quilombola propriamente dito, embora relacionado ao ordenamento positivado, tem sua origem na própria práxis socio-política quilombola, sendo o Tribunal, neste sentido, apenas um espaço de disputa onde cabem posturas estratégicas para a atuação jurídico-política frente aos conflitos pela terra.

## **PESQUISA JURISPRUDENCIAL: A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS QUILOMBOLAS NOS TRIBUNAIS BAIANOS**

A presente pesquisa, como foi dito, procurou investigar a jurisprudência dos Tribunais cuja competência incide sobre o território baiano – a saber, o Tribunal de Justiça de Estado da Bahia e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – a fim de compreender como o Direito Quilombola – seja o positivo ou o propriamente dito – se materializa na cultura jurídica destes tribunais, guiando sua atuação.

Para tanto, o trabalho propôs-se a basear a pesquisa em dois parâmetros: o primeiro, o parâmetro numérico, pretende sistematizar numericamente as matérias jurisprudenciais encontradas, observando a quantidade de decisões favoráveis e desfavoráveis ao longo dos anos; o segundo, aqui compreendido como parâmetro qualitativo, pretende analisar a qualidade do conteúdo das sentenças precedentes, averiguando o nível cognitivo do discurso em relação à natureza dos Direitos Quilombolas, tendo como critério o Direito Quilombola propriamente dito (isto é, para além da aplicação do Direito Positivo).

A ferramenta de pesquisa utilizada foram os sítios de pesquisa jurisprudencial digital de cada tribunal. Utilizando-se do sistema de pesquisa por combinação de palavras-chave, foram realizadas duas pesquisas. A Pesquisa 1, dividida em dois momentos, utilizou-se das seguintes palavras-chave: “ADCT”, “quilombo” e “BA”. No primeiro momento, foram combinadas as palavras “ADCT” e “quilombo”; no segundo, as três palavras foram utilizadas juntas.

A Pesquisa 2 consistiu em uma pesquisa de controle. Esta utilizou-se das palavras-chave “quilombo” e “BA”, tendo como critério de exclusão qualquer resultado que possuísse o termo “ADCT” em seu texto. Esta pesquisa considerou a possibilidade de haver conteúdos jurisprudenciais que não utilizassem o termo “ADCT”, referente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde encontra-se constitucionalizado o direito quilombola de acesso à terra ocupada pela comunidade.

O resultado da pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) é interessante: apesar da existência de 811 comunidades quilombolas no Estado da Bahia, a pesquisa jurisprudencial não obteve resultado algum – isto é, não foram encontrados precedentes judiciais referentes aos Direitos Quilombolas de acesso à terra. Ao pesquisar unicamente o termo “quilombo”, os resultados encontrados versavam sobre diversas matérias – assuntos processuais, matérias de natureza tributária e até mesmo matérias de âmbito criminal -, mas nenhuma referente aos conflitos agrários no país.

De fato, é importante considerar a possibilidade de as ações referentes aos Direitos Quilombolas confluírem para a Justiça Federal. Isto ocorre porquê a natureza da questão quilombola é de interesse da União – nota-se o envolvimento de dois entes federais, a Fundação Cultural Palmares e o INCRA, na matéria –, o que faz com que, segundo o Art. 109, parágrafo I, seja competência da Justiça Federal julgar os litígios a ela referentes. Isto fica claro, a exemplo, na Jurisprudência corrente:

RE 183188 / MS - MATO GROSSO DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 10/12/1996 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ 14-02-1997 PP-01988 EMENT VOL-01857-02 PP-00272

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA

REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS - ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RECONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

Entretanto, a questão não deixa de ser pertinente.

A pesquisa realizada no espaço de pesquisa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – que possui competência na Bahia – obteve resultados interessantes. De modo geral, foram encontrados 37 (trinta e sete) resultados. Através de um dos julgados, foram encontradas ainda outras três decisões de um mesmo processo que também concerniam à matéria, somando 40 resultados. Destes, apenas 6 (seis) concerniam a casos relativos a tribunais baianos.

Apesar de não tratarem de casos baianos, as 34 decisões restantes também devem ser consideradas, tendo em visto que fazem parte da jurisprudência do tribunal e podem ser utilizadas, analogicamente, em casos que disserem respeito ao Estado da Bahia. Curiosamente, seis destas decisões tratavam de outras questões: uma tratava de questões tributárias, enquanto as demais deliberavam sobre o direito ao uso de cotas raciais em vestibulares, cargos ou concursos públicos. As demais concerniam, de fato, à matéria, e eram em sua maioria favoráveis.

Das decisões relativas a casos baianos encontradas nesta pesquisa, 4 são favoráveis, datando entre os anos de 2006 e 2019. As duas desfavoráveis datavam de 2007 e 2013 e encontram-se no mesmo processo.

Quanto ao parâmetro qualitativo, apenas duas decisões possuíam um trabalho discursivo elaborado, enquanto as demais limitavam-se à objetividade do direito positivo, não fazendo mais do que aplicar a lei ao caso concreto. O texto de uma decisão – o Acórdão nº 0045829-92.2007.4.01.0000, julgado pela Quinta Turma em 2013 – chamou a atenção. Observa-se:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. ADMINISTRATIVO. TERRA. OCUPAÇÃO POR REMANESCENTES DE COMUNIDADE DE QUILOMBOS. ART.68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. INCRA. RTDI. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS EM CURSO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. 1. Segundo o que se extrai dos autos, os réus são pertencentes à Comunidade de São Francisco do Paraguaçu, localizada no município de Cachoeira/BA (a 100 km de Salvador), tendo sido considerada pela Fundação Cultural Palmares como remanescente das comunidades dos quilombos. 2. A solução da questão em exame, atinente ao suposto esbulho e à conseqüente reintegração de posse, repousa na definição sobre se de fato houve invasão de quilombolas à área de que a autora se alega proprietária, ou se estas terras na verdade já pertenciam à comunidade quilombola, estando assim submetidas à disciplina do art.68, do ADCT, verbis: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos." 3. A comunidade retratada nos autos está localizada na região conhecida como Recôncavo Baiano, assim descrita: "...O Recôncavo baiano é uma região brasileira de enorme influência africana. Para ali foram trazidos milhares de escravos, sobretudo para trabalharem na produção de cana de açúcar. Um estudo genético realizado em municípios da região confirmou o alto grau de ancestralidade africana na região. Foram analisadas pessoas da área urbana dos municípios de Cachoeira e Maragojipe, além de quilombolas da área rural de Cachoeira. A ancestralidade africana foi de 80,4%, a européia 10,8% e a indígena 8,8%." 4. Conforme nos ensina a história acerca do surgimento dos quilombos, "...Ao que consta, o primeiro exemplo histórico de repressão a mocambos no Brasil ocorre na Bahia em por ordens do então governador-geral Brito de Almeida. Na década de 1580 notícias dão conta da existência de mocambos na região meridional do Recôncavo baiano (...). Já no início do século XVII, mais propriamente em 1601, muitos escravos "fogem dos engenhos e propriedades" e se aquilombam no Itapicuru.(...)." Além disso, desde o final do século XVII até o início do século XIX, "o tráfico negreiro permaneceu intenso para toda

a Capitania baiana. Tendo por base vários estudos a respeito do tráfico transatlântico de africanos, Schwartz, por exemplo, estima que na última década do século XVII entraram anualmente para a Bahia de 8 a 9 mil escravos, O tráfico africano aumentou consideravelmente no século XVIII. Destaca-se ainda que entre 1750 e 1790 devido ao declínio da economia açucareira caracteriza-se igualmente uma depressão no volume do tráfico de africanos. O fato é que, no início do século XIX a massa escrava já iria constituir 1/3 de toda a população baiana que era de aproximadamente 500 mil habitantes. Nas regiões dos engenhos, por exemplo, o índice da população escrava alcançava 70%. (Gomes, Flávio dos Santos. "Mocambos, Quilombos e Palmares; a resistência escrava no Brasil Colonial". Estudos Econômicos. São Paulo, 17(2): 294-95.)

É interessante notar como este julgado não se utiliza de jurisprudência em sua construção argumentativa. Antes, utiliza-se do Direito Positivo – o Art. 68 da ADCT, fonte constitucional dos direitos quilombolas em relação à terra - combinado a notável conhecimento histórico-social acerca da presença negra e da formação dos quilombos na Bahia para fundamentar a decisão. Isto é, de fato, um trabalho cognitivo importante, pois insere na cultura jurídica a possibilidade de percepção do contexto histórico, social e político no qual a formação dos quilombos está inserido.

Infelizmente, por outro lado, a argumentação utilizada ainda se prende a uma concepção arqueológica de quilombo e, paralelamente, opera como uma voz jurídica alienada da práxis social do quilombo que é parte na ação. Ainda assim, o julgado continua:

(...) 5. De acordo com o que consignou o INCRA, por meio de Relatório Técnico de Identificação e Delimitação - RTID, atualmente em fase de elaboração, "foram constatadas evidências de que o imóvel denominado Sítio Shangrilá, de propriedade da Sra. Rita de Cássia Salgado de Santana está inserido na sua totalidade no território tradicional quilombola de São Francisco do Paraguaçu; tal área é necessária à reprodução cultural, social e econômica da comunidade." 6. São bastante contundentes as informações colhidas aos autos, razão por que, mesmo nesta cognição perfunctória, seria de todo leviano querer desconsiderá-las, particularmente quando restou demonstrado nos autos a existência de grave conflito social subjacente à demanda possessória, bem como a existência de processo administrativo em curso para a demarcação e reconhecimento de área que, ao que tudo indica, se reputa tradicionalmente ocupada por remanescentes de comunidades de quilombos. 7. Ainda que se analise a demanda sob a ótica exclusiva dos artigos que regulamentam a posse no âmbito do Código de Processo Civil, não há como dar guarida à pretensão da autora, pois, posse por posse, certamente a dos remanescentes dos quilombolas é mais velha, vez que remonta à época da escravidão, não havendo fundamento jurídico que autorize a reintegração de posse pretendida, ao menos nesta fase processual. A prova histórica baseada em livros sobre os primeiros conventos instalados no Brasil revela que a comunidade sobrevive na região há quatro séculos e guarda a identidade étnica quilombola, portanto, tempo superior às três décadas de posse da agravada. 8. Agravo de instrumento provido para, revogando integralmente a decisão liminar proferida em 1º grau, manter os agravantes na posse da área em discussão.

Esta decisão é, entre todas as encontradas, a mais elaborada em termos de nível cognitivo-discursivo. Seu texto demonstra um rompimento com a monótona prática de aplicar, objetivamente, a norma ao caso concreto, tornando este precedente muito útil para compor construções argumentativas futuras em favor da causa quilombola no meio jurídico.

Não obstante, este julgado é de fato utilizado como precedente na jurisprudência mais recente da Bahia: a Decisão Monocrática nº 0071391-25.2015.4.01.0000. Esta é a segunda decisão que possui um texto discursivamente melhor elaborado, ainda que não vá muito além da aplicação típica do direito positivo. Este julgado chama a atenção, por sua vez, por esclarecer um traço importante da cultura jurídica do TRF-1 atualmente. No texto argumentativo, o desembargador competente diz:



De qualquer sorte, mesmo a simples dúvida quanto à natureza jurídica da ocupação do imóvel, abrindo-se a possibilidade, inclusive, de ser ocupado por comunidade quilombola, impõe-se como pressuposto de precaução ao Judiciário, impedindo-lhe de autorizar a sua posse por quem, no exercício de atividade empresarial, pretende conferir utilização incompatível com os desígnios constitucionais de proteção às comunidades remanescentes dos quilombos. Uma vez que parcela significativa dessas áreas ainda está em processo de delimitação, o Tribunal tem prestigiado em sua jurisprudência uma verdadeira presunção de legitimidade quanto à ocupação por remanescentes de comunidade de quilombos.

Nenhuma outra decisão – mesmo entre as relativas a outros Estados – apresenta inovação argumentativa como estas duas. Não obstante, é notória a presença de um crescimento quantitativo em relação às decisões favoráveis à comunidade quilombola parte do litígio.

Ainda, um fator curioso: as jurisprudências relativas aos casos baianos tendem a utilizar, para construção da argumentação, precedentes que tratem de casos análogos também baianos.

Na Pesquisa 2, para fins de controle, os resultados foram divididos em Acórdãos e Decisões Monocráticas. Foram encontrados 8 acórdãos. Destes, ao menos três eram jurisprudências certamente favoráveis à causa quilombola, mas o exercício discursivo era objetivo, limitando-se a noção que parece corrente de legitimidade constitucional do direito quilombola à terra. Uma das decisões, apesar de não ser completamente desfavorável, não reconhecia a constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Os demais tratavam de matérias técnicas ou de pontos que exigiriam um conhecimento detalhado do caso em questão para saber se eram favoráveis ou não, não expressando isso em seu texto explicitamente.

Quanto às Decisões Monocráticas, foram encontrados 52 resultados, dos quais apenas sete realmente decidiam sobre litígios relativos à questão quilombola especificamente e, portanto, interessavam à pesquisa. Destes, um tratava de gratuidade da justiça, não a reconhecendo por falta de documentação, mesmo se tratando de uma comunidade quilombola. Três eram favoráveis. Dois eram desfavoráveis, sendo que um deles tinha traços favoráveis no discurso utilizado.

## **CONCLUSÃO? O CAMINHO PARA A EMANCIPAÇÃO**

O resultado da pesquisa é, de fato, satisfatório. Entretanto, a atividade jurisprudencial – mesmo que benéfica à causa quilombola – não deixa de ser um tipo peculiar de violência institucional. Trata-se de uma voz externa, uma jurisdição alienígena a decidir pelas comunidades quilombolas que são, em si, produtores jurídicos autônomos e sujeitos político-sociais em processo de empoderamento. Trata-se, afinal, de dominação.

Não obstante, a pesquisa em questão deixou transparecer a possibilidade de ocupação e atuação do espaço de decisão jurídica, ocupação esta que pode se dar de diversas maneiras. A primeira delas, como previu Boaventura de Sousa Santos, é através da formação social da magistrada ou magistrado a decidir, tornando-o um sujeito ativo no processo de legitimação dos Direitos Quilombolas propriamente ditos, ou, antes e mais importante, da ocupação da academia jurídica pelo próprio sujeito quilombola.

Ainda, há a possibilidade de ocupação por meio da produção de uma nova cultura jurídica: a cultura jurídica do pluralismo, que percebe as condições sociais onde se dão os conflitos absorvidos pelos tribunais e que, para além disso, percebe a comunidade quilombola como sujeito social.

É necessário, afinal, pensar o Direito Quilombola para além do Direito. Entender que o discurso jurídico expresso no texto jurisprudencial é, na verdade, posterior à práxis social do quilombo enquanto polo de atuação jurídica, social e politicamente autônomo.

Ademais, o presente trabalho também percebe na jurisprudência dos tribunais baianos um instrumento de transformação socio-jurídico de suma importância. Não o fim, mas o meio. A ferramenta que pode ser utilizada de modo estratégico no litígio agrário a fim de cooperar pela emancipação dos povos negros rurais quilombolas e pelo reconhecimento do Direito Quilombola propriamente dito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003.

CHASIN, Ana Carolina. O judiciário frente aos conflitos fundiários das comunidades quilombolas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 2, n. 2, p. 31-47, jan. 2015. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/292670045\\_O\\_judiciario\\_frente\\_aos\\_conflitos\\_fundiarios\\_das\\_comunidades\\_quilombolas](https://www.researchgate.net/publication/292670045_O_judiciario_frente_aos_conflitos_fundiarios_das_comunidades_quilombolas)>. Acessado em: 14/10/2019.

FCP, Fundação Cultural Palmares. **Certificação quilombola: comunidades certificadas**. Atual. Em 2019. Disponível em: <[http://www.palmares.gov.br/?page\\_id=37551](http://www.palmares.gov.br/?page_id=37551)>. Acessado em: 14/10/2019.

FIAMENGUE, Elis Cristina e WHITAKER, Dulces Consuelo Andreatta. Os desafios da emergência no Brasil de um rural esquecido: as comunidades quilombolas. **Retratos de Assentamentos**, v.17, n.1, 2014.

INCRA, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. **Acompanhamento dos processos de Regularização Quilombola**.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Ipea; Rio de Janeiro: FBSP, 2019.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro, BATISTA, Mércia Rejane Rangel e NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro. Panorama atual de proteção do direito à terra das comunidades quilombolas e desafios futuros. **Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local**, Campo Grande, MS, v. 17, n. 3, p. 432-447, jul./set. 2016. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.20435/1984-042X-2016-v.17-n.3\(07\)](http://dx.doi.org/10.20435/1984-042X-2016-v.17-n.3(07))>. Acessado em: 14/10/2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

SANTOS, Márcia Guena. **Quilombos de Juazeiro**. Juazeiro, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. **Crítica Marxista** n. 10. 2000. Disponível em: <[https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos\\_biblioteca/artigo6612\\_merged.pdf](https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo6612_merged.pdf)>. Acessado em: 14/10/2019.

# (COR)LONIALISMO: O RACISMO ESTRUTURAL LATINOAMERICANO ENQUANTO TRAÇO DA COLONIALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL

José Vianês da Silva

Graduando de Direito (UNICAP). Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia (Pibic).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a análise das dinâmicas modernas, tais como o Estado Nacional e o Direito, enquanto reflexos de um pensamento colonial racista, mantedor de estereótipos e causador de exclusão e encarceramento, tendo em vista os crescentes números de encarcerados. A discussão a respeito do assunto tem por finalidade a busca de elementos que comprovem que os fatores como traços étnicos, raça/cor dos povos explorados pela colonialidade se aplicam à violência numa espécie de movimento perpetuador de opressões, motivo para maior parte da população carcerária brasileira ser negra, o que torna fundamental um recorte do pensamento decolonial.

Dessa forma, busca-se analisar a maneira como o Estado Nacional, o poder legislativo e o direito, conseqüentemente, se organizam e atuam no sentido de promover práticas que comprovam a seletividade criminal, ao passo que, o encarceramento se dá não como quer fazer crer o senso comum de que esses sujeitos são responsáveis pela maior incidência de crimes, mas por serem os negros os mais vigiados pelas instituições- que são de maioria branca, rica e masculina, caso em que resta comprovada a manutenção de padrões de colonialidade no perfil do criminoso no sistema de justiça criminal ao passo que reafirma o conteúdo discriminatório racial como mecanismo de identificação.

## COLONIALIDADE DO PODER: “RAÇA” E COR COMO INDEXADORES DE SUBALTERNIZAÇÃO

A noção de democracia racial presente na sociedade brasileira é um mito que demonstra que a negação do racismo no plano ideológico não é capaz de esconder o fato de que o Brasil, como um país colonizado, é também um país racializado.

É possível observar que ao longo do tempo e no decorrer da história as ciências tanto naturais como humanas foram transmutadas afim de colaborar para ingerência europeia de teor imperial, que teve seu auge no período da colonização das américas. A definição de raça, por exemplo, foi criada com o objetivo de hierarquizar fenótipos humanos, na qual encontra-se em lugar de destaque e privilégio o homem branco e europeu ao passo que à população negra resta o lugar de subalternização. Desse modo, é necessário analisar o conceito de raça como legitimador de dominação e opressão.

A superação da colonialidade, impregnada de forma epistêmica, se relava uma tarefa difícil e muito complexa de ser efetivada, uma vez que os longos anos de exploração resultou na construção de um imaginário social, que muitos denominam de cultura, ao qual se atribui o conceito de civilização, sendo assim, os que não fazem parte desse modelo ou que vão de encontro a tal ideia, os não civilizados. Entretanto, uma alternativa bastante auspiciosa é dada pela decolonialidade, que se propõe a intervir pelo colonizado propondo a “desobediência epistêmica”. É com esse mecanismo de estudo e pesquisa que é capaz de analisar a construção de “raça” e como esta resultou, através da adesão de práticas feitas pelo ordenamento jurídico- legal positivo-, na construção do *second code*. Isto é, o agrupamento de “regras e mecanismos

extraoficiais que atuam invisivelmente e que passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na operação dos operadores jurídicos” tanto na dogmática quanto na aplicação das normas. (CARVALHO *et al*, 2004, p. 91).

Tendo como um norte a ideia construída a partir da “raça” está intimamente ligada a um longo e violento processo de opressão “en las relaciones intersubjetivas y en las prácticas sociales del poder la idea de que los no-europeos tienen una estructura biológica, no solamente diferente de la de los europeos sino, sobre todo, perteneciente a un tipo o a un nivel ‘inferior’” (QUIJANO, 1992, p. 02), onde, hoje o direito continua efetivando e respaldando essa prática. Não obstante, é sabido que alguns fenômenos são resultados de uma construção social e mais que isso, é resultado de fatores históricos que, a depender de qual narrativa é contada, corrobora para a criação do imaginário coletivo.

Para compreender a origem da posição de subalternização a qual se encontra os negros hoje no Brasil é necessário que recorramos ao século XVI, período no qual se estabeleceu a saga colonial encampada pelos europeus, na qual houve mecanismos que estruturam a explosão em dimensões políticas, econômicas, culturais e sociais numa proporção tamanha que o fim do colonialismo não significou o fim da “colonialidade do poder”, que ainda remete a lógica de opressão. Nessa perspectiva Aníbal Quijano aponta que:

La colonialidad es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población [...] como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planes, ambitos y dimensiones materiales y subjetivas, de la existencia social cotidiana (QUIJANO apud WALSH, 2009, p. 28).

A lógica da colonialidade estabeleceu uma narrativa dicotômica, tendo como referência as experiências e categorização europeias embasadas em bipartições como civilizados e não civilizados; superiores e subalternizados. Entretanto essa bipartição não se deu apenas na ordem cultural, buscava-se também um aporte nas ciências naturais<sup>1</sup>, dotada de suposta neutralidade e objetividade, com o objetivo de naturalizar as diferenças estabelecidas, a partir daí promoveram hierarquização de fenótipos humanos a respeito da noção de “raça”.

Nessa perspectiva, considera-se que a noção de “raça” foi o instrumento de dominação mais eficiente da colonialidade e que até hoje é impregnada na sociedade brasileira e que desagua no racismo. Uma ideia criada e desenvolvida em moldes europeus que adequa muito bem aos moldes brasileiros, que até a hodiernidade exhibe manifestações de preconceitos raciais, mesmo passados o período formal de escravização. A solução dada para tal feito é a proibição de prática racistas. Entretanto, oculta-se a forma como a categoria de raça dada pela colonialidade ainda opera no Brasil, o que nos faz acreditar no mito da “democracia racial”<sup>2</sup> que serve apenas para reforçar a supremacia branca.

Conquanto seja a democracia racial tida como arquétipo hermenêutico da sociedade não há como atribuir ao fenômeno da subjetividade o caráter seletivo do sistema penal brasileiro. O funcionamento seletivo do sistema penal não depende somente da inefetividade das leis e das formas de responsabilização do “criminoso” ou de recursos disponíveis para operacionalização, mas também de outros aspectos como a especificidade da infração e a situação social do autor e

<sup>1</sup> A ideia de utilização das ciências naturais permitiu a construção da identidade física do delinquente, baseada em fenótipos “negróides”, como sustentou a Teoria Lombrosiana.

<sup>2</sup> Gilbert Freyre defendia que Brasil era etnicamente igualitário e identifica a sistematização da ideia de uma democracia racial através de suas obras. “O mito da democracia racial não nasceu em 1933, com a publicação de Casa-grande & senzala, mas ganhou através dessa obra, sistematização e status científico (...). Tal mito tem o seu nascimento quando estabelece uma ordem, pelo menos do ponto de vista do direito, livre e minimamente igualitária.” (BERNARDINO, 2002, p.251).

vítima. Isso diz respeito a uma seletividade que é recriadora de denominado Cifras negras (criminalidade oculta) ao longo do processo de criminalização (ANDRADE, 2003, p. 266). Nessa perspectiva, Zaffaroni aduz:

O discurso jurídico-penal falso, não é nem um produto de má fé nem simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas. (Zaffaroni, 1991, p.14)

O sistema penal é um mecanismo de controle social. Esse tipo de controle social penal não está adstrito a aplicação das leis vigentes no ordenamento brasileiro, mas faz parte de uma cadeia de meios e ferramentas articuladas e dinâmicas de seletividade, nos quais se inclui todas as agências de controle social formal que vai do legislador que cria e edita as leis, passando pelo Ministério Público, chega a polícia, que é truculenta, e por seu turno, também seletiva e tudo sob o aval da sociedade, envenenada constantemente, muitas vezes pela mídia, de um populismo punitivo que busca uma resposta rápida e lógica para o problema da criminalidade. Todo esse caminho, que acontece simultaneamente, resultam na situação do sistema penitenciário (GROSNER, 2007, p. 47).

Esta seletividade do sistema penal e punitivo advém de uma lógica de incriminação de condutas delinquentes pertencentes a indivíduos dos mais baixos níveis de *status* social, que é resultado de um processo de criminalização, com forte teor colonial, altamente seletivo e desigual. Nesse contexto, o sistema punitivo se direciona mais a determinadas pessoas do que às condutas definidas como criminosas. Inere-se nesse contexto, que a atribuição do caráter criminal a uma conduta, e do caráter de criminoso a um indivíduo, depende não apenas de traços da personalidade do seu autor ou influência do seu meio ambiente, mas desses processos sociais definidos e difundidos pelas práticas e teorias coloniais punitivas, em que definirá a conduta como delituosa, selecionando os bens jurídicos penalmente protegidos e os comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais, selecionando os sujeitos como delinquente num processo de “etiquetamento”<sup>3</sup> dor ser.

### **“A COR DO CÁRCERE”: SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E CONTROLE SOCIAL NEGRO**

Consoante ao mito da existência de uma democracia racial no território brasileiro, soma-se a quimera do direito penal igualitário. Conquanto, vigore no Brasil o princípio da igualdade<sup>4</sup>, positivado como um direito fundamental no mais importante documento legal do país, a Constituição Federal da República de 1988, portanto com força coercitiva e normativa. No entanto, nota-se uma seletividade no que concerne ao direito penal, a medida em que atua para reprimir alguns crimes e determinados indivíduos em relação a outros.

No Brasil, a seletividade vem imbuída sob uma nova roupagem e com métodos mais sofisticados que tem, obviamente, forte contribuição da mídia e da tecnologia, entretanto, o objeto e o objetivo de tal seletividade continua o mesmo, quais sejam a população excluída e marginalizada e criminalizar as condutas oriundas deste grupo social, definida desde o período colonial.

---

<sup>3</sup> labelling approach ou teoria do etiquetamento social de Becker (2008).

<sup>4</sup> **CF/88.Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

Esse processo de criminalização acontece em duas fases distintas. Primeiro em abstrato, quando o legislador define quais condutas serão criminalizadas e punidas. É nesse momento, chamado de criminalização primária, que é feita a eleição dos comportamentos que serão considerados impróprios e antissociais, depois, o segundo momento, conhecido como criminalização secundária, ele ocorre junto às instâncias concretizadoras da política criminal, como a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário. É nele que há ainda, mais relevância no processo de criminalização. Nessa perspectiva, alude Rita Segato:

el estatus asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente y de los comportamientos ofensivos a estos bienes considerados en las figuras legales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas (Segato, 2007. P.146)

Uma vez estabelecida as condutas típicas e, por conseguinte, suas punições fica a cargos das instancias formais de aplicação da lei fazer seu controle. Mas aí é que está o grande problema: é nesse momento que acontece a seletividade penal, onde se estabelece uma espécie de triagem na qual faz-se um primeiro julgamento daqueles que são ou não “merecedores” da aplicação da lei. Na atual conjuntura brasileira de criminalidade as verdadeiras vítimas desse sistema altamente punitivo serão, sem dúvidas, aquelas que apresentarem os estereótipos de potenciais criminosos, criado pelo senso comum que numa análise histórica e científica tem sua origem na colonialidade. Nesse sentido, assegura Orlando Zaccone (2004, p.184) “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial, até a imposição e execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo”.

Assim é que a prática do sistema criminal revela as vítimas da criminalização quais sejam os mais pobres e marginalizados da sociedade que são, em sua maioria, negros. Trata-se de resquícios e construções deixadas pela colonialidade no território nacional que pôs o negro num patamar de subalternização, sendo este um projeto jurídico europeu no qual o homem branco era o proprietário e o negro não proprietário ou propriedade e a este cabe o lugar de submissão ou o cárcere. Esse *status* social do negro, resulta também, de uma construção social baseada no discurso histórico do medo, que reforça estereótipos e marginaliza indivíduos que são marcados pela cor da pele e pela classe social e não tem seus direitos fundamentais assegurados.

Esse processo de seleção daqueles que ingressam no cárcere revela seu teor higienista que aparece como uma demanda das classes dominantes, majoritariamente branca, que se munem de um discurso de medo do caos e de desordem. Esse discurso busca expandir uma política de opressão e extermínio das populações marginalizadas e tem como consequência a violação de direitos fundamentais. Essa exclusão e o encarceramento resultam num movimento perpetuador de opressão da população negra.

A situação do cárcere e da população carcerária no Brasil demonstra-se uma verdadeira aberração jurídica e social, dada as condições as quais são submetidos os cidadãos e a negligência quanto ao respeito aos seus direitos. O número de encarcerados no Brasil e os tipos penais que mais encarceram se pauta num foco da ação repressiva aos segmentos sociais marginalizados para além disso, guarda também a responsabilidade de manter o sistema penal contendo a demanda da criminalidade. Para Orlando Zaccone (2004, p.184) “não possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta pelo caminho da inatividade ou seleção”. Por isso há um perfil criminológico dos “matáveis” e “prendíveis” que ilustram o cárcere brasileiro e recheiam as estatísticas.

O motivo responsável pela “coloração” do cárcere no Brasil além da seletividade nas abordagens policiais e da exclusão da população negra não é a maior incidência de crimes por essa

parcela da população, mas o fato de serem os negros os mais vigiados pelas instituições. O Levantamento Nacional da Informações Penitenciárias de 2016, publicado em 2017, comprova que 64% da população prisional é de pessoas negras, sendo a população brasileira que se considera negra, até 2015, era de 53 %.

Soma-se a isso um levantamento feito pela Anistia Internacional que mostra que 77% dos jovens (entre 15 e 29 anos) vítimas de homicídio no Brasil são negros, outro levantamento pela mesma organização revela que Entre 2010 e 2013, 1275 pessoas morreram em decorrência de ações policiais, desse total, 79% eram negros. Essa realidade está vinculada à prática colonial racista, que hierarquiza o valor das vidas de acordo com a cor de cada um.

Os tipos penais que mais levam a população negra ao cárcere são os de roubo e tráfico de drogas e que são os mesmos que lideram o *ranking* dos ilícitos mais cometidos no Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça. Condutas estas que podem ser explicadas pela posição e pelo lugar no qual o negro é posto na sociedade brasileira. No que concerne ao ilícito roubo, pode ser visto pela falta de acesso a serviços e direitos básicos como o de moradia e de trabalho digno, que são imprescindíveis para sobrevivência, não justificando a prática, mas tentando encontrar uma origem. Além de um forte comportamento social de teor consumista, que propaga a falsa ideia de que para pertencer a determinados grupos deve-se possuir determinados objetos, é a lógica capitalista do ser é ter.

Quanto ao crime de tráfico de drogas, é importante analisar, *a priori*, a relação da sociedade com a drogas e da verdadeira guerra que se estabeleceu. Vale lembrar ainda, que essa guerra não é atual, sabe-se que a década de noventa no Brasil apresentou o maior número de encarceramento da história, não coincidentemente, foi nesse período que houve a grande projeção das drogas, frente a uma cultura se se expandia na época. No cenário atual há um agravante: definir usuário e traficantes, uma vez que fruto dessa guerra contra as drogas, vige no país uma lei antidrogas<sup>5</sup> que entre outras coisas estabelece punições e penas diferentes para o traficante e para o usuário, porém a mesma lei não estabelece parâmetros para a identificação destes, ficando, portanto a autoridade policial a cargo disso.

As ações de controle social cometidas pelas instituições jurídico-policiais, tais como a seletividade e encarceramento, reproduzem as lógicas de controle social do colonialismo. A “barbárie” dos povos submetidos à colonização e à escravização é, hoje, aplicada aos negros marginalizados, tratados como bandidos, subalternos e desumanos. A manutenção da estrutura colonial racista, como se vê, não é possível desenvolver um modelo de Estado democrático e, por conseguinte, uma sociedade mais igualitária livre de estruturas eurocêntricas, trazidas pela colonialidade. O racismo hoje se articula com outras formas de violência e faz com que o negro viva diariamente uma diáspora fugindo da sociedade e vivendo na marginalidade.

## **“COLORIMETRIA”: COLORISMO DA VIOLÊNCIA NO BRASIL**

O direito, como mecanismo de controle social e perpetuador da violência, tem ativado uma série de gatilhos que demonstram a permanência de padrões coloniais e escravista. A necessidade de subalternizar uma raça enquanto privilegia outra - desde o período de exploração colonial - pode ilustrar o atual cenário brasileiro que perpetua o preconceito, racismo e, por conseguinte, a exclusão social. Essa dinâmica se apresenta como uma lógica de ser sistema e opera como estratégias de controle da população fortalecendo o autoritarismo das instituições estatais que

---

<sup>5</sup> LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.

sempre foram compostas por um mesmo perfil de agentes- homens brancos- em detrimento da população negra.

A estratégia de controle do estado se condiciona a diversas esferas- as mais perceptíveis são a econômica, legislativa e judicial- a medida em que juntas trabalham num movimento que resultam na criação de leis que materialmente se prestam a atingir um grupo seletivo da população. O poder judiciário, o mais violador dos mecanismos estatais, deixa de ser um garantidor e passa a ser violador de direitos, uma vez que profere julgamentos e decisões que favorece a lógica de opressão e violência baseada numa razão neoliberal. É um tipo de vínculo constitutivo entre o estado democrático e o racismo. Nessa linha, dispõe Rubens Casara:

“A razão neoliberal dispõe de diversas estratégias para formatar e/ou controlar os sujeitos transformados e tratados como mercadoria. Estratégias distintas, uma para parcela da população que não interessa à razão neoliberal (pessoas sem valor de uso), outra para os que são marados como úteis e funcionais, membros de uma sociedade permissiva e pacífica, sem espaço para alteridade”. (CASARA, 2017. P. 40)

Em contrapartida e em resposta a agressividade do estado direcionada há um movimento de políticas auto afirmativas e de enfrentamento da violência contra a população negra que começa pela construção de uma episteme (que foi e é um forte instrumento de opressão da população negra), galgada numa visão intelectual e cultural baseada na história e narrativa negras. Nesse interim, Lélia Gonzalez cunha o termo político-cultural amefricanidade para descrever uma narrativa histórico-política a partir de uma perspectiva da população negra promovida pela luta daqueles que forma escravizados e explorados se propondo a contraditar o modelo colonial eurocêntrico. Como ela defende, “Foi dentro da comunidade escravizada que se desenvolveram formas político-culturais de resistência que hoje nos permitem continuar uma luta plurissecular de liberação” (Gonzalez 1988,78).

Tudo repercute na sociedade e na atuação do estado. Há ainda um indexador colonial que demarca e revive a história de opressão e violência da população negra- que continua a mesma, mas numa lógica e roupagem moderna. São diversos mecanismos de produção de práticas e discursos raciais e racistas, piadas, discursos subentendidos e de duplo sentido, fetichismos linguísticos, que são formas de agredir sem que se possa responsabilizar o agressor. Esta é uma prática agressiva que não sai do campo da linguagem e do discurso, embora haja uma “corporação” de tais práticas que se firmaram num diálogo racista e contribuiu para criação e propagação de estereótipos da população negra.

Hodiernamente é possível ver essas violências racistas mais uma vez ultrapassando o limite discursivos e se concretizando em práticas. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2019 expõe a números que demonstram a violência contra negros e negras no Brasil. Os números revelam que a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil 75 são negras, entre 2007 e 2017 os homicídios de negros cresceu 33,1%. As vítimas de violência sexual também são em sua maioria negras, 66%. Nota-se aí um movimento reiterado de violência canalizado a uma população específica. Além de um problema de segurança pública é uma falha e ineficiência do estado que degrada a sua população e seus próprios agentes; óbvios que os que ocupam cargos menos hierarquizados. Mesmo a segurança pública sendo incorporadas às políticas públicas é possível perceber uma ineficiência estatal, como mostra o mesmo levantamento feito pelo Fórum de Segurança Pública, revelando que os negros representam 34% do efetivo de policiais no país, entretanto 57% das mortes de policias são negras. Noutra banda, 75% das pessoas mortas em decorrência de intervenções policiais entre 2017 e 2018 eram negras. Esses números representam um verdadeiro genocídio da população negra que só comprova a violência estatal e a violação de direitos, dentre eles o mais precioso direito humano fundamental e constitucionalmente assegurado, o direito a vida. “A violação dos direitos humanos torna-se uma regra em desfavor de



determinadas de pessoas” (CASARA, 2017, p.51) que além de não terem seus direitos fundamentais como liberdade, igualdade, dignidade e segurança assegurados serve para manutenção e aprimoramento de uma estrutura de violência e opressão de matriz colonial escravista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro junto a outras práticas discriminatórias do estado, longe de ser um mecanismo de integração e igualdade, objetivo ao qual se propõe, é um verdadeiro legitimador de práticas violentas e violentadoras da humanidade e dignidade da pessoa humana. Tais formas de atuação das forças estatais operam numa lógica colonial- escravista que se fazem de maneira seletiva, rotulando previamente pessoas de determinada classe social e com características fenotípicas específicas e dessa forma classificando estes indivíduos como potenciais cometedores de delitos, canalizando todo o aparato estatal para estes a fim de coibir imaginárias condutas delituosas.

A ingerência do estado é a principal causa de opressão e legitimadora de violências contra a população negra, que tem todos os dias sua existência ameaçada e não protegida por quem deveria proteger. As únicas políticas que parecem atender a esta população é a de opressão, repressão, confinamento e extermínio, coibindo o exercício da sua cidadania e impedindo a efetivação dos direitos com o objetivo de manter o poder hegemônico.

O controle social hodierno, que tem como resposta social a um clamor punitivo o sistema penal penitenciário, tem atuação num espaço de seletos segmentos sociais que são tidos como indesejáveis e transgressores. É nessa lógica que se instaura a seletividade penal como um instrumento controlador das classes “perigosas”, causando dor e exclusão fomentadas pelo estado e a sociedade. Este controle de estado encarcera os excluídos, aniquila-os por um tempo – longo tempo- e os devolve para sociedade em condições de maior marginalização, buscando que estes voltem para a custódia do estado e assim comprovem estereótipos. O caminho até agora percorrido foi traçado desde o período colonial aqui no Brasil e busca estabelecer uma hierarquia racial num movimento de criminalização da pobreza e de uma raça. É um estado nacional de homens brancos que atualiza mecanismos de dominação negra, patologizando, marginalizando, criminalizando, encarcerando até que o inimigo social esteja morto.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A Ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência a violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECKER, Howard S.. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. São Paulo: Ed. Zahar. 2008.

BERNARDINO, Joaze. “Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil”. **Estud. afro-asiát.**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2002.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CASARA, Rubens R R. **Estado pós- democrático de direito, neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. Ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2017

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 26 nov. 2019

DUSSEL, Enrique. **1492: o Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferencias de Frankfurt / Enrique Dussel**; tradução Jaime A. Clasen – Petrópolis, RJ: Vozes,1993.

DUSSEL, Enrique. “Europa, Modernidade e Eurocentrismo”, In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas.** LANDER, Edgardo (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. p24-32.

GONZALES, Lélia.1984. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista de Ciências Sociais Hoje (ANPOCS)**, ano 1984; 223-244

GONZALES, Lélia.1988. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n 92/93 (jan/jul)

GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do sistema penal na jurisprudência do superior tribunal de justiça: O Trancamento da Criminalização Secundaria por Decisões em Habeas corpus.** São Paulo: IBCCRIM,2007, p. 47.

**Jovem Negro Vivo.** Disponível em: <http://anistia.org.br/campanha/jovem/negrovivo>. Acesso em 10 abr. 2019

Lei n 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) . Acesso em 22 nov.2019

LOPES, Maria Imaculata Vassalo. **Pesquisa em Comunicação.** Formulação de um modelo metodológico. Ed. Loyola. São Paulo. 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, 2017. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Atualização junho 2016/ organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa *at al.*

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo: entre política do reconhecimento e o meio de legitimação do controle social sobre os negros.** Brasília: Brado Negro, 2016

QUIJANO, Aníbal. **Questioning “race”.** (2007) Disponível em: <[http://www.academia.edu/2589100/Questioning\\_Race\\_An%C3%ADbal\\_Quijano](http://www.academia.edu/2589100/Questioning_Race_An%C3%ADbal_Quijano)> Acesso em: 10 out.2019.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina.** (2005) Disponível em: <[http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf)>. Acesso em: 03 out.2019.

QUIJANO, Aníbal. **“Raza”, “Étnia” Y “Nacion” en Mariategui: Cuestiones Abiertas.** (1992). Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/59.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2019.

SEGATO, Rita Laura: **La Nación y sus Otros.** Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad, Prometeo, Buenos Aires, 2007.

**Você matou meu filho.** Homicídios cometidos pela policia Militar da cidade do Rio de Janeiro: Disponível em: [https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho\\_Anistia-Internacional-2015.pdf](https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf). Acesso em: 19 set. 2019

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada** – quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, O. O sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas in **Discursos Sediciosos-Crime, Direito e Sociedade**, ano 9, v.14, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 14

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

# “O DEMÔNIO SAI QUANDO O NOME JESUS OPERAR”: RACISMO E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA A PARTIR DA CONSTRUÇÃO SOCIAL DO “DEMÔNIO” NO DISCURSO RELIGIOSO NEOPENTECOSTAL

Kalebe Rangel Lopes da Silva

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (UFF). Bolsista (CAPES).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possível relação entre a construção social do que é reconhecido como “demoníaco” no discurso religioso neopentecostal com as práticas de intolerância religiosa contra cultos afrobrasileiros como possíveis expressões de racismo. O interesse para a produção do presente estudo se deu principalmente a partir da percepção de um aumento dos casos de intolerância a praticantes das religiões afrobrasileiras, assim como o caso que originou o título do artigo.

Há cerca de quase um ano, em 05/11/18, o jornal o Dia publicou matéria<sup>1</sup> acerca de um caso que intolerância religiosa em um cemitério da cidade de Niterói, na região metropolitana do Rio de Janeiro. Na ocasião, um grupo de uma igreja evangélica da região interrompeu um cruzeiro das almas atacando umbadistas e candomblecistas que estavam no cemitério aos gritos, palavras de ordem e cantando verso que que “o demônio sai quando o nome de Jesus operar”. Acuados e inclusive amedrontados pela violência clara da manifestação de intolerância os ali presentes tiveram seu culto desrespeitado e sua liberdade de culto e dignidade violadas, como pode se verificar no vídeo ainda disponível online<sup>2</sup>

O caso descrito, infelizmente, não representa uma excepcionalidade diante de um quadro mais amplo do crescente número de manifestações de intolerância religiosa aos cultos afrobrasileiros. Assim, o interesse na compreensão de como o discurso acerca do demônio no neopentecostalismo se relaciona com casos como o presenciado e de que maneira podem ser vistos como elementos de justificativas no entendimento daqueles que a praticam.

Dessa forma, a primeira parte do trabalho aborda acerca das teorias da secularização e laicidade para uma compreensão do papel da religiosidade na sociedade atual e das disputas presentes no campo religioso brasileiro no qual se inserem as disputas analisadas. Posteriormente, abordar-se-á o crescimento neopentecostal no Brasil e sua possível relação com estas disputas simbólicas com cultos afrobrasileiros dentro do campo religioso e do “mercado da fé”. Para a compreensão destas disputas, na terceira parte do texto será analisada a construção social do demoníaco dentro do discurso neopentecostal e de que maneira o combate contra o mal identificado com elementos das religiosidades afrobrasileiras são vistos como uma missão de “batalha espiritual” que pode ter relações com as práticas de intolerância e, inclusive, apresentar-se como elementos de justificativa para estas. Por fim, será abordado como os casos levantados revelam um acréscimo nos registros de intolerância e sua possível relação com um racismo cultural e religioso, a violação de direitos e a vulnerabilidade social dos grupos objeto de tais práticas que devem ser combatidas.

<sup>1</sup> Disponível em: << <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/11/5590154-video-de-evangelicos-expulsando-fieis-de-religioes-africanas-de-cemiterio-de-niteroi-viraliza-e-provoca-reacoes.html#foto=1> >>.

<sup>2</sup> Disponível em << <https://www.youtube.com/watch?v=wo3H9xMqWFO> >>.

## SECULARIZAÇÃO, LAICIDADE E O CAMPO RELIGIOSO EM DISPUTA

Desde os clássicos da sociologia, o estudo das religiões e de seu papel para a compreensão da sociedade tem sido chave, tendo lugar de destaque na produção, p.ex., de Durkheim e Weber, sendo tal máxima ainda atual. As análises weberianas da sociologia da religião acerca da modernidade e do processo de “desencatamento” do mundo e “dessacralização” são fundamentais para o entendimento do papel da religiosidade no mundo moderno e da própria modernidade como categoria de análise sociológica. Depreende-se então a necessidade de lançar mão das bases fixadas pelas teorias clássicas para a análise, não deixando, por óbvio, de lado as atuais discussões fruto das dinâmicas sociais e mudanças ocorridas na sociedade que levaram a discussões e reformulações das teorias acerca da secularização.

Acerca da secularização, Peter Berger a define como o processo pelo qual “se suprime o domínio das instituições e os símbolos religiosos de alguns setores da sociedade e da cultura” (BERGER, 1971, p. 134). Para o sociólogo (BERGER, 1981), a secularização faz com que não haja um monopólio da atividade religiosa levando-a para a esfera privada dos indivíduos e promovendo um pluralismo das concepções religiosas em disputa, mas sendo importante a compreensão de que não há um esvaziamento do fenômeno religioso, afirmando inclusive que “o mundo de hoje, com algumas exceções, [...] é tão ferozmente religioso quanto antes e até mais em certos lugares” (BERGER, 2000, p. 10). No entanto, esse não é um conceito pacífico em sua definição, sendo amplamente discutido quanto as implicações que seus significados podem acarretar na compreensão do mundo contemporâneo.

Antonio Flavio Pierucci e José Casanova são autores que também se debruçam sobre o tema e levantam teses fundamentais para serem analisadas e discutidas sobre o novo papel exercido nas sociedades contemporâneas, mostrando visões divergentes, mas que igualmente devem ser estudadas a fim de se avaliar a que melhor explica e se aplica aos fenômenos analisados.

Para Casanova (2007) não há um só fenômeno de secularização, mas este processo se dá a partir das particularidades e especificidades locais e de cada contexto, ficando claro, v.g., nas diferenças entre o caso dos EUA e no território europeu; sendo assim, mais corrente se falar de “secularismos”. Além disso, o autor também afirma que a religiosidade atual saiu de seu “confinamento privado” tomando cada vez relevância na esfera pública.

Por sua vez, para Pierucci a relevância do papel da religião na política não revela nenhum esvaziamento ou mitigação da secularização na modernidade, mas sim uma expressão da dinâmica pendular do fenômeno religioso como já atestava Hume em sua obra “História Natural da Religião”, expressando-a em um movimento de fluxo e refluxo (HUME, 1976 *apud*. PIERUCCI, 2008, p. 11).

Seja como for, e apesar das divergências sociológicas acerca da questão, nota-se o papel preponderante da religiosidade na sociedade atual tendo implicações culturais, econômicas e também políticas, para exemplificar. Daí o aumento do interesse nos estudos sobre a religiosidade no Brasil e a necessidade de se ter clareza sobre as questões que as mudanças sociais em curso implicam para a sociedade como um todo.

O conceito de secularização, que se liga com o de laicidade, não deve com esse ser confundido. A laicidade está mais ligada a uma compreensão negativa em relação à atuação religiosa do Estado quanto às liberdades individuais, principalmente a de culto – pressupondo uma suposta neutralidade no tocante à matéria – como determina a Constituição da República em seu art. 19, I. Entretanto, a secularização não se restringe a atuação estatal em relação às liberdades,

mas sim ao próprio papel social da religião como elemento agregador de significados e construtor de papéis e sociabilidades, p.ex.

Assim, a laicidade pode ser vista como um princípio constitucional e, para alguns, basilar da própria democracia e do estado constitucional de direito. Daniel Sarmiento em seu artigo sobre o uso de crucifixos em tribunais e a Laicidade do Estado, por exemplo, afirma que a laicidade tem uma dualidade no sentido de que “salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado”, mas “também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa” (SARMENTO, 2008, p. 190-191). A Laicidade, desse modo, não se confunde com a mera separação institucional entre a Igreja e o Estado, pois é uma própria compreensão da sociedade e sua organização, relacionando-se fundamentalmente com a própria democracia, com as liberdades individuais e com os direitos de todos.

Alguns teóricos da modernidade, acreditavam que o progresso pretendido e o avanço tecnológico diminuiriam gradativamente o papel da religiosidade no espaço público. No entanto, o que se verifica é uma não linearidade nos diversos contextos, considerados segundo as especificidades locais, e como já mencionado, a religiosidade em alguns desses locais apresenta, inclusive, papel destacado e crescente.

Tal compreensão acerca dos processos de laicidade e secularização revela que o entendimento da sociedade moderna e até do mesmo do Brasil atualmente requerem uma perspectiva mais apurada do que da linealidade do descenso da religião outrora defendida. No entanto, o campo religioso no Brasil atual não deve ser visto sem a precisa noção deste como um espaço de disputas e no qual suas manifestações se dão de maneira conflitiva entre as muitas formas de cultos, representações e poder simbólico, acerca das quais se abordará abaixo.

## **CULTOS AFROBRASILEIROS, CRESCIMENTO NEOPENTECOSTAL E SUAS DISPUTAS SIMBÓLICAS**

O crescimento religioso do neopentecostalismo nas últimas décadas tem sido objeto de estudo e análise em diversos campos das ciências humanas e sociais com cada vez mais destaque nos últimos anos. As consequências políticas, sociais, culturais e econômicas do fenômeno têm originado diversas análises e teses diante da relevância do tema. Tal crescimento se deu e ainda se dá através de intensas disputas no campo religioso, no qual a maior expressão do crescimento do segmento evangélico é o neopentecostalismo.

Dentre as principais características dos grupos neopentecostais, ressaltando-se as nuances e diferenças internas, além da utilização de gestão empresarial na condução dos templos e do uso de mídias para o trabalho de proselitismo e propaganda religiosa, destacam-se também a centralidade no discurso teológico das “manifestações do espírito”, como as experiências místicas de cura, transe e revelações sobrenaturais, a ênfase na “teologia da prosperidade” e a “teologia da batalha espiritual”.

As disputas no campo religioso e os aspectos destacados do discurso neopentecostal revelam também uma perspectiva na qual as igrejas e seus fiéis percebem-se como agentes de transformação do mundo e através de seu agir e do que identificam como seu “testemunho” cumprem uma “missão” de combater o “maligno” no mundo. Um exemplo está nas expressões dos “dons do Espírito Santo” que promovem “graças” aos fiéis como a cura de enfermidades. As doenças são entendidas, nesse contexto, como expressões do mal físico são combatidas e expurgadas pela graça divina. Outra expressão comum dessa compreensão são os “testemunhos de prosperidade” muito famosos pelos programas televisivos nos quais os fiéis relatam como Deus os “abençoou com novos empregos, casa, carros, bens etc.” e o sucesso financeiro se revela como uma manifestação da presença de Deus na vida dos crentes.

Percebe-se desse modo que a missão entendida pelos fiéis para si mesmos e para a comunidade a qual pertencem, não se concentra somente no porvir, em um além celestial, mas significa uma manifestação e realização do que consideram representações do “Reino de Deus” nas mais diversas esferas da vida social principalmente no presente. Isso se revela de maneira significativa, p.ex., nas esferas midiática, cultural e principalmente política nos últimos tempos.

Não obstante, esse combate ao “mal” como “missão da Igreja” passa por um complexo processo de construção social do que é entendido como o “maligno” a ser combatido, associado aos “demônios” ou “Diabo” como personificações desse mal. No mesmo sentido, a identificação das entidades cultuadas nos cultos afrobrasileiros, mais especificamente na Umbanda e Candomblé, com o “demoníaco” ou expressões do “maligno”, revelam não somente disputas simbólicas no campo religioso, mas também um processo de consolidação de um ideal racista que pode, em alguns casos, inclusive ser relacionada ao crescente quadro de intolerância e violência religiosa no Brasil e mais especificamente no Rio de Janeiro.

Vagner G. Silva (2007) já chamava atenção em antigo trabalho sobre a relação entre neopentecostalismo e religiões afrobrasileiras para, principalmente para o caso da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), qual seria o motivo de “uma igreja tão organizada e interessada na conversão em massa se importar com religiões (candomblé, umbanda e espiritismo) que juntas, segundo o Censo Demográfico do IBGE de 2000, somam apenas 1,7 % da população” (SILVA, 2007, p. 208). O mesmo autor ainda traz indícios importantes das disputas simbólicas que podem ser chaves para o entendimento dos processos analisados, em suas palavras:

“No Brasil, enquanto os processos de secularização e racionalização atingiam [alguns] setores cristãos (catolicismo, protestantismo histórico etc.), o pentecostalismo surgiu como uma possibilidade, ainda tímida na primeira e segunda fases, mas muito forte na terceira, de valorização da experiência do avivamento religioso. No neopentecostalismo, essa característica radicaliza-se em termos de transformá-la em uma religião da experiência vivida no próprio corpo, característica que tradicionalmente esteve sob a hegemonia das religiões afro-brasileiras e do espiritismo kardecista. Combater essas religiões pode ser, portanto, menos uma estratégia proselitista voltada para retirar fiéis deste segmento — embora tenha esse efeito — e mais uma forma de atrair fiéis ávidos pela experiência de religiões com forte apelo mágico, extáticas, com a vantagem da legitimidade social conquistada pelo campo religioso cristão. (SILVA, 2007, p. 208-209)

O destacado crescimento neopentecostal no Brasil é também o crescimento de uma disputa por representação e adesão social, sendo esta, necessariamente, uma disputa simbólica. Nos termos de Bourdieu, essa disputa simbólica e linguística se dá na medida em que “as relações de comunicação, além de se configurarem por ‘relações de poder simbólico’ perpassa[m] também pelas relações de ‘trocas’ como ocorre no processo de mercantilização de um produto, ou seja, relações de oferta e procura entre emissor e receptor” (BOURDIEU, 2008, p. 24). Isso nos dá a noção de que a religiosidade e a adesão dos fiéis aos sistemas de significados em conflito são promovidas a partir de um “mercado da fé”.

Essa mercantilização e disputa demonstrada é onde se dá o processo de demonização, sendo este uma prática eminentemente discursiva e na qual “não existem palavras neutras, palavras inocentes, cada palavra, cada locução ameaça assumir dois sentidos antagônicos conforme a maneira que o emissor e o receptor tiverem de interpretá-la” (BOURDIEU, 2008, p. 26-27).

## A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DEMÔNIO E O COMBATE AO MAL VISTO COMO MISSÃO ESPIRITUAL

Nesse mercado, como descrito por Bourdieu (2007 e 2008), é promovida uma relação de “força simbólica entre produtor, provido de capital linguístico, e consumidor (ou um mercado), capaz de propiciar um certo lucro material ou simbólico” e desse modo o discurso não aparece somente com a intenção de ser compreendido ou “crido”, mas “são também signos de riqueza a serem avaliados, apreciados, e signos de autoridade a serem acreditado e obedecidos” (BOURDIEU, 2008, p. 53). Dessa forma a linguagem revela um poder constituinte que não é somente de significados individuais, mas de “esquemas de percepção ou pensamento por ela propiciados” (BOURDIEU, 2008, p. 119). Esses sistemas são compartilhados e formadores de um ethos coletivo e comunitário compartilhado, p.ex., pelos fiéis de certo grupo religioso ou membros de um segmento social ou profissional. Esse ethos se expressa nas formas de linguagem, mas também de comportamento e é nesse quadro que os discursos demonizantes apresentam seus efeitos sociais visto na crescentes práticas de intolerância religiosa.

Atenta-se nesse sentido, aos efeitos dessas práticas discursivas, que apresentando-se inicialmente de maneira ingênua sobre a salvaguarda da liberdade de culto ou de expressão, inegavelmente basilares do próprio estado de direito e que ninguém o nega, denotam seus efeitos em práticas cotidianas de intolerância e violência simbólica que, inclusive, tendem a tornar-se discursos aniquilacionistas e violações até mesmo físicas.

Acerca do discurso de demonização e da intolerância religiosa destacam-se, entre outros, os trabalhos referenciados de Vagner G. da Silva, Ricardo Mariano, Ari Pedro Oro que se concentram nas práticas neopentecostais. Entretanto, quem é o demônio e onde ele está no discurso de tal segmento, ou ao menos de sua parte de maior visibilidade?

Como já citado, o combate ao “mal” tem importante papel na compreensão missão da igreja no mundo e a identificação desse “maligno” com práticas de fé dos cultos como a umbanda e o candomblé já se encontram, como bem aponta SILVA (2007), nas primeiras publicações do missionário Walter Robert McAlister, fundador da Igreja Pentecostal de Nova Vida no Rio de Janeiro, em 1960. No entanto, para exemplificação do discusso, tomaremos mão de trechos da obra do fundador da IURD (convertido na referida Igreja Nova Vida), Orixás, Caboclos e Guias Deuses ou Demônios. *In verbis*:

O povo brasileiro herdou, das práticas religiosas dos índios nativos e dos escravos oriundos da África, algumas ‘religiões’ que vieram mais tarde a ser reforçadas com doutrinas espiritualistas, esotéricas e tantas outras que tiveram mestres como Franz Anton Mesmer, Allan Kardec e outros médiuns famosos. Houve, com o decorrer dos séculos, um sincretismo religioso, ou seja, uma mistura curiosa e diabólica de mitologia africana, indígena brasileira, espiritismo e cristianismo, que criou ou favoreceu o desenvolvimento de cultos fetichistas como a umbanda, a quimbanda e o candomblé. (MACEDO, 2006, p. 13)

“Devemos, entretanto, afirmar, desde o início, que os demônios existem. Atuam na humanidade com a finalidade de destruí-las e afastá-las de Deus. [...] Na realidade, orixás, caboclos e guias, sejam lá quem forem, tenham lá o nome mais bonito, não são deuses; Os orixás, caboclos e guias, na realidade nunca fazem bem em favor de seu cavalo. [...] Os próprios orixás e caboclos confessam diante da multidão que não passam de demônios, cuja missão é enganar, arrasar e destruir os seus cavalos” (MACEDO, 2006, p. 13-17)

Ainda sobre a associação dos cultos afrobrasileiros ao demoníaco, Macedo liga as entidades como Exus, Caboclos e Pomba-giras claramente a demônios e a, p.ex., doenças, enfermidades e crises financeiras. Note-se:

“Gostam de atacar o sistema nervoso provocando insônia, dores de cabeça, úlceras nervosas, medos, dores no corpo, desmaios constantes e uma lista interminável de doenças. Conheço uma senhora que ficou louca após ter se envolvido com os exus,



caboclos e outros guias. Essas facções do espiritismo (umbanda, quimbanda e candomblé), colocam sobre seus adeptos os mais pesados fardos e receitam as mais estranhas obrigações para aqueles que procuram seus favores. Tais obrigações têm as mais diversas finalidades: matar, destruir casamentos, prejudicar a vida financeira, etc. Empregos, encontros amorosos, morte de inimigos e coisas desse tipo são conseguidos em consultas com exus ou pretos-velhos. Na maioria das vezes, além da pessoa perder dinheiro, tempo ou moral, corre o risco de perder também a vida” (MACEDO, 2006, p. 98;99;104;105).

Poderia de maneira prolífera – como bem demonstra, v.g., Vagner Silva (2007) – analisar não só em livros, publicações de jornais de circulação interna de algumas igrejas como a IURD ou então em programas televisivos ou vídeos de pregações e cultos a prática de supostos exorcismos e da “libertação” de “demônios” associados aos cultos afrobrasileiros; no entanto, os excertos demonstram com clareza o cerne da argumentação.

A noção de “batalha espiritual” é também chave para melhor entender o fenômeno, pois “não se trata de ver as religiões afro-brasileiras como folclore, credence popular, ignorância ou imaginação, mas reconhecer que suas divindades ‘existem’, embora sejam ‘na verdade’ ‘espíritos demoníacos’ que enganam e ameaçam o povo brasileiro” (SILVA, 2007, p. 210) e exatamente por isso é papel da Igreja combater essas práticas.

Desse modo, o discurso acerca do demoníaco apresenta-se como um construtor de um objetivo comum e formador de um ethos combatente que integra a comunidade em torno de uma concepção religiosa de si e dos outros que claramente denotará consequências práticas que podem se manifestar em padrões de intolerância religiosa. Importante salientar como nesses processos descritos o combate aos cultos afrobrasileiros também tem um caráter de promoção de diferenciação, pois a compreensão “se o outro é do demônio, logo eu sou do divino” também pode ser presenciada. Não obstante, mesmo que essa tentativa de afastamentos das manifestações religiosas neopentecostais e afrobrasileiras tentem promover um “crescimento dessas igrejas em função da evasão de adeptos e de clientes dos terreiros e da degeneração da imagem pública destes últimos. Há, porém, em sentido inverso, um entrelaçamento destes campos que os aproxima, como tem sido demonstrado por alguns estudiosos do tema” (SILVA, 2007, p. 228).

## **INTOLERÂNCIA, RACISMO E VIOLAÇÕES DE DIREITOS**

Entendendo a intolerância religiosa como o não reconhecimento das categorias simbólicas e culturais religiosas de determinado grupo de acordo com as definições de um grupo dominante, esta implica necessariamente em uma violação da dignidade do outro oprimido ou até mesmo de sua humanidade, i.e., o não reconhecimento de seus símbolos religiosos ou de seu sistema de significados, crenças e sentidos existenciais como legítimos resulta necessariamente no próprio não reconhecimento de sua capacidade de autodeterminação como sujeito.

No entanto, a intolerância religiosa é necessariamente racista? A resposta, segundo a presente análise é negativa, mas não excludente. Há muitas formas de intolerâncias, sobre as quais não compete agora se debruçar detalhadamente, mas o que se deve ter em mente é que não são elas necessariamente racistas, há a possibilidade mas podem apresentar confluências ou imbricações como fenômenos ou perspectivas racistas como em alguns casos que em que são apresentados em manifestações do discurso demonizador neopentecostal contra as formas de cultos afrobrasileiros.

O racismo, conforme aponta Taguieff (2013, apud d’Adesky, 2019), apresenta-se como um fenômeno pluridimensional que se manifesta na forma de atitudes, comportamentos e até mesmo práticas institucionais ou em alguns extremos legais. As crenças e manifestações discursivas, interpretativas e simbólicas não estão isentas disso e manifestam-se como diversas formas de

racismo, ainda que às vezes veladas. No entanto, é importante preservar-se de generalizações desmedidas e ainda compreender que a utilização da referência do racismo quanto ao fenômeno analisado a prática não é necessariamente praticada em relação aos membros negros da religiosidade, havendo, v.g., não negros que sofrem os mesmos casos de intolerância religiosa que negros quando praticantes das referidas religiosidades.

Desse modo, levanta-se a hipótese de que se trate muito mais de uma manifestação de racismo cultural ou até de racismo religioso, não cabendo nos casos apresentados a mera classificação de racista, como uma generalização. Os agentes não sofrem a intolerância religiosa baseada em sua etnia ou um estigma criado a partir desta; ao contrário, no caso referido, a intolerância se dirige à origem cultural dos elementos simbólicos utilizados nos cultos objetos das intolerâncias identificadas.

Ao analisar a associação dos cultos afrobrasileiros ao “demoníaco” e ao “diabólico”, determinados discursos neopentecostais, como o exemplo IURD exposto, não o fazem ingenuamente, pois como comentado das muitas formas de culto e manifestações religiosas em disputa no “mercado da fé” no Brasil, são exatamente as entidades da umbanda e candomblé que são as demonizadas em detrimento das demais religiões. Ressalta-se a hipótese, como aborda d’Adesky (2019), que deva se pensar no fenômeno não somente levando em conta a relação entre o aspecto da origem racial como fato promotor das perspectivas intolerantes. Observa-se, uma constante relação entre intolerância religiosa de grupos majoritários a grupos minoritários, sejam estes cristãos, muçulmanos, budistas, hinduístas, entre outros, em qualquer um dos polos.

No Brasil, a Lei 7.716/89, alterada pela Lei 9.459/97 definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor como tipos penais, sendo inclusive criado um “Dia Nacional de Combate a Intolerância Religiosa” pela Lei nº 11.635/07. No âmbito estadual, houve também a iniciativa da Lei 5931/11 que criou a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi), criada na cidade do Rio de Janeiro. No entanto, ainda que não se negue possíveis avanços nas iniciativas, é possível questionar sua efetividade, observando que o que pode se verificar segundo os dados é um aumento dos casos de intolerância religiosa, sendo dentre os registros, sua maioria em relação aos cultos afrobrasileiros.

Entre os Estados da União, o Rio de Janeiro é o que registra o maior número de casos e somente em 2019, verifica-se um acréscimo de 56% em relação ao mesmo período do ano passado. Segundo levantamento da Comissão de Combate a Intolerância Religiosa do Rio (CCIR) foram apurados pelo menos 100 casos em todo o Estado do Rio, sendo 40 na capital, 15 em Campos dos Goytacazes, 20 em Duque de Caxias, 15 em Nova Iguaçu e 10 em São Gonçalo<sup>3</sup>. Há inclusive casos de práticas reiteradas de violência a terreiros, como o caso do Terreiro de Candomblé Ase Olodé Ala Orum, em Madureira, que em 19 anos nunca tinha tido casos de ataques e somente este ano teve dois em um lapso apenas quatro meses<sup>4</sup>.

Na região da Baixada Fluminense há também a denúncia de traficantes que ordenam o fechamento e a cessação das atividades dos terreiros em zonas em que têm controle.<sup>5</sup> Mais especificamente em Duque de Caxias e Nova Iguaçu, tal prática tem sido verificada em mais de uma localidade e há ainda a denúncia da suposta declaração desses grupos criminosos de os mesmos professarem ser evangélicos, o que não necessariamente implica vínculo institucional com

<sup>3</sup> Fonte: <https://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2019/05/28/campos-esta-entre-as-cidades-do-rj-com-mais-casos-de-intolerancia-religiosa-em-2019.ghtml> (Site G1 – Publicado em 28/05/2019, acesso em: 15/09/19)

<sup>4</sup> Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/terreiro-de-candomble-em-madureira-atacado-pela-segunda-vez-em-quatro-meses-23712034.html> (Jornal EXTRA – Publicado em 01/06/19, acesso em: 15/09/19)

<sup>5</sup> Fonte: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/05/27/traficantes-dao-ordem-para-fechar-terreiros-na-baixada-fluminense.ghtml> (Site G1 – Publicado em 27/05/2019, acesso em: 15/09/19)

comunidades religiosas ou Igrejas ou mesmo adequação com o discurso religioso do grupo com que se identificam, sendo possível a tergiversação do núcleo argumentativo da fé que dizem se identificar, mas havendo também a possibilidade da permanência de elementos simbólicos e crenças presentes na religiosidade que os inspira.

Importante a diferenciação, pois o que se afirma não é a associação de pastores ou igrejas com grupos criminosos para a prática de perseguição religiosa ou crimes de intolerância, o que não é estritamente negado, havendo denúncias, segundo o MPF, de associações entre grupos criminosos e alguns líderes religiosos, não podendo, no entanto, fazer extrapolações e generalizar o padrão.<sup>6</sup> O que se afirma, contudo, é a possibilidade do discurso demonizador das práticas e cultos afrobrasileiros a partir de uma compreensão belicosa de “batalha espiritual contra o mal” e de que essa luta implica em “bençãos econômicas e prosperidade” basear tais práticas a partir de reinterpretções, apropriações e tergiversações, como já citado.

É preciso ainda chamar atenção à subnotificação dos casos de violações de direitointolerância resultante do próprio estado de vulnerabilidade social pelo não acesso aos mecanismos institucionais de defesas de direitos pelos grupos vitimados pelas violência e intolerâncias descritas. Exemplo disso é o fato da Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi) ter apenas um registro de terreiros invadidos em toda a Baixada, em Nova Iguaçu, durante o presente ano. Em notícia publicada pelo Jornal Extra, o próprio titular da delegacia especializada, Gilbert Stivanello, declara que “as vítimas têm medo de registrar ocorrência”.<sup>7</sup> Ainda segundo o AGEN Afro “os denunciantes estão com medos e se negam a registrar as denúncias na Delegacia Policial [...] pois disseram que a única coisa que a polícia faz é registrar a queixa e quando se consegue registrar, porque muitas Delegacias se negam ainda”<sup>8</sup>

Destaca-se ainda a ausência da própria presença policial para proteção posterior às denúncias, visto que em muitas das comunidades e locais que se encontram os terreiros atacados são domínios territoriais de milícias e facções criminosas e a presença do Estado é praticamente nula, potencializando ainda mais a vulnerabilidade e invisibilidade social de tais grupos vitimados pela violência que expõe inclusive suas vidas a risco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos analisados verificou-se inicialmente a necessidade para o estabelecimento de uma compreensão apurada da sociabilidade contemporâneo e dos desafios que isso representa, se levar em conta os aspectos religiosos que se fazem presentes e representam desafios analíticos. Evidencia-se também, pelo exposto, o estado de necessária atenção ao crescimento dos casos de intolerância religiosa contra cultos afrobrasileiros, em especial no Rio de Janeiro, e sua relação com estruturas discursivas baseadas em elementos racistas que podem apresentar-se simbolicamente como manifestações religiosas, como visto em determinados segmentos neopentecostais específicos. Não conclui-se a ocorrência da necessária ligação dos casos de intolerância denunciados com vínculos institucionais de grupos neopentecostais, não se excluindo, entretanto, essa possibilidade em alguns casos específicos. Além disso, o discurso demonizador dos cultos afrobrasileiros se relaciona simbolicamente com as

---

<sup>6</sup> Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-carta-sacerdote-do-candomble-descreve-ameacas-que-sofreu-de-trafficantes-na-baixada-23704297.html> (JORNAL EXTRA – Publicado em 30/05/19, acesso em: 15/09/19)

<sup>7</sup> Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-carta-sacerdote-do-candomble-descreve-ameacas-que-sofreu-de-trafficantes-na-baixada-23704297.html> (JORNAL EXTRA – Publicado em 30/05/19, acesso em: 15/09/19)

<sup>8</sup> Fonte: <http://intoleranciareligiosadossie.blogspot.com/2019/05/bandidos-de-cristo-proibem-15-barracoos.html> (AGEN Afro em 22/05/2019, acesso em: 15/09/19)

práticas vistas a partir principalmente de visões teológicas como a de “batalha espiritual contra o mal” e da necessidade de “libertação do mal” (para se chegar à uma bênção materialmente identificada).

Denota-se ainda a clara violação de direitos constitucionais e fundamentais, patrimoniais e ainda violações criminais que põem em risco a vida de sacerdotes e fiéis pelas reiteradas e programadas práticas de violência e intolerâncias relatadas nas notícias levantadas e a vulnerabilidade dos grupos vitimados diante da omissão do Poder Público e do vácuo institucional do Estado e dos possíveis meios de diminuição de tais práticas criminosas. A invisibilidade de tais grupos e do problema gritante e crescente se dá principalmente em um espaço onde cada vez mais o Estado mingua sua atuação e a população fica entregue a violações dos mais diversos tipos, inclusive de sua liberdade de crença, fé e culto e de sua própria dignidade.

## REFERÊNCIAS

BERGER, Peter. A Dessecularização do Mundo: uma visão global. **Revista Religião e Sociedade**, vol. 21, n. 1, p. 9-23, 2000.

BERGER, Peter. **O Dossel Sagrado**. Rio de Janeiro: Vozes, 1971.

BERGER, Peter. **Para una teoría sociológica de la religión**. Barcelona: Kairós, 1981.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 5ª edição: São Paulo, Perspectiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas lingüísticas**. São Paulo: Edusp, 2008.

CASANOVA, José. Reconsiderar la Secularización: Una perspectiva comparada mundial. **Revista Académica de Relaciones Internacionales**. No 7, Nov. Madrid, 2007.

CASANOVA, José. **Public Religions in the Modern World**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1994.

CAMPOS, Leonildo Silveira. **Teatro, Templo e Mercado: organização e marketing de um empreendimento neopentecostal**. 1ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

CAMPOS, Leonildo Silveira. O demônio e as representações do mal, os sistemas de acusação e de inquisição no protestantismo histórico brasileiro. **Estudos de Religião**, Ano XXI, n. 33, UNESP, São Paulo, jul/dez 2007.

MACEDO, Edir. **Orixás, Caboclos e Guias Deuses ou Demônios**. Rio de Janeiro: Universal, 15ª edição, 2006.

PIERUCCI, Antônio F. de O.; PRANDI, R. (Org). **A realidade social das religiões no Brasil: religião, sociedade e política**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

PIERUCCI. **O Desencantamento do mundo: Todos os passos do conceito em Max Weber**. São Paulo: 34, 2003.

PIERUCCI. De olho na modernidade religiosa. **Tempo Social Revista de Sociologia da USP**, v. 20, n. 2, p. 9-16, 2008.

PIERUCCI. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 13, n. 37, 1998.

SARMENTO, Daniel. “O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado”. In.: Roberto Arruda Lorea (org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008: 189-201.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo. **Mana** [online]. 2007, vol.13, n.1, pp.207-236. ISSN 0104-9313. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132007000100008>>, acesso em: 15/09/19

SILVA, Vagner Gonçalves da. **Intolerância Religiosa**. Impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: Edusp, 2007.

# QUAL A COR DOS SUBINTEGRADOS? RACISMO, QUILOMBOS E A OMISSÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO (1888-1988)

**Paulo Fernando Soares Pereira**

Doutor em Direito, Estado e Constituição (UnB). Integrante da Advocacia-Geral da União.

## INTRODUÇÃO

Um dos problemas do constitucionalismo atual é, efetivamente, garantir a inclusão daqueles que passaram ou passam por um processo de exclusão e de silenciamento de seus direitos individuais ou sociais, como ocorreu com as comunidades quilombolas.

Portanto, o artigo tem como objetivo analisar a problemática da inclusão das comunidades quilombolas na dialética constitucional brasileira, pretendendo, dessa forma, superar a tradicional discussão em torno das teorias de reconhecimento.

Valendo-se dos conceitos de sobreintegração e subintegração, parte da hipótese segundo a qual é essencial trazer para o debate constitucionalismo brasileiro a questão racial, que tem sido negligenciada desde a Constituição de 1891, gerando, até os dias atuais, um sério empecilho às políticas de inclusão, sendo necessário “dizer a cor dos subintegrados”.

Dessa maneira, apenas reconhecer uma problemática é algo que já não deve bastar ao constitucionalismo, havendo necessidade de se dar à estrutura constitucional maior efetividade, a fim de que os pactos decorrentes das lutas sociais não fiquem apenas no campo do simbolismo constitucional.

Nesse contexto, como ir além da retórica do reconhecimento, do simbolismo constitucional e permitir a inclusão de grupos excluídos, a exemplo das comunidades quilombolas? Eis a pretensão do presente texto.

A metodologia consistiu na revisão crítica da literatura, incluindo os debates decoloniais, que têm contribuído para repensar os conceitos tradicionais das ciências sociais, inclusive os constitucionais.

## RESISTÊNCIA NEGRA E OMISSÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Um “bom” manual de direito constitucional poderia ser representado por uma capa com as cores da bandeira francesa, simbolizando os ideários de uma sociedade burguesa e eurocêntrica. Um manual que viesse com uma capa vermelha e negra, lembrando a bandeira do Haiti e a Revolução Haitiana, certamente, causaria estranhamento. O preto, a cor das “sombras”, do “obscuro”, da “escuridão”, certamente não se adequaria com a “luminosidade”, “brancura” e “transparência”, que liberta o homem de sua ignorância das cavernas, no ideário platônico, que deve permear a esfera pública de um constitucionalismo ocidental, diriam alguns, em seus preconceitos raciais.

A metáfora e provocação acima serve para dizer que a gramática do constitucionalismo moderno possui limitações que determinam a estrutura e os limites dos principais componentes do discurso jurídico e político contemporâneo; essa gramática constitui uma parte importante da imaginação jurídica e política, porque determina quais são as perguntas que podem ser feitas sobre os sistemas políticos e quais as possíveis respostas; tal gramática se compõe de uma série

de regras e princípios sobre o uso apropriado de conceitos como povo, autogoverno, cidadãos, direitos, igualdade, autonomia, nação e soberania popular; as perguntas sobre a relação normativa entre o Estado, a nação e a diversidade cultural, os critérios que deveriam ser usados para determinar a legitimidade do Estado, quais indivíduos podem ser considerados membros do corpo político, as distinções e limites entre as esferas privada e pública e as diferenças entre comunidades políticas autônomas e heterônomas tem sentido a partir do momento que surgem das regras e princípios do constitucionalismo moderno (BONILLA MALDONADO, 2015, p. 13-14).

Evidentemente, essa gramática, além de limitada e eurocêntrica em sua origem, é permeada pela ausência de debates sobre as questões raciais, pois o constitucionalismo, decorrente do iluminismo ocidental, tendeu a ignorar os movimentos que não tivessem a branquitude como cor patrona, reproduzindo-se esse padrão, igualmente, na América Latina.

E tal fenômeno ocorre porque a gramática do constitucionalismo é vinculada, em sua origem, às obras de um grupo relativamente pequeno de filósofos, que são referenciais inevitáveis dos sistemas políticos modernos e contemporâneos, como Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, Kant e Stuart Mill, que contribuíram com a criação de regras e princípios básicos que regulam o constitucionalismo moderno; a compreensão de problemas como a relação entre o consentimento e a legitimidade, o direito e a política, a vontade e a razão, a relação entre o indivíduo e o Estado e a liberdade e a diversidade não podem ser enxergadas sem estudar a obra desses teóricos políticos (BONILLA MALDONADO, 2015, p. 14-15).

Além disso, teorias como o contratualismo, o individualismo e o racionalismo do constitucionalismo moderno se conectam entre um ou vários autores, em cuja genealogia da imaginação política e jurídica moderna não pode se completar sem estudar a obra daqueles pensadores, sendo que as regras e princípios fundamentais do constitucionalismo modernos, desenvolvidas por esses autores, interpretam-se e reinterpretam-se continuamente hoje, da mesma forma que no passado (BONILLA MALDONADO, 2015, p. 15), havendo pouco espaço para o pensamento de teóricos que fujam a esse padrão.

Por outro lado, para fazer contraponto a essa gramática limitada, as teorias sociais críticas, como o movimento decolonial, têm demonstrado que os movimentos libertários não brancos sofreram um processo de esquecimento e ocultamento, ou para se usar terminologia tão em voga, invisibilidade, na história ocidental com a sua pretensão universalizante.

Dessa forma, a consciência decolonial acarreta formas de atuar, de ser e de conhecer que se alimentam dos encontros entre estas áreas, sendo uma consciência limítrofe e um pensamento de fronteira que se nutrem da experiência de estarem marcados pela linha ontológica moderno-colonial (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 94).

O projeto decolonial encontra suas raízes nos projetos insurgentes que resistem, questionam e buscam mudar padrões coloniais do ser, do saber e do poder, podendo ser encontrado inclusive durante a chamada época da ilustração europeia, quando, por exemplo, a Revolução Haitiana, adquiriu um estatuto de projeto político internacional que questionou as formas de ser, poder e saber eurocêntricos (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 88), ao promover uma revolução por sujeitos subalternizados, isto é, uma revolução eminentemente negra.

Nesse contexto, a Revolução Haitiana pode ser vista como ponto chave da guinada decolonial, que impactou em toda a região do Caribe e que inspiraria projetos de emancipação radicais até os nossos dias; diante de um contexto onde sujeitos negros se deparavam com uma alienação perfeita das dimensões do ser e do significado (imagens e caracterizações do negro como bestial), do saber (tipologias sobre o lugar do negro no “sistema da natureza”) e do poder (a escravidão naturalizada), houve o levante de uma revolução de negros em uma colônia, o Haiti,

que não somente teve a audácia de se rebelar, como também seus sujeitos se tornaram autoconscientes do significado revolucionário amplo de seu próprio levante (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 88).

Tal fato contrastou com a impossibilidade que os europeus teriam em conceber a Revolução Haitiana, realizada na América Latina, como uma revolução político-epistêmica em sentido estrito, tal e como viam a Revolução Francesa, pois o paradigma imperante não admitia que os negros tivessem desejos de emancipação; dessa forma, a Modernidade como projeto aparece como produtora de racismo e colonialismo e a Revolução Haitiana obtém o significado de uma forma distinta de ilustração: uma ilustração preocupada, em primeiro lugar, como tema da igualdade da espécie humana e com a tarefa política, epistêmica e criativa da decolonização (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 88).

Essa tentativa de apagamento dos próprios movimentos endógenos na América Latina é explicada pelo papel das ciências sociais, que apelaram para uma objetividade universal, fruto do eurocentrismo, contribuindo para a busca, assumida pelas suas elites, ao longo de toda a história do continente, da 'superação' dos traços tradicionais e pré-modernos que teriam servido de obstáculo ao progresso e à transformação destas sociedades à imagem e semelhança das sociedades liberais industriais (LANDER, 2005, p. 37).

Ao naturalizar e universalizar as regiões ontológicas da cosmovisão liberal, as ciências sociais que serviram de base às suas compressões disciplinares, estiveram impossibilitadas de abordar processos histórico-culturais diferentes daqueles postulados por essa cosmovisão, pois caracterizaram as expressões culturais latino-americanas como 'tradicionais' ou 'não modernas', como em processo de transição em direção à modernidade, negando-se a esses "outros" toda possibilidade de lógicas culturais ou cosmovisões próprias, colocando-lhes como expressão do passado, e negando sua contemporaneidade" (LANDER, 2005, p. 37).

Os movimentos de resistência indígena ou negra contra a escravidão, por mais significativos que tenham sido, não receberam a mesma atenção daqueles comandados pelas elites brancas, devendo ser objeto de estudos mais aprofundados pelas ciências sociais, o que ocorreu bastante, nos dias, atuais, em função da perspectiva decolonial. Houve profunda resistência indígena e negra, muitas vezes encoberta e negada pela história dominante.

Um exemplo bastante representativo do ocultamento da resistência negra, em nível constitucional, como já se mencionou, é a Revolução Haitiana, similar aos ideários franceses, mas que apenas, de modo recente, tem chamado maior atenção por parte da história do constitucionalismo, o que demonstra o racismo epistemológico, ainda presente nas ciências sociais, fruto de um exacerbado eurocentrismo.

A Revolução Haitiana clamou não só por um novo tipo de projeto, senão também por um novo tipo de atitude, pois o "negro" haitiano sentiu, em primeiro lugar, que tinha de se desfazer de um presente que o excluía da zona do ser humano e não, como os modernos, de um passado que não o deixava avançar ou mudar; enquanto o moderno reivindicava o presente "moderno" frente ao passado "antigo", o negro escravizado se opunha ao presente colonizado por um futuro distinto, decolonizado; a memória tinha um lugar em oposição a esse presente e à concepção do futuro, enquanto a Modernidade, enquanto período e atitude, converteu-se parcialmente em reivindicação do presente ou, ao menos, em ofuscação que impediu observar o presente em sua plenitude, pois nem o racionalismo nem a atitude histórico-crítica chegaram a advertir ou a responder adequadamente à experiência vivida do negro (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 89).

Sobre isso, Susan Buck-Morss (2011, p. 131), em texto já bastante conhecido sobre a temática, defendendo que a compreensão do significado da Revolução Haitiana é essencial para a



se entender a gênese da Modernidade, aborda a contradição entre o discurso iluminista da liberdade e a prática da escravidão, sustentáculo da emergente economia de uma série de economias ocidentais, haja vista que no século XVIII, a escravidão havia se tornado a metáfora fundamental da filosofia política ocidental, conotando tudo o que havia de ruim nas relações de poder.

A abordagem de Buck-Morss sobre a Revolução Haitiana é claramente uma declaração e uma tomada de posição dentro de um debate sobre o significado político do mundo desigual, violento e globalizado no qual vivemos, bem como uma reflexão formidável sobre como pensar historicamente pode nos ajudar a compreendê-lo (LIMA, 2011, p. 7).

Então, por quais razões a Revolução Haitiana não recebeu qualquer atenção dos teóricos iluministas?

Há muito que se reconhece que a concepção hegeliana da política era moderna, baseada numa interpretação dos eventos da Revolução Francesa como uma ruptura decisiva em relação ao passado, e que, mesmo sem a mencionar expressamente, ele se referia à Revolução Francesa em *A fenomenologia do espírito*. Por que seriam apenas dois os sentidos em que Hegel teria sido um modernista: adotando a teoria econômica de Adam Smith e a Revolução Francesa como modelo para a política? E, mesmo assim, quando se tratava da escravidão, a mais candente questão social de seu tempo, com rebeliões escravas por todas as colônias e uma revolução escrava bem-sucedida na mais rica entre todas elas — por que deveria — como poderia Hegel se manter de tal modo fixado em Aristóteles? (BUCK-MORSS, 2011, p. 146).

Em *A fenomenologia do Espírito*, Hegel teria insistido que a liberdade não pode ser outorgada aos escravizados de cima para baixo; seria preciso que a autolibertação do escravo devesse ocorrer através de uma “prova de morte” (BUCK-MORSS, 2011, p. 142). Notoriamente condenando a cultura africana à pré-história e culpando os próprios africanos pela escravidão no Novo Mundo, Hegel repetia o argumento banal e apologético de que os escravizados viviam em condições melhores nas colônias do que em suas pátrias africanas, onde a escravidão era “absoluta”, e corroborava o gradualismo (BUCK-MORSS, 2011, p. 145-149).

No mundo moderno antinegro, a cor da pele se converte na marca que servirá para localizar sujeitos e povos em diferentes zonas, em que há a naturalização da morte, do conflito, da desumanização e da guerra como expressões primárias da colonialidade do ser, que se refere não tanto à forma em que os sujeitos modernos se transformam em consumidores ou ficam presos à lógica do capital (MALDONADO-TORRES, 2016, p. 92).

Assim, Susan Buck-Morss (2011, p. 142) questiona de onde Hegel teria tirado a relação entre o senhorio e o escravo o qual os especialistas em Hegel, repetidamente, referem-se à celebre metáfora da “luta de vida ou morte” entre senhor e escravo, que, para Hegel, oferecia a chave para o avanço da liberdade na história mundial e que foi elaborada pela primeira vez na *Fenomenologia do Espírito*.

Dessa maneira, dada a facilidade com que essa dialética do senhor e do escravo se oferece a uma tal leitura, seria de se perguntar por que o tema Hegel e Haiti foi ignorado por tanto tempo? Os estudiosos de Hegel não apenas teriam deixado de responder a essa questão, como também deixaram até mesmo, ao longo dos últimos duzentos anos, de coloca-la (BUCK-MORSS, 2011, p. 145).

Uma das principais razões para essa omissão é certamente a apropriação marxista de uma interpretação social da dialética hegeliana, havendo um elemento de racismo implícito no marxismo oficial, por conta da concepção da história como uma progressão teleológica (BUCK-MORSS, 2011, p. 145-146). O marxismo não ofereceria as ferramentas para se pensar na

exterioridade, pois o mesmo foi uma invenção europeia que surgiu para enfrentar, na própria Europa, a teologia cristã e a economia liberal, ou seja, o capitalismo emergente; o marxismo resultaria, portanto, limitado tanto nas colônias como no mundo não moderno, em geral, porque se mantém dentro da matriz colonial do poder que cria exterioridade no espaço e no tempo, estigmatizando alguns povos como bárbaros, primitivos e subdesenvolvidos (MIGNOLO, 2017, p. 29).

Diante dessa constante omissão, faz-se necessário recuperar, reconstruir e fazer reviver a memória coletiva sobre território e direito ancestral, fazendo esta recuperação, reconstrução e revivência parte de processos pedagógicos coletivos, que permitam consolidar compreensões sobre a resistência-existência ante o largo horizonte colonial e relacioná-las ao momento atual, o que contribuirá para restabelecer e fortalecer relações de aprendizagem inter geracional e empreender reflexões sobre os caminhos pedagógico-acionais por construir e recorrer (WALSH, 2013, p. 64).

Quem ouve falar em quilombismo, dentro de uma perspectiva constitucional, como resistência ao processo de opressão colonial? A perspectiva constitucional tende a enxergar como movimentos libertários de mudança do status constitucional apenas aqueles advindos das elites brancas, perdendo-se vários fios vermelhos, amarelos ou negros na teia de nossa história constitucional, demasiadamente branca e, não raras vezes, insossa a trama, sem que os subalternos não possam falar ou como se a sua fala não seja digna de valor, como se fossem sujeitos sem história e imersos na obscuridade (SPIVAK, 67 e 126).

Evidentemente, não quer se atribuir apenas ao constitucionalismo brasileiro tal ocultamento, pois isso seria apresentar uma visão bastante restrita do constitucionalismo. Trata-se de uma tendência do constitucionalismo ocidental em não dar visibilidade as outras cores da trama do tecido constitucional. Talvez isso se dê em virtude da forte necessidade de especialização nas ciências sociais, não fugindo à regra o direito, tampouco os estudos constitucionais, também com seus campos de especialização, diante da hipercomplexidade das sociedades modernas.

Trazendo essa questão para o caso do ocultamento do processo de escravidão, um papel recomendável para o Estado seria o de restituir às comunidades quilombolas seu foro interno e a trama de sua história negra, expropriada pelo processo colonial e pela ordem da colonial/modernidade, promovendo, ainda, ao mesmo tempo, a circulação do discurso igualitário da modernidade na vida comunitária; contribuir-se-ia para tanto, com a recuperação do tecido comunitário rasgado pela colonialidade e o restabelecimento de formas coletivistas com hierarquias e poderes menos autoritários e perversos do que os que resultaram da hibridação com a ordem colonial primeiro, e depois com a ordem republicana (SEGATO, 2012, p. 115).

A memória coletiva, neste sentido, é que articulará a continuidade de uma oposta decolonial, que pode ser entendida como um viver de luz e liberdade em meio das trevas, não sendo de se surpreender a aflição dos agentes coloniais de apagar a luz, quando tentam impor e moldar uma racionalidade fundada em binarismos dicotômicos, como homem/natureza, mente/corpo, civilizados/bárbaros, etc., baseados nas ideias de raça e gênero (WALSH, 2013, p. 26).

## **A SOBREENTEGRAÇÃO E A SUBINTEGRAÇÃO: O CLASSICISMO INSTITUCIONAL COMO IMPLOÇÃO À ESTRUTURA CONSTITUCIONAL**

Ao final do período colonial e início da República, o Brasil tinha a maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido de nacionalidade, havendo,

no máximo, alguns centros urbanos dotados de uma população politicamente mais engajada e algum sentimento de identidade regional (CARVALHO, 2013, p. 25).

O quadro acima apresentará reflexos na construção da estrutura constitucional que se projetaria no próximo século, com o silenciamento que se fará em torno da escravidão e suas consequências. No Brasil, por exemplo, não havia como fugir da escravidão e se, por um lado, é verdade que os escravizados se distribuíam de maneira desigual pelo país, por outro, é também verdadeiro que havia escravizados no país inteiro, em todas as províncias, no campo e nas cidades; havia escravizados que fugiam e organizavam quilombos, sendo que alguns quilombos tiveram longa duração, como o de Palmares, mas a maioria durava pouco porque era logo atacada por forças do governo ou de particulares, ou seja, os quilombos que sobreviviam mais tempo acabavam mantendo relações com a sociedade que os cercava, e esta sociedade era escravista (CARVALHO, 2013, p. 48).

Assim, no contexto constitucional brasileiro, a escravidão, portanto, é uma história mal contada, isto é, omitida e silenciada, o que traz impactos relevantes, atuais, nos sistemas sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, pois se partiu de um modelo constitucional burguês e liberal, que ignorava a realidade da escravidão e que a Abolição foi incapaz de solucionar.

A Constituição do Império de 1824, ao contrário do projeto de constituinte de 1823, que apresentava a escravidão de forma expressa (arts. 254 e 265), tratou da questão de forma dissimulada, pois permitiu a existência de escravizados de forma implícita, quando fazia a distinção entre cidadãos “ingênuos” e “libertos”: “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação”.

Dessa forma, para a questão da cidadania, um dos eventos mais importantes na história constitucional brasileira foi a abolição da escravidão. Todavia, incorporação dos ex-escravizados aos direitos civis se deu mais no aspecto formal (CARVALHO, 2013, p. 17), pois a situação real dos negros e negras continuou sendo de subintegração.

Deixando as populações negras a condição de escravidão, não lhes foram dados quaisquer meios de alcançar uma cidadania mínima, média ou plena, como bem já ressaltou a literatura sobre o tema<sup>1</sup>.

A cidadania, portanto, foi concebida como um ideário liberal, até porque o direito constitucional costuma seguir categorias intrinsecamente liberais (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 2), o qual deveria ser alcançada a partir de esforços individuais, pouco se imiscuindo o Estado em intervir para que os subintegrados pudessem compartilhar das benesses decorrentes de um pacto constitucional. Por outro lado, as elites, menosprezando os mais elementares fundamentos liberais, com pouco esforço individual e excessivo auxílio estatal, alcançavam uma condição de sobrecidadania, minando qualquer pacto constitucional que pretendesse desnivelar tais desigualdades.

O republicanismo que culminou com a Constituição de 1891 não tinha preocupação com os efeitos decorrentes da escravidão, pois não tocou na questão social e era vago a respeito do desenho institucional que se propunha, limitando-se a advogar uma república democrática, um executivo responsável e províncias unidas por um vínculo federal (LYNCH; SOUZA NETO, 2012, p. 92).

Quem eram os escravizados e qual a sua cor? A resposta parece bastante óbvia: não para o constitucionalismo brasileiro, que, após 1888, pouco se debruçou sobre o tema, ao, de forma

míope, entender que apenas a abolição da escravidão poria solução à questão, diante do silêncio jurídico que se formou dali em diante.

Se a escravidão estava abolida, não havia razão para se debater questão jurídica que já havia sido “solucionada”: os indivíduos, com os esforços pessoais, que buscassem a sua inclusão e alcançassem a cidadania, reconhecendo-se, juridicamente, que as populações negras deveriam alçar a mesma condição de cidadania que os brancos detinham, sem que, por outro lado, fossem ofertados meios de inclusão.

Corroborando esse nascente pensamento liberal, bastante propagado à época, com a Constituição de 1891, estabeleceu-se norma que restringia a maioria da população do país, principalmente a parcela negra e analfabeta, da parte mais elementar da cidadania, que é a escolha dos representantes.

O álibi jurídico para excluir a população negra, recém liberta, pode ser bem entendido com a omissão da Constituição de 1891, ao não mais trazer a previsão da gratuidade do ensino aos cidadãos, como fazia a Constituição Imperial de 1824, pois, se assim o fizesse, teria que garantir instrução aos ex-escravizados e seus descendentes, o que lhes daria maiores chances de inclusão.

A instrução primária deixou de ser mencionada, pois, evidentemente, em sua formalidade, daria direito de instrução às populações negras que, com a instrução (alfabetização), alcançariam a cidadania formal, isto é, direito ao voto. Assim, com a Constituição de 1891, o pacto constitucional reafirmou a ideia de sobreintegração, ao se retirar do Estado a obrigação de prover a instrução primária, deixando-se claro que essa obrigação seria apenas para os níveis mais elevados de ensino, isto é, a instrução alcançaria as camadas privilegiadas e brancas. A leitura do texto constitucional de 1891 demonstrava isso, de forma implícita e explícita, nos vários momentos que trata da questão do ensino.

Ao que tudo indica, competiria aos Municípios e aos Estados prover a instrução primária e secundária, conforme sua legislação e orçamento. Se em tempos atuais a educação primária só consegue ser universalizada em função de aportes financeiros da União, é fácil imaginar que Estados e Municípios não teriam condições de manter a instrução primária, à época.

Um outro álibi jurídico para não interferir nas relações sociais foi o próprio uso do princípio da igualdade, previsto no § 2º do art. 72 da Constituição de 1891, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei” e que “A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”, que firmou um selo de definitividade sobre o tema e, daí em diante, deixou as populações negras reféns de suas próprias sortes e de um sistema social, político, econômico e jurídico que continuava a praticar o racismo institucional e cultural.

Com o fim da escravidão (1888) e início da República (1889), passou-se a adotar um darwinismo social aplicado à organização social de ideal de mercado e de uma concorrência perfeita entre produtores econômicos, o qual cobrava do Estado abstenção, a fim de não travar a “evolução social” e comprometer a sobrevivência dos mais “aptos”, pois se entendia que a pobreza era fruto da incapacidade congênita dos menos aptos na luta pela vida, que deveriam ser deixados à própria sorte (LYNCH; SOUZA NETO, 2012, p. 93).

Dessa forma, as consequências da escravidão permaneceram na sociedade brasileira, pois, atualmente, é essa população que costuma ocupar as posições inferiores em todos os indicadores de qualidade de vida, e a parcela da população com menos acesso à instrução, com os empregos menos qualificados, isto é, que traduz a cor do subemprego, com os menores salários, os piores índices de ascensão social (CARVALHO, 2013, p. 52).

Um exemplo dessa subintegração, no próprio plano constitucional, foi o desnivelamento que a Constituição de 1988 impôs aos trabalhadores domésticos, que não detinham os mesmos direitos dos demais trabalhadores, cuja mudança só ocorreu recentemente com a Emenda Constitucional nº 72/2013, que alterou a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

Totalmente desassistida pelo Estado, cooptado pelos sobreintegrados, a população negra (subintegrada) teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social e, com frequência, precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, a música e a dança, através do futebol, do samba e do carnaval, que foram os principais canais de ascensão social dos negros durante muito tempo (CARVALHO, 2013, p. 53).

As consequências da escravidão não atingiram apenas os negros. Do ponto de vista que aqui nos interessa – a formação do cidadão –, a escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática. Ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos (CARVALHO, 2013, p. 53).

Sem querer desprezar os méritos da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, que declarou extinta a escravidão no Brasil, a mesma passou representar um novo dilema para a questão racial, pois, juridicamente, deu como resolvida a questão do nosso complexo racismo, que, supostamente, deixou de ser um problema institucional, de esfera pública, e que passaria a se restringir às questões individuais, na esfera privada, ou seja, de maneira jurídica, a lei acabou silenciando outras formas de racismo, como o institucional e cultural, que passaram a ser ignoradas.

Portanto, isso, antes de levar a maiores avanços, deu a falsa impressão de que o racismo seria problemática a qual o Estado deve intervir apenas quando houvesse conflitos entre indivíduos, não merecendo atenção o racismo que o fosse praticado nas estruturas das próprias instituições estatais, no campo da política, da economia e da cultura, ou seja, ignorando-se que o racismo é fenômeno complexo e que, portanto, exige posturas antirracistas, igualmente, complexas.

Pode-se afirmar, desse modo, que o fim da escravidão não se traduziu em garantia do direito de propriedade para as comunidades possuidoras de terras, excluindo-se os negros dos direitos decorrentes da tese de Rudolf Von Ihering; além disso, a racionalidade proprietária foi construída sob o modelo privado e individual, enquanto que os remanescentes de quilombos se estruturavam sob a perspectiva dos direitos territoriais coletivos (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 135), sem nenhuma espécie de proteção jurídica.

Essa definição permite compreender o silêncio constitucional que perdurou do primeiro texto de 1824 até a Constituição de 1988, ou seja, mais de um século e meio depois é que os direitos dos quilombolas foram formalmente reconhecidos, isto é, em outras palavras, porque o reconhecimento também é político-representativo de uma etnia com seus direitos culturais e territoriais (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 135).

Essa perspectiva constitucional demonstra que o direito brasileiro, portanto, rotineiramente, focou os esforços em combater principalmente as práticas racistas individuais, inclusive atribuindo todo o peso da prática sobre as condutas dos sujeitos, pouco combatendo o racismo institucional e cultural, o que contribuiu para difundir o mito da “democracia racial”. Isso

reflete o problema de falta de inclusão generalizada no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente, significando a inexistência de cidadania como mecanismo de inclusão político-jurídica da população na sociedade (NEVES, 2015, p. 125).

Nessa questão, um dos poucos avanços que tivemos, no campo constitucional, foi a inclusão do próprio racismo individual como crime inafiançável e imprescritível, porém negligenciando o racismo institucional e cultural, pois se preocupou apenas em punir as práticas individuais, sem que tenha proposto ações afirmativas, que só foram levadas adiante em virtude de um grande percurso da luta, reconhecimento e inclusão ao longo das décadas de 1990 e 2000.

As recentes medidas de inclusão social, mesmo que não tenham tocado na questão racial, evidentemente, criaram fissuras na estrutura social do país, pois iniciaram um processo de inclusão dos subintegrados, negros e negras, em sua maioria, evidentemente. Sem que se falasse, explicitamente, sobre isso, uma parcela da resistência a essas medidas se deve, também, ao racismo institucional e cultural, pois a inclusão pelas políticas públicas estava tocando, mesmo que de forma tímida, na estrutura racial, componente fundamental para a compreensão da nossa hipercomplexa estrutura social.

## **OS EFEITOS DA ESCRAVIDÃO E A OMISSÃO CONSTITUCIONAL: AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E A COR DOS SUBINTEGRADOS**

No ideário normativo da modernidade, diz-se que os direitos fundamentais possuem um papel central, pois, por um lado, em sentido abstrato, expressariam conceitos como direito à vida, liberdade, igualdade, dignidade, propriedade, participação e em derivações deles aplicadas a campos diversos de atividade social, como direito a um ambiente sadio, liberdade de expressão, liberdade de voto, liberdade de culto, igualdade de tratamento, igualdade perante a lei, participação política social e no mundo do trabalho; por outro lado, em sentido concreto, os direitos fundamentais podem expressar um conceito formal, que enfatiza seu caráter positivo inserido em constituições nacionais, um conceito substantivo, que os situa no âmbito dos direitos humanos positivados, um conceito procedimental, que refletiria suas dificuldades de institucionalização democrática na transformação de direitos humanos no direito positivo (MASCAREÑO; SILVA; RODRIGUEZ, 2016, p. 683-684).

Nesse sentido, na modernidade periférica, principalmente, há uma grande dificuldade de se efetivar direitos aos grupos que, historicamente, não comandaram o processo de tessitura constitucional, isto é, que não comandam as relações de poder de determinado Estado nacional, bloqueando os interesses dos subintegrados.

Isso se dá porque o Estado é permanentemente bloqueado pelos particularismos dos interesses econômicos e políticos concretos, decorrentes tanto dos privilégios da sobrecidadania quanto da existência da subcidadania, não se construindo, por outro lado, de forma consistente, a própria identidade de uma esfera do Estado em contraposição aos particularismos privados; isso ocorre porque a filtragem constitucional e legal das interferências da economia e do poder na ação estatal se mostra ausente, pois os códigos generalizados dinheiro e poder não apenas condicionam o direito, mas se sobrepõem ao mesmo de forma destrutiva (NEVES, 1994, p. 268).

Assim, em uma região como a América Latina, a extensão e a profundidade da modernidade é posta em dúvida, diante das condições de desigualdade, falta de equidade, pobreza e exclusão individual e grupal de múltiplas dimensões institucionais, as quais implicam em uma deficiência dos direitos fundamentais enquanto ordem social promovida a sustentar tais direitos (MASCAREÑO; SILVA; RODRIGUEZ, 2016, p. 684).

Dessa forma, por mais que haja uma retórica discursiva pregando que o reconhecimento de direitos a determinados grupos, a inclusão destes últimos, na partilha de direitos, tem sido uma problemática constitucional, como é o caso das comunidades quilombolas brasileiras. Nesse sentido, por quais razões é tão difícil entender a estrutura social brasileira, em que há grupos que exacerbam direitos, enquanto outros só auferem deveres e obrigações, como as comunidades quilombolas?

Uma das respostas parece estar na compreensão da construção do fenômeno da cidadania entre os diversos grupos que compõem o que se denominou de sociedade brasileira. Nesse sentido, Marcelo Neves (1994, p. 261) trata do fenômeno da subintegração (subcidadãos/subcidadania) e da sobreintegração (sobrecidadãos/sobrecidadania).

Para os subintegrados (subcidadãos), generalizam-se as relações concretas em que não se têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas inscrições impositivas; assim, os subcidadãos (subintegrados) não estão excluídos do sistema jurídico, mas apenas da repartição de seus benefícios; embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às estruturas punitivas (NEVES, 1994, p. 261; 2015, p. 125), isto é, para os subintegrados (subcidadãos), os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade, pois os direitos fundamentais não desempenham papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais (NEVES, 1994, p. 261; 2015, p. 125.).

Desse modo, a efetividade da Constituição passa pela compreensão dessa questão, pois, no Brasil, há níveis de cidadania, conforme a categorização das pessoas, em nítido classicismo institucional, no qual o exercício da cidadania e, conseqüentemente, exercício de direitos e obrigações, vai variar conforme o grau de integração/exclusão dos indivíduos.

Essa constatação ocorre porque a cidadania não é um fenômeno estático e meramente formal, podendo-se afirmar que é complexo e historicamente definido, pois o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento (art. 5º, IV e 220 da CF) e o voto (art. 14 e 60, §4, II, da CF), não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança (art. 144 da CF) e o emprego (art. 6º, caput, da CF); o exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população, ou seja, a mera liberdade e a participação não levam, por si só, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais (CARVALHO, 2013, p. 8-9), como muitas vezes se quer fazer acreditar.

Nesse sentido, a cidadania vem se constituindo como um dos temas mais frequentes no discurso político e das Ciências Sociais brasileiras, sendo que a ampliação do debate não implica, porém, uniformidade do termo, pois, de forma contrária, quanto mais se fala de cidadania, mais ambígua se torna a expressão (NEVES, 1994, p. 253).

Assim, a cidadania pode ser definida como integração jurídica igualitária na sociedade, podendo-se afirmar que estará ausente quando se generalizam relações de subintegração (subcidadãos) e sobreintegração (sobrecidadãos) no sistema constitucional, tal como ocorre nos países periféricos, como o Brasil, nos quais não se realiza a inclusão como acesso e dependência simultâneos ao direito positivo (NEVES, 1994, p. 260-261).

A conquista e ampliação da cidadania, no caso brasileiro, deve passar pela construção de um espaço público de legalidade que, de um lado, promova a identidade do Estado perante os interesses privados e, de outro, possibilite a integração jurídica igualitária de toda a população na sociedade (NEVES, 1994, p. 268), integração que passa pela inclusão das populações

historicamente excluídas, como os quilombolas, objeto desta reflexão, reconhecendo-se a contemporaneidade das mesmas, isto é, como parte do que se denomina de atual “sociedade brasileira”, viva e merecedora de direitos e não apenas como memória histórica ou apenas sujeita de obrigações do sistema jurídico.

Quem são as comunidades quilombolas e o que elas representam? Os quilombos, a partir das lutas negras, tornaram-se símbolos étnicos para a militância negra na luta contra o racismo ao longo do século XX, pois a militância se apropriou do quilombo como representação política de luta contra a discriminação racial e valorização da “cultura negra”; nos anos de 1960 e início de 1970, com uma conexão da ideia de quilombo e nos usos políticos, o quilombo podia ser visto tanto a resistência cultural como a resistência contra a ditadura (GOMES, 2015, p. 127).

Assim, os quilombos passaram a ser utilizados como afirmação de um paradigma de etnicidade, cultura e raça negra, no qual a sua história se tornou bandeira de luta, na década de 1980, com os debates constituintes, conseguido alcançar a criação da Fundação Cultural Palmares – FCP, que tem como objetivo formular e implementar políticas públicas para “potencializar a participação da população negra brasileira no processo de desenvolvimento, a partir de sua história e cultura” (GOMES, 2015, p. 128).

Nesse sentido, as comunidades quilombolas não devem ser vistas apenas como lugar de memória passada, pois se constituem como territórios contemporâneos, os quais a modernidade não pode ter a pretensão de apagar ou silenciar. Por outro lado, um dos problemas em se lidar com a inclusão das comunidades quilombolas diz respeito a essa construção social de enxergá-las como um patrimônio estático e do passado, que deve ser preservado apenas como uma memória discursiva, sem contemporaneidade.

Para Flávio dos Santos Gomes (2015, p. 7), não se trata de um passado imóvel, como aquilo que sobrou, pois as comunidades de fugitivos da escravidão produziram histórias complexas de ocupação agrária, criação de territórios, cultura material e imaterial próprias baseadas no parentesco e no uso e manejo coletivo da terra; além do mais, o desenvolvimento das comunidades negras contemporâneas é bastante complexo, com seus processos próprios de identidade e luta por cidadania.

O engessamento ou enlatamento das identidades quilombolas, inclusive a concepção tradicional de patrimônio deve ser evitada, pois constitui uma das características da racialização, instalada pelo processo colonial moderno, que impele os sujeitos para posições fixas dentro do cânone binário constituído pelas terminologias branco – não branco (SEGATO, 2012, p. 126).

A cidadania das comunidades quilombolas não pode ser apenas uma questão de política simbólica incorporada ao texto constitucional por meio da abrangência da declaração de direitos (NEVES, 1994, p. 253), repetindo-se ocaamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, da CF); a cidadania quilombola deve ser alcançada através da interação entre política e direito, a fim de que aquelas sejam, efetivamente, incluídas nas políticas públicas, reduzindo-se o distanciamento entre a sua subintegração e a sobreintegração das camadas que detém a majoritariedade do capital econômico, político, cultural e jurídico.

E por quais razões as comunidades quilombolas constituem um dos grupos mais carentes de inclusão e para os quais o ordenamento jurídico, com todas as suas instituições jurídicas, mostra-se tão refratário em praticar medidas de inclusivas?

Sem muito pestanejar, pode-se dizer que as comunidades quilombolas são vistas como comunidades sem contemporaneidade, isto é, deslocadas do fator tempo da modernidade, seja ela central ou periférica, como a brasileira. A visão que se tem das comunidades quilombolas ainda é marcada como territórios de atraso, os quais devem se adequar a um processo de



assimilação do modo de produção capitalista que se instalou no campo brasileiro, principalmente a partir de um discurso equivocadamente a respeito da categoria “desenvolvimento”.

Nesse contexto, tem-se uma visão racializada das comunidades quilombolas e, assim como os seus antepassados, que constituiriam territórios de resistência ao modo de produção agrícola, atualmente, utilizam-se os meios possíveis para reprimi-los, até com toda a força do direito.

Evidentemente, antes da abolição da escravidão, em 1888, havia uma política clara de higienização do campo, eliminando-se a resistência das comunidades quilombolas. Após, a abolição, a prática de expurgo das comunidades foi alterada pela completa negatividade de quaisquer medidas de inclusão, em uma atitude de indiferença e invisibilidade (GOMES, 2015, p. 120), inclusive no plano jurídico.

Após a escravidão, os negros passaram por um processo de invisibilidade gerado pelas políticas públicas, ou melhor, pela falta delas, que não enxergavam em recenseamentos populacionais e censos agrícolas centenas de povoados, comunidades, bairros, sítios e vilas de populações negras, mestiças, indígenas, ribeirinhas, pastoris, extrativistas, dentre outras (GOMES, 2015, p. 120).

Trata-se de um mito pensar que os quilombos foram um fenômeno restrito ao período da escravidão. Conquanto seu surgimento tenha se dado como resposta à escravidão, os quilombos mantiveram-se na estrutura social brasileira.

O que aconteceu com os quilombos depois de 1888 com o fim da escravidão? Com sua extinção não havia mais escravo e, portanto, fugitivos. Mas os quilombos e mocambos continuaram a se reproduzir mesmo com o fim da escravidão. Eles nunca desapareceram, porém não os encontramos mais na documentação de polícia e nas denúncias dos jornais. Os vários quilombos – que já não eram verdadeiras micro comunidades camponesas – continuaram se reproduzindo, migrando, desaparecendo, emergindo e se dissolvendo no emaranhado das formas camponesas do Brasil de norte a sul (GOMES, 2015, p. 120).

Todavia, durante mais de um século, isto é, entre 1888, data de abolição da escravidão, até 1988, ano de promulgação da Constituição de 1988, o direito brasileiro silenciou completamente a respeito da existência das comunidades quilombolas, que foram tratadas como simples comunidades rurais, sem se levar em conta o seu elemento racial.

Isso ocorreu porque o percurso histórico que permeou as Constituições brasileiras até 1988 foi marcado pela invisibilidade dos negros e das garantias relacionadas às terras tradicionalmente ocupadas ao longo dos séculos, pois o processo político-jurídico colonial desconsiderou a existência dos grupos étnicos-racializados como sujeitos de direitos ativos e com igualdade de condições para verem resguardadas suas culturas (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 135).

Durante esse período de um século (1888 a 1988), negando-se a cor dos subintegrados quilombolas, sob o argumento da “democracia racial”, propagava-se que o sistema jurídico proporcionava cidadania (usufruto de direitos) a todos os participantes da comunidade da comunicação nacional, fossem eles sujeitos da cidade ou do campo, ou seja, o direito serviu como álibi simbólico para afastar a cidadania real das comunidades quilombolas.

Constituiu uma ideologia a prática de isolamento e invisibilidade das comunidades rurais e com elas algumas identificadas como negras e descendentes de antigos escravizados; tais comunidades, como resposta, recriaram suas dimensões de suposta invisibilidade através de linguagens e culturas próprias com festas que iam do jongo às congadas e outras manifestações de uma cultura rural de base étnica e familiar (GOMES, 2015, p. 123), no pouco espaço que o direito lhe concedia.

A ausência de políticas públicas reafirmou a invisibilidade das comunidades quilombolas, que, além de invisibilizadas, passaram a ser estigmatizadas como obstáculos aos processos de “desenvolvimento”; as populações negras rurais, isoladas pela falta de comunicação, transporte, educação, saúde e políticas públicas e outras formas de cidadania, foram estigmatizadas, a ponto de seus moradores recusarem a denominação de quilombolas ou ex-escravizados, em que pese tais comunidades nunca terem deixado de existir em suas lutas seculares no mundo agrário, primordialmente para defender territórios, costumes seculares e parentesco na organização social (GOMES, 2015, p. 123).

Na segunda metade do século XX, os quilombos e as comunidades negras rurais sofreram novas investidas, no qual os setores agrários hegemônicos que defendem formas econômicas exclusivas de acesso à terra passaram a investir sistematicamente contra territórios seculares das populações rurais, indígenas, negros e ribeirinhos (GOMES, 2015, p. 123), sendo um exemplo disso a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-3234, julgada pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Os quilombos nunca desapareceram, mas, de forma contrária, foram disseminados ainda mais após a abolição; nas décadas seguintes, a movimentação de famílias negras de libertos e quilombolas pode ter ajudado na emergência de centenas de comunidades negras rurais que são encontradas no Brasil contemporâneo (GOMES, 2015, p. 123).

Assim, para reforçar essa invisibilidade, o discurso simbólico da cidadania serviu para encobrir o fato de que os problemas estruturais da subintegração e sobreintegração na sociedade, ou seja, as situações de subintegração (subcidadania) e sobreintegração (sobrecidadania), estão indissociavelmente vinculadas às posições e relações dos respectivos agentes políticos; o alibi simbólico do discurso cidadão transfere para os outros os obstáculos à cidadania e dificulta, de certa maneira, o desenvolvimento de uma autocrítica efetiva de indivíduos e grupos a respeito de suas posições nas relações de sobrecidadania e subcidadania; nessa perspectiva, o topos simbólico e ideológico cidadania pode servir mais à manutenção do status quo do que à integração jurídica generalizada e igualitária na sociedade, isto é, atuar contra a própria realização da cidadania (NEVES, 1994, p. 267-268), negada às comunidades quilombolas.

Dessa forma, não se discutiram as razões de não inclusão das comunidades quilombolas porque se usou o discurso jurídico da igualdade para dizer que subintegrados (subcidadãos) e sobreintegrados (sobrecidadãos) usufruíam dos mesmos direitos na comunidade, como se iguais fossem.

Sem que obtivessem nenhuma concessão das elites políticas, econômicas, culturais ou jurídicas, as comunidades quilombolas conseguiram, no processo constituinte, que algumas de suas demandas fizessem parte do texto constitucional de 1988, assim como outras categorias de subincluídos que obtiveram êxito.

Como era de se esperar, a categoria de sobreincluídos não permitiria que tal reconhecimento fosse objeto de fácil inclusão. As comunidades quilombolas padecem da falta de reconhecimento político, social, econômico e jurídico, o que, evidentemente, impede a efetiva inclusão das poucas medidas que foram objeto de reconhecimento constitucional.

Sob essa perspectiva, nota-se que as disposições constitucionais a respeito das populações quilombolas têm encontrado bastantes dificuldades de efetivação. Por exemplo, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”, bem como o §5º do art. 216, que diz que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, têm encontrado bastante resistência no sistema jurídico brasileiro,

dominado por estratos sociais de sobreintegrados, poucos dispostos a quaisquer medidas de inclusão, que lhes soem como concessões e não direitos, tamanha é a cegueira.

O pacto constitucional é quebrado diante do simbolismo constitucional das disposições que tratam sobre as comunidades quilombolas, no que pode ser denominado de “constituição nominalista” ou “constitucionalização simbólica” (NEVES, 2011), nos quais se sobrepõe o bloqueio social destrutivo da concretização da constitucional, seja esta definida como acoplamento estrutural entre direito e política ou como estrutura normativa mais abrangente do sistema jurídico, podendo-se falar, com mais rigor, de uma insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, ou seja, em uma desconstitucionalização fática no processo de concretização jurídica (NEVES, 2015, p. 128).

A subintegração das comunidades quilombolas, no primeiro caso, é bastante evidente, pois não bastasse o texto constitucional ser expresso quanto ao reconhecimento da propriedade das terras ocupadas, setores sobreintegrados, através da ADI-3239, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), questionou, junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamentou o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

No caso, o discurso jurídico de inconstitucionalidade por invasão da competência do Legislativo pelo Executivo (art. 2º, caput, da CF), segundo o qual os “poderes” são “independentes” e “harmônicos”, demonstra o racismo institucional e cultural, assim como a condição de sobrecidadania capitaneada pelos autores da ação, que, inclusive, conseguiu a guarida do voto do relator da ação junto ao Supremo Tribunal Federal – STF.

Não se pode esquecer que a subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que com o apoio da burocracia estatal (inseridas no Legislativo, Executivo, Judiciário e demais funções essenciais à justiça), desenvolvem suas ações bloqueantes à reprodução do direito, sendo verdadeiro que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para a proteção da ordem social (a exemplo do discurso de inconstitucionalidade por invasão do Legislativo pelo Executivo); tendencialmente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, o texto constitucional é posto de lado (NEVES, 1994, p. 261), sendo exemplo evidente disso, a não regulamentação do imposto sobre as grandes fortunas (art. 153, VII, da CF), objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 31), que foi extinta por ausência de legitimidade do autor (Governador do Estado do Maranhão, unidade da Federação com o segundo maior número de comunidades quilombolas)<sup>ii</sup>.

Voltando ao foco da questão quilombola, se o poder constituinte já determinou que aos remanescentes das comunidades dos quilombos é reconhecida a propriedade, não há mínimo sentido em outorgar ao Legislativo a criação de parâmetros para os quais a Constituição silenciou, em clara tentativa de se negar cidadania aos remanescentes das referidas comunidades.

Não obstante o alcance das tradições que foram mantidas ou questionadas, o fato central é que a Constituição Federal reconhece a propriedade definitiva aos remanescentes de quilombos, devendo o Estado efetuar a emissão dos respectivos títulos (art. 68 do ADCT), sendo a norma expressa e não deixando dúvida sobre a sua interpretação no tocante à propriedade e emissão do título (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 137). Portanto, fica evidente o racismo institucional e cultural no objeto da ação, provavelmente capitaneada pelos setores ligados ao agronegócio, que nada mais é do que uma resignificação das casas grandes, em tempos atuais.

Nesse contexto, se cidadania pode ser definida como autonomia pública e privada como inclusão, que pressupõe a autonomia do sistema jurídico em relação ao poder concreto de

indivíduos e organizações, ou seja, sua conquista e ampliação requer a separação de direito, poder e saber; isso não significa que o campo jurídico não seja condicionado por fatores econômicos e políticos, mas apenas que a cidadania é incompatível com ingerências bloqueantes e destrutivas de particularismos políticos e econômicos na reprodução do direito, a exemplo da ADI-3239, pois as influências políticas e econômicas no sistema jurídico deveriam se subordinar aos critérios estabelecidos pelo próprio sistema jurídico (NEVES, 1994, p. 259).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objetivo analisar a problemática da inclusão das comunidades quilombolas na dialética constitucional brasileira, pretendendo, dessa forma, superar a tradicional discussão que gira em torno das teorias de reconhecimento.

As comunidades quilombolas necessitam não apenas de reconhecimento, mas de efetiva inclusão, como maneira de retirá-las da situação de subintegração. Portanto, é essencial que o debate constitucional enxergue as comunidades quilombolas como merecedoras de políticas públicas de inclusão.

A omissão do constitucionalismo em relação às comunidades quilombolas vem ocorrendo desde a Constituição de 1891, inviabilizando-as e deixando-as de fora de qualquer debate constitucional.

Ao tratar da questão, o artigo se valeu dos conceitos de subcidadania e sobrecidadania, baseados na teoria de Marcelo Neves. Todavia, critica-se, de forma propositiva, referida teoria, a fim de que a mesma dê a cor dos subintegrados e dos sobreintegrados. A razão da crítica se deve à postergação que vem ocorrendo, desde 1888, ano da abolição da escravidão, em relação à não discussão dos efeitos da escravidão no Brasil.

Em relação às comunidades quilombolas, remanescentes dos antigos quilombos, tal omissão durou, exatamente, um século (de 1888 a 1988), quando, em virtude das lutas do movimento negro, a Constituição Federal trouxe para o debate constitucional a necessidade de reconhecimento e inclusão das comunidades quilombolas.

Para fazer tal debater, o artigo inicia a discussão demonstrando que a resistência negra esteve alheia ao debate constitucional, tendo em vista que o debate constitucional ainda é permeado por um ideário eurocêntrico de direitos individuais e coletivos e que, obviamente, não se interessa pelo debate racial, questão essencial à formação e desenvolvimento do Estado brasileiro, mas, reiteradamente varrido para debaixo do tapete constitucional.

Atualmente, as ciências sociais latino-americanas, com os debates decoloniais, dando como exemplo a Revolução Haitiana, estão exigindo novas posturas de seus atores, fazendo surgir a necessidade de discussão de um constitucionalismo que se volte para a realidade da América Latina e que não se limite a copiar modelos constitucionais europeus ou estadunidenses.

Nesse contexto, as ideias de subintegração e sobreintegração são adequadas a tal debate, mas devem avançar no sentido de dizer quem são esses sujeitos subintegrados e sobreintegrados. Os mesmos possuem características, as quais devem ser evidenciadas, a fim de desmascarar o racismo institucional, cultural e individual que não foi abolido em 1888 e tampouco tratado pela Constituição de 1891 e textos constitucionais seguintes, que se tornaram adeptas do mito da democracia racial.

Para tanto, as comunidades quilombolas representam um bom exemplo de como tal questão é omitida pelo constitucionalismo brasileiro, que não consegue superar a retórica de reconhecimento.

Dessa maneira, demonstrou-se como o direito constitucional, durante o intervalo de 1888 a 1988 foi se valendo de álibis simbólicos para não tratar das questões raciais e ignorando totalmente a existência das comunidades remanescentes dos antigos quilombos.

Nesse sentido, na modernidade periférica, principalmente, há uma grande dificuldade de se efetivar direitos aos grupos que, historicamente, não comandaram o processo de tessitura constitucional, isto é, que não comandam as relações de poder de determinado Estado nacional, bloqueando os interesses dos subintegrados, como as comunidades quilombolas.

## REFERÊNCIAS

BONILLA MALDONADO, Daniel. Hacia um constitucionalismo del sur global. *In*: BONILLA MALDONADO, Daniel. **Constitucionalismo del sur global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.

BUCK-MORSS, Susan. Hegel e o Haiti. Tradução de Sebastião Nascimento. **Novos Estudos**, nº 90, p. 131-171, julho/2011.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

DUARTE, Evandro C. Piza; CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Ruy Barbosa e a queima dos arquivos: as lutas pela memória da escravidão e os discursos dos juristas. **Universitas Jus**, v. 26, p. 23-39, 2015.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. 2. ed. São Paulo: Global, 2007.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: no limiar de uma nova era**. Vol. II. São Paulo: Globo, 2008.

GOMES, Flávio dos Santos. **Mocambos e quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil**. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

HERMES, Miriam. **Brasil já tem 2,9 mil comunidades certificadas**. A tarde, Salvador, 22/07/2017. Acessado em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/1879568-brasil-ja-tem-29-mil-comunidades-certificadas>>.

IANNI, Octavio. **Raças e classes sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. *In*: Lander, Edgardo (Compilador.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 21-53.

LIMA, Enrique Espada. O Haiti e o projeto de uma “História Universal” hoje. **Afro-Ásia**. Salvador, nº 44, p. 287-293, 2011.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativo do estado de sitio. **Quaestio Iuris**, vol. 5, nº 2, p. 85-136, 2012.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Transdisciplinaridade e decolonialidade. **Sociedade e Estado**, v. 31, n.1, p. 75-97, 2016.

MASCAREÑO, Aldo; SILVA, Artur Stamford; LOEWE, Daniel; Rodríguez, Daniel. Redes Informales e Instituciones Democráticas en América Latina. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 59, nº 3, p. 683-718, 2016.

- MIGNOLO, Walter. Desafio decoloniais hoje. Traduzido por Marcos de Jesus Oliveira. **Epistemologias do Sul**, Foz do Iguaçu, nº 01, p. 12-32, 2017.
- NEVES, Marcelo. “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente”. Dados. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 37, p. 253-275, 1994.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção de estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, nº 206, p. 111-136, abril/junho de 2015.
- SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário descolonial. **E-cadernos CES** [On-line], Epistemologias feministas: ao encontro da crítica radical, nº 18, p. 106-131, 2012.
- SILVA, Eduardo Faria; PONTES, Daniele Regina; MILANO, Giovanna Bonilha. Terras quilombolas no Brasil: das técnicas de dominação colonial ao reconhecimento democrático-constitucional. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 126-147, mai./ago. 2017.
- SKIDMORE, Thomas E. **Preto no branco**: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Tradução de Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim. Direito ao desenvolvimento: o lugar como categoria jurídica necessária a uma sociedade plural. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 16, n. 109, p. 297-318, jun./set. 2014.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida et al. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, nº 9, p. 1-24, 2011.
- WALSH, Catherine. Introducción. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos. In: Walsh, Catherine (org.). **Pedagogías decoloniales**: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Quito: Abya Yala, 2013, p. 24-68.

# A PROTEÇÃO JURÍDICA DA COSMOVISÃO QUILOMBOLA A PARTIR DO PENSAMENTO DECOLONIAL E INTERCULTURAL

**Rita Fabiana de Lacerda Jota Cedano**

Mestranda em Direito (UNICAP). Professora (IFPE).

**Ivan Camilo Cedano Serrano**

Mestre em Direito (UNICAP)

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Há uma incansável trajetória de persistência identitária em busca da conservação da cosmovisão quilombola, que se inicia no ciclo econômico da produção do açúcar e perdura até a contemporaneidade. Ou seja, tanto nas terras constituídas pelos movimentos de insurgência contra o regime escravocrata quanto nos espaços que margeiam a opulência do que resta do modelo colonial de sociedade, na efervescência das favelas, construídas principalmente devido à negação da legitimidade de territórios, os povos quilombolas lutam contra discursos hegemônicos que os relegam ao plano da sua exclusão social. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013)

Nessa tentativa de apagamento da identidade quilombola, engendrou-se, por certa parcela da sociedade, a imagem alegorizada de homens e mulheres extirpados de suas vontades e expostos em pelourinhos à mercê da escravidão. Nesse cenário de submissão, se conformou a colonialidade do poder (QUIJANO, 2005), a qual perpetua a destinação de lugar de inferioridade aos negros.

Ainda que suas histórias milenares tenham sido cruelmente algemadas e desenraizadas, foram laboriosamente resgatadas pelos agrupamentos de africanos e afrodescendentes que insurgiram, contra toda atrocidade patrocinada por uma economia monocultural contrária à identidade étnica (BARTH, 2000) desses povos, formando-se, assim, os quilombos (ARRUTI, 2006). As comunidades quilombolas representam um símbolo de luta pela salvaguarda de seus direitos, contudo, para que se possa manter a preservação da sua cosmovisão, se urge de mecanismos jurídicos que as protejam.

Ressalta-se que, apenas na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), fruto da militância do movimento negro<sup>2</sup>, após anos de exclusão, gerado pelo modelo hegemônico de sociedade colonial que dizima culturas, tem-se o cuidado de tirá-las da invisibilidade e inseri-las no seu lugar social de direito e na esfera de acesso à justiça.

Nesse sentido, diante desse cenário de resistência e persistência, é com a CF/1988, especificamente os artigos 215, 216 e 68, do Ato das Decisões Constitucionais Transitórias (ADCT), que essas comunidades passam a ter consolidado o resguardo legal do direito ao território e, conseqüentemente, ao patrimônio histórico e cultural. Ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das terras por eles ocupadas, a constituição reconhece-os como

---

<sup>1</sup> Artigo publicado no Livro “Quilombolas: aspectos políticos, jurídicos e políticas públicas inclusivas consequentes à edição do Decerto nº 4887-2003 e do Julgamento da ADI nº 3239” pelo TRF2ª Região.

<sup>2</sup> O movimento negro surge no início do século XX, se intensifica na década de 70 com a criação de inúmeras organizações negras em várias regiões do país (por exemplo: Grupo Palmares de Porto Alegre, Grupo Zumbi, entre outros), ganhando mais força, na década de 80, com a institucionalização dos movimentos sociais. Mas, concretamente, tem-se o seu papel preponderante, a partir da Constituição Federal de 1988 (LIMA, 2009).

unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva, equiparando-os às prerrogativas constitucionais outorgadas aos povos indígenas. Mesmo com essas garantias normativas, existe, além da exclusão social, uma pauta político-legislativa contrária ao reconhecimento dos direitos quilombolas.

Observa-se que, no próprio texto constitucional, em seu artigo 68, do ADCT, alerta-se para a condição de vulnerabilidade vivenciada por essas comunidades, ao denominá-las “remanescentes” ou “em via de extinção”. Dessa forma, o Estado reconhece o descaso histórico e a disparidade social existente, ensejando, assim, um espaço que possibilite a reconstrução da autonomia das comunidades para que mantenham vivo o patrimônio histórico imaterial das suas tradições e, ao mesmo tempo, consolidem uma base social que lhes permita autorregular-se com fundamento no direito coletivo à terra (territorialidade) de onde se deriva os aspectos intrínsecos de sua identidade.

Assim, o art. 68, do ADCT, representa um marco histórico, posto que se leva em consideração a inerente relação que existe entre a identidade quilombola e a territorialidade. “Terra e identidade, para essas comunidades, estão intimamente relacionadas. A partir da terra se constituem as relações sociais, econômicas, culturais e são transmitidos bens materiais e imateriais.” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p.5)

Os estudos acerca do pensamento decolonial e intercultural (DAMÁZIO, 2011; MIGNOLO, 2010; QUIJANO, 2005; WALSH, 2009) apontam a urgência de novos conhecimentos jurídicos capazes de ir além do modelo jurídico eurocêntrico, passando a representar instrumentos teóricos que atendam aos anseios das comunidades tradicionais.

No que tange às comunidades quilombolas, há um abandono fruto de uma cultura colonial europeia, cujo o discurso está atrelado aos padrões arquitetados no conceito de modernidade/colonialidade. A saber, mesmo com o resguardo constitucional, continuam ocupando o lugar de silenciados, sendo de fundamental relevância que os seus direitos sejam tutelados pelos poderes do Estado Democrático de Direito.

Nessa omissão histórica, foi construído um pensamento social de inferioridade, marginando sua dignidade humana em sua condição de minoria cultural, obrigando-os a serem absorvidos pela “socialização” ocidental, isto é, pelas majorias que desconhecem o fundamento constitucional de autodeterminação.

Com a proteção constitucional do patrimônio quilombola (terra-identidade), não se conservarão automaticamente as tradições ancestrais. Os conflitos sociais internos, as intervenções culturais do ocidente, tais como o anseio de exploração de recursos naturais, as práticas religiosas externas dos quilombos, as colisões do conceito de “propriedade coletiva” não reconhecida pelos latifundiários, entre outras intromissões, justificam a proteção jurídica da cosmovisão quilombola.

O presente artigo visa verificar a necessidade de procedimentos jurídicos de solução de conflitos para a preservação do binômio território-identidade, objetivando a proteção da auto-representação dos quilombolas, como *sujeitos de direitos*, dentro das complexas formas de territorialidade engendradas através das lutas e resistências, que resultaram na conquista constitucional de 1988. Portanto, espera-se que haja a legitimação de procedimentos jurídicos para a solução de conflitos oriundos dessa comunidade identitária, como forma de preservar a cosmovisão e possibilitar acesso à justiça.

Para tanto, está desenvolvido em três partes: na primeira, discute-se o conceito de acesso à justiça a partir de uma perspectiva decolonial e intercultural; na segunda, aborda-se um enfoque de interlegalidade para que se possa propor mecanismo jurídicos que permitam atender às



especificidades das comunidades tradicionais e com o propósito de preservar a identidade étnica desses povos; na terceira, analisa-se como o ordenamento jurídico da Colômbia permite a autonomia de jurisdição das comunidades afrocolombianas e indígenas e se propõe um paralelo com a situação das comunidades quilombolas no Brasil. Quanto aos procedimentos metodológicos aplicados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica referente à ciência do direito, da sociologia e da antropologia, bem como a pesquisa documental, particularmente, de leis e jurisprudências.

## **ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL E INTERCULTURAL**

A expressão acesso à justiça tem

[...] duas finalidades básicas no sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob o auspício do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p.8)

É um conceito que passa por modificações no transcurso do modelo de sociedade, assim como de acordo com o ordenamento jurídico vigente. No Estado Democrático de Direito, compreende-se acesso à justiça “[...] como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno, e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 12).

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça é um direito fundamental, garantido pela CF/1988, sendo também o primeiro dos princípios constitucionais do processo civil, representando a própria garantia da prestação jurisdicional. Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário. Dessa maneira, representa “[...] o grau de abertura imposto pela CF para o direito processual civil. Grau de abertura no sentido de ser amplamente desejável, no plano constitucional, o acesso ao Poder Judiciário”. (BUENO, 2017, p.48).

De modo geral, significa o pleno exercício da cidadania e do respeito à dignidade humana. Esse exercício de acesso ao Estado-juiz pode ocorrer tanto através de meios judiciais, como por outros mecanismos de solução de conflitos. Segundo Cappelletti & Garth, 1988, p.12:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativa ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Esses meios de solução, quando se tratam de comunidades tradicionais, devem ser instrumentos próprios da cosmovisão, os quais somente são possíveis se respeitados os limites territoriais, onde se materializam as tradições e os costumes. No caso específico das comunidades quilombolas, entendidas como grupos étnico tribais, compostos originariamente pelas descendências de escravos, autodefinidos em territórios prometidos constitucionalmente, precisam urgentemente reconstruir seu histórico ancestral dentro das prerrogativas constitucionais adquiridas em favor do respeito ao direito da territorialidade/identidade.

Constata-se que a negação do acesso à justiça dos povos tradicionais ocorre quando não há uma democracia constitucional participativa, conforme o PNUD (2016, p. 17)

Los obstáculos que dificultan el acceso de los pueblos indígenas y las minorías raciales y étnicas a la justicia se derivan de la condición históricamente subordinada de estos grupos y de unos sistemas sociopolíticos que refuerzan los prejuicios en el marco jurídico y el sistema de justicia.

Ademais, é mister o reconhecimento do pensamento decolonial e da interculturalidade, permitindo-se perpassar o discurso jurídico moderno/colonial (universalidade epistêmica) e pensar procedimentos jurídicos orientados à pluriversalidade epistêmica (DAMÁZIO, 2011, p. 150). Desfazer os nós que atam as narrativas coloniais é o objetivo das discussões decoloniais. Em palavras de Santos (2009, p. 12) na metáfora “Epistemologias do Sul” significa

[...] la búsqueda de conocimientos y de criterios de validez del conocimiento que otorguen visibilidad y credibilidad a las prácticas cognitivas de las clases, de los pueblos y de los grupos sociales que han sido históricamente victimizados, explorados y oprimidos por el colonialismo y el capitalismo globales [...]

Igualmente, ressalta-se que não basta apenas salvaguardar constitucionalmente o direito dessas comunidades. Segundo Lucas e Cenci (2015, p. 96) a redefinição dos textos constitucionais como forma de atender as comunidades tradicionais não é suficiente para a proteção e solução dos conflitos que demandam ditas comunidades, portanto, a solução apontada seria a adoção de uma interculturalidade de diferentes intensidades, sendo concomitantemente de tipo pessoal/individual e comunitária. Ou seja, os autores defendem que apenas através de um diálogo que transcenda a perspectiva nacionalista, tribal ou comunitária, possibilitará vislumbrar demandas imprecisas ao olhar do outro, mas que são geradoras de conflitos que obstam espaços dialógicos. Em síntese, conforme defendem Teixeira e Sparemberger (2016, p. 66)

É necessário reconhecer a participação de todos os povos, e isso se inicia com o reconhecimento legal de seus direitos, bem como a efetivação destes direitos, como algo que se concretiza com a quebra de velhos paradigmas, numa transição que se finalizará com uma sociedade mais democrática, multicultural e intercultural e de resgate do Bem-Viver.

Para conseguir plenamente esse objetivo, é necessário elaborar propostas concretas na condução dialógica de um contexto real de acesso à justiça, isto é, através da construção de um modelo jurisdicional democrático que vise à garantia de um atendimento igualitário dos direitos “difusos” em defesa das prerrogativas quilombolas e não apenas a proclamação dos direitos de todos (CAPPELLETTI & GARTH, 1988).

Assim, para entender o fenômeno do acesso à justiça, a partir do pensamento decolonial e intercultural, é basilar abordar a construção de um processo jurisdicional democrático que permita proteger e salvaguardar os critérios de autoidentidade quilombola em relação a sua ancestralidade e/ou pertencimento aos critérios culturais próprios da sua territorialidade em exercício da sua autonomia como minoria étnica, atendendo o reconhecimento da revalorização da cultura local dentro de uma democracia constitucional participativa. Para tanto, é o diálogo com a identidade cultural da pós-modernidade dentro de um novo cenário do pluralismo jurídico, respeitando a cosmovisão quilombola, que possibilitará desconstruir um modelo individualista que crie representações dos outros (TAYLOR, 1994) e encaminhado para um olhar decolonial e intercultural do conhecimento jurídico. Nesse contexto, a efetivação de procedimentos jurídicos próprios das comunidades quilombolas será um facilitador das demandas e interesses dessa coletividade em prol da proteção jurídica da cosmovisão.

## **INTERLEGALIDADE**

Nas antípodas do positivismo jurídico kelseniano, para um modelo de procedimentos jurídicos de proteção quilombola, deve-se considerar as dimensões axiológicas e pragmáticas do direito, os aspectos identitários que incidem no conhecimento, bem como os discursos sociais, históricos, ideológicos e culturais que corroboram para a construção dos conceitos jurídicos. Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais reconhecem o direito identitário, que se dá

pela proteção da cosmologia, pela garantia do respeito aos aspectos multiculturais dos indivíduos e pela defesa jurídica do reconhecimento das comunidades tradicionais.

Para Santos (1988, p.164)

A interlegalidade é a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Trata-se de um processo altamente dinâmico porque os diferentes espaços jurídicos não são sincrônicos e por isso também as misturas de códigos de escala, de projeção ou de simbolização são sempre desiguais e instáveis.

Nesse sentido, pode-se compreender que a interlegalidade é o diálogo entre uma norma costumeira, própria da cosmovisão dos povos tradicionais, e a norma ocidental, que respeite a constituição como norma fundamental e, ao mesmo tempo, que reconheça a norma tradicional para integrá-la no seu ordenamento jurídico.

O referencial teórico jurídico sobre as comunidades quilombolas tratam, mormente, da urgente necessidade do respeito às singularidades próprias da territorialidade em relação com a homogeneização cultural ocidental, mediando choques civilizatórios para a busca prioritária do resgate da sua cosmovisão e costumes que os identificam, em relação as suas diferenças culturais que pretendem resgatar e transmitir as suas gerações. Não obstante, ainda restam lacunas, nas pesquisas acadêmicas, acerca de possíveis práticas jurisdicionais tendentes à autonomia jurídica dessas comunidades, sendo veemente a necessidade de se propor um enfoque de interlegalidade para que se possa salvaguardar o direito à identidade étnica.

Com o intuito de ampliar a discussão acerca da proteção desses povos, busca-se o reconhecimento do pensamento decolonial e intercultural, no contexto social brasileiro, em aras de uma interlegalidade, fruto da construção de procedimentos jurídicos autônomos dessas comunidades, com escopo na efetivação do diálogo horizontal entre a cosmovisão quilombola e a norma jurídica ocidental (SANTOS, 2000), que lhes permita salvaguardar a sua própria composição cultural e social, no contexto das transformações reais de tempo-espaço (HALL, 2005). Em outras palavras, a integração vinculante dos direitos procedentes das suas necessidades relativas ao território, parentesco, ancestralidade, religiosidade, tradições e práticas culturais.

## **INTERLEGALIDADE: O PARADIGMA NORMATIVO DO ORDENAMENTO JURÍDICO COLOMBIANO DAS COMUNIDADES AFRODESCENDENTES**

Diante do panorama normativo jurídico das comunidades quilombolas no Brasil, são expostas, a continuação, algumas ferramentas normativas do ordenamento jurídico colombiano, baseadas no conceito do pluralismo jurídico, que ajudou integrar o modelo de juridicidade tribal, podendo servir, portanto, como instrumento orientador para a legislação brasileira com o intuito de salvaguardar os interesses étnicos e culturais das comunidades tribais. Inicialmente, há de ser balizado, no plano espaço-tempo, o início das garantias constitucionais próprias das comunidades afrodescendentes, promulgadas nas assembleias nacionais constituintes, no Brasil, em 1988 (art. 68 do ADCT) e, posteriormente, na Colômbia, em 1991 (art. 55 transitório). É manifesto, assim, que ambos os países avançaram na construção de direitos das comunidades afrodescendentes.

No caso da Colômbia, apesar de ter sido um modelo colonial com espólios negativos de escravidão, e de ser um país que na atualidade registra altos índices de violência social, tornou-se um exemplo em relação aos avanços da segurança jurídica às comunidades indígenas e afrocolombianas. Mormente, com o reconhecimento em matéria do pensamento decolonial, intercultural e interlegal, oriundos de garantias normativas e tutelas jurisdicionais.

Ademais, com o reforço da normativa Constitucional que garantiu os direitos das comunidades étnicas e tribais através dos artigos 7º que **reconhece e protege a diversidade étnica e cultural em território colombiano**; 8º que **protege as riquezas culturais e naturais da Nação**; 10º que **adota como oficiais as línguas e dialetos dos grupos étnicos**; 68º que **estabelece o direito a uma educação que respeite a identidade cultural**; 70º que **reconhece a igual dignidade de todas as culturas** e 72º que **protege o patrimônio arqueológico**.

Essas normas constitucionais resultaram fortalecidas e complementadas pelo Convênio nº 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, ratificado pela Colômbia, a partir da Lei 21 de 1991, isto é no mesmo ano da promulgação da constituição<sup>3</sup>.

O texto constitucional afirmou que as comunidades negras (*palenques*) tem o seu direito resguardado, no Capítulo 8 das Disposições Transitórias, através do artigo transitório 55, assim:

**Artículo transitorio 55.** Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

**La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.**

**Parágrafo 1.** Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

**Parágrafo 2.** Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que el se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley. (grifo nosso)

Ressalta-se que o texto constitucional outorgou um prazo de no máximo dois anos, para disciplinar o referido artigo acima. Consequentemente, o legislador colombiano promulgou a **Lei 70 de 1993**<sup>4</sup>, que tem por escopo reconhecer o direito de propriedade coletiva às comunidades negras que ocupam territórios nas zonas rurais às margens dos rios da costa pacífica do país<sup>5</sup>, assim como estabelecer mecanismos para a proteção da identidade cultural, reconhecendo-os como grupo étnico portadores de igualdade e oportunidades frente à sociedade colombiana.

Destaca-se que o artigo 246 da Constituição dispõe, apenas, sobre a **autonomia judicial dos povos indígenas com o propósito de lhes permitir conservar a suas tradições**. Não obstante, o direito de participação judicial dos grupos afrocolombianos também ficou reconhecido no artigo 5º da Lei 70 de 1993.

ARTÍCULO 5. Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un **Consejo Comunitario como forma de administración interna**, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Además de las que prevea el reglamento, **son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y**

<sup>3</sup> Disponível em: <[https://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley\\_21\\_%201991.pdf](https://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley_21_%201991.pdf)> Acesso em: 23 set. 2017.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

<sup>5</sup> Este território é a região de Chocó, um dos departamento da Colômbia e área de maior concentração de remanescentes africanos.

protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. (grifo nosso)

No que concerne ao mecanismo participativo da consulta prévia, respaldada na Carta Política de 1991, não era novo, posto que, pouco antes, o Congresso da República tinha expedido a Lei 21, de 4 de março de 1991, ratificando o Convênio 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais. O referido Convênio estabeleceu que para ser efetivo o direito à autonomia dos povos indígenas e tribais, não deveriam impor-lhes decisões que contrariassem sua identidade cultural e demais direitos coletivos. Concretamente, se determinou que todas as decisões que afetem aos povos tradicionais devem ser-lhes previamente consultadas.

Constata-se que, em março de 1991, se logrou um consenso entre as esferas do Executivo e do Legislativo da Colômbia para reconhecer os direitos coletivos dos povos indígenas e tribais, mediante a ratificação do Convênio 169 da OIT. Esse consenso se somou, três meses depois, a vontade do poder constituinte, que basicamente consagrou, a nível constitucional, as instituições, mecanismos e direitos previstos na Convenção 169. Para tanto, Colômbia acolheu duplamente as disposições de dito Convênio, tanto na lei ratificadora como na própria Constituição, dando a estes povos maior segurança jurídica.

A Constituição da Colômbia reconhece e protege a diversidade étnica e cultural de sua população, além disso instituiu mecanismos democráticos diretos, como a consulta prévia, e, representativos, como as quotas de indígenas e afrocolombianos no parlamento. De ambas as formas, os interesses étnicos e tribais contam com ferramentas democráticas nas tomadas de decisões que repercutem diretamente em sua cosmovisão.

Para isto, é necessário ressaltar que o processo de reconhecimento das garantias fundamentais de território e identidade dos afrodescendentes no território colombiano, surge a partir da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), através o artigo 55 transitório da Constituição Colombiana de 1991, o qual cominou ao legislador à criação normativa para o desenvolvimento das propriedades comunitárias dos povos afrodescendentes.

Dessa prerrogativa constitucional, surgiu a promulgação eficaz da **Lei 70 de 1993**, que versa sobre a territorialidade afrocolombiana, balizando o conceito de “**comunidade negra**” e da “**ocupação coletiva**” como critérios necessários para a efetivação de uma consciência social, que respeite a cosmovisão tribal nos territórios destes povos afrodescendentes. Por último, reconheceu-lhes autoridade jurisdicional para resolver os seus conflitos internos, bem como para preservar a sua cultura e meio ambiente, através do mecanismo da consulta prévia.

## **ATIVISMO JUDICIAL: REGRAS CONSTITUCIONAIS EM FAVOR DAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS**

O reconhecimento dos procedimentos normativos dentro do ordenamento jurídico colombiano, em defesa da identidade afrodescendente, teve como origem a insegurança jurídica produzida pela omissão legislativa, bem como ausência de políticas governamentais, que trouxeram como consequência o abandono das suas comunidades tradicionais negras perante os direitos garantidos através do marco normativo internacional, como é o caso do Convênio 169 da OIT e das normas constitucionais que protegem valores e direitos fundamentais.

Devido à inércia legal e administrativa, a Corte Constitucional da Colômbia contribuiu para a efetivação de um modelo de juridicidade próprio das comunidades tradicionais imposto pela

norma supraconstitucional, mediante regras constitucionais oriundas das suas decisões judiciais, que cominaram ao legislador para suprir essa lacuna normativa. Nesse diapasão, o instrumento jurisprudencial contribui como paradigma para salvaguardar os interesses étnico-culturais das comunidades quilombolas e promover acesso à justiça.

Nessa ordem de ideias, são abordados ao estudo comparativo um compêndio de regras jurisprudenciais da Corte colombiana, com as quais tem se contribuído positivamente na efetivação dos direitos dos afrodescendentes do país vizinho. Tudo isso, com escopo de atender as demandas das comunidades quilombolas, se faz necessário a ativação do proativismo judicial que inste ao legislador na criação da norma legal que desenvolva o texto constitucional que protege aos povos afrodescendentes no Brasil.

Primeiramente, é importante destacar que o marco normativo colombiano reconheceu a **garantia da propriedade coletiva das comunidades negras como direito fundamental inserido na constituição**; segundo, que **concomitante com a regulamentação da sua territorialidade foi protegida também a relação da identidade cultural, fatores determinantes para configurar a sua condição de titulares de direitos étnicos**; e terceiro, **lhes outorgou jurisdição no âmbito da consulta prévia, bem como de poder escolher os seus próprios juízes amigáveis de conflitos internos**.

Somente, a partir dessas três premissas, é possível proteger a ancestralidade negra no Brasil quilombola, assim como propiciar os incentivos do seu desenvolvimento econômico e social, originado no direito de autoatribuição aplicado no quilombo, dentro de um cenário que desafia a sua homogeneização, em aras de perder forçosamente sua identidade tribal e territorial. (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016, p. 20)

Destaca-se que o favorecimento da consolidação dos territórios afrocolombianos, definido pela Lei 70 de 1993, foi respaldado pela consequente incorporação do Convênio 169 da OIT, através da Lei 21 de 1991, concretizando e reafirmando o processo de reconhecimento da identidade cultural das comunidades negras.

Nesse diapasão, a Jurisprudência Constitucional destaca o conceito afro-cultural, fundamentado, de modo dinâmico, nas leis supracitadas, assim:

El término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidí que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169. (SENTENÇA DE TUTELA T-576 DE 2014)<sup>6</sup>

Dito apreço normativo, em relação à *titularidade dos direitos e à propriedade coletiva*, trouxe concomitantemente o reforço da aplicação de mecanismos de proteção identitários.

Nesse sentido, a Sentença de Tutela T-576 de 2014, reafirmou o resgate dos baluartes culturais afrodescendentes, protegidos através de uma identidade coletiva, assegurando-lhes, por lei, **tanto o reconhecimento para adotar medidas internas de proteção da sua comunidade, quanto mecanismos de participação política sobre assuntos que incidam nos seus interesses em comum**, assim:

(...) los afrocolombianos pasaran de ser una colectividad invisibilizada y excluida del escenario político nacional a convertirse en un actor relevante para el proceso de reconfiguración de la identidad nacional que se abrió paso tras la convocatoria de la ANC.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>> Acesso em: 12 out. 2017.

Su reconocimiento como titulares de derechos –puntualmente, del derecho a la propiedad colectiva- y la orden de establecer mecanismos para proteger su identidad cultural les brindaron la primera oportunidad de participar en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y de incidir en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos, en los términos previstos en la nueva Constitución.(...) (grifo nosso)

Outra das contribuições em matéria de progressos para salvaguardar a cosmovisão das comunidades negras, é o **princípio da defesa e garantia dos direitos fundamentais sobre os saberes ancestrais que enriquecem a diversidade étnica e cultural da nação**. Portanto, com o objetivo de proteger a identidade afrodescendente, foram criados os **Conselhos Comunitários das Comunidades Afrocolombianas**, um tribunal consultivo dos povos étnicos, dentro dos processos catalizadores de ações e intervenções da sociedade, bem como das intervenções realizadas pelas instituições públicas ou privadas nos seus territórios protegidos e registrados por lei.

Muito embora o plexo normativo do ordenamento jurídico colombiano tenha fortalecido as garantias da identidade cultural afrodescendente, em relação à territorialidade e identidade étnica, vem sendo necessária a intervenção judicial na defesa dos interesses difusos e coletivos das comunidades negras.<sup>7</sup> Primeiro, requerem um “tratamento igualitário” perante as reivindicações da sociedade que consideram que a existência de “comunidades negras”, possuem desnecessárias prerrogativas frente ao resto da população; segundo, denunciam que as comunidades afrodescendentes, ao compartilhar as tradições ancestrais, reproduzem um estereotipo de escravidão longínquo, impedindo uma nova construção de identidade afrocolombiana; e terceiro, atacam os procedimentos legais em relação à adjudicação de terras por serem regiões privilegiadas para a exploração de minérios e implantação de monocultivos.

Por esta razão, a Jurisprudência vem contra-arrestando a marginalização social da qual tem sido vítima a população negra, que repercute de forma negativa ao acesso de oportunidades do desenvolvimento econômico, social e cultural, conforme salienta a Sentença de Tutela T-576 de 2014:

(...) Los derechos territoriales fueron, en efecto, los primeros de los que se ocupó la normativa. La Ley 70 comienza reconociendo el derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva y precisando el procedimiento al que se sujetaría la adjudicación de las tierras baldías que hubieran ocupado de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción (Artículos 4° a 18). En ese punto, creó la figura del **consejo comunitario como “forma de administración interna”** de la comunidad negra, a la que encargó de delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; **de velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; de escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y de hacer de amigable componedor en los conflictos internos factibles de conciliación.**(...)

“La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional. (grifo nosso)

Nessa ordem de ideias, a Corte Constitucional da Colômbia proferiu uma série de regras jurisprudenciais que permitem abrir os precedentes jurídicos da identidade afrodescendente.

---

<sup>7</sup> A intervenção se dá por meio de ações de tutela e ações de constitucionalidade.

Si la ley utiliza el criterio racial que, en principio está proscrito en la Constitución, lo hace con el único propósito de introducir una **diferenciación positiva** que, a juicio de la Corte, es admisible. (SENTENÇA DE TUTELA T-422/96)<sup>8</sup>

Outro aspecto a salientar, é quanto à clareza que os juristas reconhecem as regras constitucionais e legais elaboradas pela jurisprudência. Inicialmente, o reconhecimento do direito das comunidades indígenas, amparadas pela Constituição Colombiana de 1991<sup>9</sup>, de garantir a liberdade de adotar pelas tradições culturais e formas de vida ocidental ou de optar pela tradição de seus ancestrais.

A Corte Constitucional da Colômbia também estabeleceu que quanto maior conservação dos usos e costumes na comunidade indígena, maior autonomia tem, e que a diversidade étnica e cultural só pode ser limitada por princípios de maior categoria, como seriam a integridade territorial, a segurança do Estado e o núcleo essencial dos direitos fundamentais constitucionais, que configuraram o mínimo obrigatório de convivência para todos os colombianos.

No que tange às crenças e aos cultos religiosos, costumes, valores, tradições, foi salvaguardada a possibilidade de escolher pela hibridização, ou seja, mesclando as duas culturas. Por esta razão a Corte Constitucional Colombiana tem reconhecido o caráter de direito fundamental tanto dos direitos coletivos dos povos tradicionais como os direitos individuais de seus membros.

Não é objetivo do Estado social e democrático de direito a destruição das culturas locais, suplantando-as com a cultura ocidental, pelo contrário, seu papel é apoiar e proteger a liberdade cultural em sentido amplo, tanto dos indivíduos como das comunidades tradicionais. Assim, os referidos mecanismos dão proteção reforçada aos povos afrodescendentes, favorecendo-os no seu desenvolvimento cultural identitário como sujeitos de direitos.

Devido à criação de precedentes jurisprudenciais que desenvolveram a proteção das comunidades indígenas e tribais, assim como da aplicação do Convênio 169 da OIT, o Legislativo foi instado, via sistema de precedentes judiciais, para tomar medidas para a promulgação de leis, levando em conta o parâmetro de controle de constitucionalidade orientando pela Corte Constitucional, através dos seus fundamentos contidos no *decisum* “*ratio decidendi*”.

## **INTERLEGALIDADE VERSUS ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DAS COMUNIDADES AFRO-BRASILEIRAS**

O Brasil, contudo, é um país que, em relação à proteção dos direitos das comunidades quilombolas, tem procrastinado seu avanço legal para elaborar uma lei própria que proteja o elemento território-identidade da cosmovisão afrodescendente e, conseqüentemente, a efetivação de procedimentos jurídicos para a solução de conflitos oriundos dessa comunidade identitária.

O anteriormente afirmado é verídico, pois ao ter sido ratificada a Convenção 169 da OIT, Brasil, como estado membro, se comprometeu: primeiro, **a adequar sua legislação para o desenvolvimento integral do conteúdo supralegal**; segundo, se obrigou **a incentivar as práticas nacionais para reconhecer o direito de autoidentificação como critério subjetivo e fundamental dos membros das comunidades quilombolas** (art. 1º, numeral 2º); terceiro, prometeu **eliminar as disparidades socioeconômicas entre os povos quilombolas e a comunidade nacional** (art. 2); quarto, afirmou **respeitar o direito de consulta prévia, através de um procedimento normativo**

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-422-96.htm>>. Acesso em: 14 out. 2017.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.



**em relação às medidas legislativas ou administrativas que os possam afetar direta ou indiretamente.** Nada do anteriormente foi legislado até o presente momento.

Nessa ordem de ideias, compreende-se que, com o tardio reconhecimento e ratificação do Convênio 169 da OIT, aprovado pelo Congresso, em 2002; ratificado, em 2003 e promulgado em 2004, origina-se um descompasso na efetivação das disposições da referida Convenção em relação ao direito de autoidentificação como critério subjetivo e fundamental dos membros das comunidades quilombolas.

De maneira mais acentuada, a materialização normativa, que antevia amparar aos povos étnicos e tribais, é sobrestada por um vácuo legal, desde a criação do artigo 68, do ADCT, até a presente data, contribuindo a manter estagnado o desenvolvimento das práticas nacionais ao reconhecimento do direito de autoidentificação.

Esses fatos, permitem acentuar os ataques diretos ao Decreto nº 4.887 de 2003, bem como ao Decreto nº 6.040 de 2007, em relação ao conflito de adjudicação dos territórios quilombolas, facilitando o rumo incerto do direito à territorialidade dos povos afrodescendentes e apaga a cosmovisão dessas comunidades, de forma tortuosa e silente.

Assim, sem direito a sua autodeterminação, facilitada ademais pela extensa burocratização dos processos de regularização de territórios quilombolas, encerra-se o processo de extermínio cultural. Consequentemente, não resta dúvida que o direito de consulta prévia dessas comunidades tornar-se-á inócuo, em razão do binômio terra-identidade deixar de existir.

Nesse sentido, o processo democrático jurisdicional encerra o diálogo entre as comunidades quilombolas e as autoridades administrativas e legislativas, posto que é com a consulta prévia que os procedimentos participativos teriam a sua máxima legitimidade de diálogo entre os povos quilombolas e a comunidade nacional.

Outro fator comprometedor do dissentimento normativo, está relacionado com a preservação da fauna e flora dos territórios quilombolas, pois com a instituição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais Povos e comunidades tradicionais, por meio do Decreto nº 6.040/2007<sup>10</sup>, foi definido, no art. 1, II, o conceito de Território Tradicional, sem identificar um procedimento consultivo e organizativo da administração própria dessas comunidades em relação aos recursos naturais existentes em seus habitats:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

Verifica-se que, muito antes, o ordenamento jurídico colombiano já tinha identificado os conceitos de autoidentidade da comunidade e da territorialidade dos afrodescendentes no artigo 2º da Lei 70 de 1993:

---

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 14 out. 2017.

5. Comunidad Negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

6. Ocupación Colectiva. Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción.

Assim, não resta a menor dúvida de que existe uma omissão legislativa, em matéria de consulta prévia, que proteja o direito da territorialidade e identidade quilombola. Embora a Constituição de 1988 esteja comprometida com a garantia da sua identidade, conforme artigo 68, do ACDT, bem como com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a contenção das múltiplas desigualdades sociais, consoante o art. 3º, I e III.

Nesse sentido, observa-se o trabalho do judiciário, mediante seu ativismo judicial, como consequência do silêncio legislativo, em interpretar a Constituição, a fim de conseguir o alcance expansivo da norma, como ocorre com a interpretação do artigo 68, do ACDT. Dessa tarefa, o judiciário tem-se encarregado de forma pontual, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, o impecável voto da Ministra Rosa Weber<sup>11</sup>, o qual encontra seu fundamento decisório nas mesmas prerrogativas das comunidades quilombolas em relação à sua territorialidade, nos seguintes termos:

Ao assegurar aos remanescentes das comunidades quilombolas a posse das terras por eles ocupadas desde tempos coloniais ou imperiais, a Constituição brasileira reconhece-os como unidades dotadas de identidade étnico-cultural distintiva, equiparando a proteção que merecem à dispensada aos povos indígenas.

Nesse mesmo pensamento, a Ministra contribuiu para identificar o direito da territorialidade das comunidades quilombolas, na sua autodeterminação identitária, partindo do princípio da boa-fé daquele que se reconhece membro do quilombo, assim:

(...) Logo, em princípio, ao sujeito que se afirma quilombola ou mocambeiro não se pode negar o direito de assim fazê-lo sem correr o risco de ofender a própria dignidade humana daquele que o faz.

A adoção de tal critério, de outra parte, tem a virtude de **vincular a justiça socioeconômica reparadora, consistente na formalização dos títulos de domínio às comunidades remanescentes dos quilombos, à valorização da específica relação territorial por eles desenvolvida, objeto da titulação, com a afirmação da sua identidade étnico-racial e da sua trajetória histórica própria**. Isso decorre do caráter peculiar das coletividades remanescentes de quilombos, e em especial do fundamento étnico-racial inerente ao tipo de injustiça que o art. 68 do ADCT quis reparar:

(...)

**Recusar a autoidentificação implica converter a comunidade remanescente do quilombo em gueto, substituindo-se a lógica do reconhecimento pela lógica da segregação.** (grifo nosso)

Constata-se, igualmente, que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo as comunidades tradicionais quilombolas o direito à consulta prévia, como mecanismo jurisdicional em torno das decisões internas dos quilombos, a modo de exemplo, encontra-se:

- Rejeição da arguição de inconstitucionalidade ao Decreto nº 4.887/2003 pela Corte Especial do TRF/4a, em que confirmou a constitucionalidade do critério do autorreconhecimento para os quilombolas, a partir de acertada leitura da Convenção no

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

169 da OIT (ARGINC no 5005067-52.2013.404.0000, Relator p/ Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJE 13/01/2014)<sup>12</sup>

- Construção de Porto no Lago do Maiçá, em Santarém, Estado do Pará: a Justiça Federal ordenou a suspensão do licenciamento ambiental do porto da Empresa Brasileira de Portos de Santarém até que sejam consultadas as comunidades quilombolas e comunidades tradicionais ribeirinhas afetadas pelo projeto. Ação Civil Pública nº 377-75.2016.4.01.3902.<sup>13</sup>

Desse modo, conclui-se a importância de identificar os mecanismos de participação cidadã, especialmente, aqueles que versam sobre as comunidades étnicas e tribais, tendo em conta que o instrumento consultivo dessas comunidades possibilitam a participação democrática em processos multiculturais próprios do Pluralismo Jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Cabe à força da jurisdição constitucional a garantia dos direitos contidos na Convenção 169 da OIT, do Decreto nº 4.887 de 2003 e do Decreto nº 6.040 de 2007, para orientar o processo democrático legislativo que contribua com a criação normativa dos direitos de autoidentificação, territorialidade e consulta prévia como procedimento jurisdicional próprio das comunidades quilombolas, bem como criador de processos de auto composição próprios dessas comunidades afrodescendentes.

As decisões judiciais, agrupadas e classificadas na ordem de regras jurisprudenciais serão os ponteiros das regras do jogo democrático previstos na constituição e nas demais normas relacionadas com as comunidades quilombolas como sujeito de direitos.

Finalmente, o desafio jurisdicional dos povos quilombolas está previsto nos diversos mecanismos de participação cidadã, consolidados na constituição de 1988 e no Código de Procedimento Civil de 2015. Esses instrumentos jurídicos serão facilitadores do acesso à justiça, dessas comunidades tribais, os quais facilitam ao legislativo para o entendimento da autodeterminação quilombola.

## CONCLUSÕES

No Brasil, é notório o problema da homogeneização social, na qual se centra em privilegiar uma estrutura colonizada, estabelecida ao longo da história da sociedade, que mantém um paradigma de discriminação sem acolher os demais atores sociais. Um dos frutos amargos desta padronização, é a desigualdade em matéria dos direitos das comunidades quilombolas; havendo apenas um modesto avanço legal com o intuito de resgatá-lo da marginalização a que se encontram submetidos.

Apontou-se uma possível solução perante a crise de reconhecimento dos direitos identitários e territoriais das comunidades quilombolas, a partir da redemocratização do novo modelo jurisdicional estabelecido na CF/1988 e no CPC/2015. Nesse entendimento, restou comprovada a necessidade de materializar a eficácia dos conceitos território/identidade dos povos quilombolas, mediante à aplicação real de procedimentos jurisdicionais próprios dessas culturas, em relação aos possíveis espaços de interlegalidade.

Ademais, muito embora a CF/1988 tenha inserido no ordenamento jurídico os artigos 215, 216 e artigo 68 do ACDT, permanecem dessincronizados em atenção às orientações do Convênio 169 da OIT, principalmente nos artigos 8º e 9º, que visam a aplicação de uma legislação nacional,

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429802695/agravo-de-instrumento-ag-50331371120154040000-5033137-1120154040000/inteiro-teor-429802744?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/liminar\\_suspensao\\_licenciamento\\_porto\\_maica\\_santarem.pdf](http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/liminar_suspensao_licenciamento_porto_maica_santarem.pdf). Acesso em: 14 de out. de 2017.

respeitando a cosmovisão quilombola em atenção às leis consuetudinárias tribais, criadas a partir de mecanismos próprios de resolução de conflitos.

Devido ao problema da ausência legal em relação à equação território-identidade dos povos quilombolas no Brasil, ressalta-se, portanto, a imperiosa necessidade de uma lei ordinária, com o fito de regulamentar a normativa Constitucional (Artigos 215, 2016 e 68 do ADCT) e Supraconstitucional (Convênio 169 da OIT), em prol do avanço do direito da territorialidade e auto-representação dos quilombolas, como sujeitos de direitos identitários.

Diante desse vazio legislativo, o executivo, via Decreto nº 4.887 de 2003 e Decreto nº 6.040 de 2007, incentivou o desenvolvimento procedimental para a regulamentação da territorialidade quilombola, mediante a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes dessas comunidades afrodescendentes no Brasil, assim como a identificação de comunidades e territórios tradicionais. Como consequência disso, foram expostos vários mecanismos político-jurídicos que pretendem apagar as conquistas que visam a preservação da cosmovisão quilombolas e sua territorialidade.

Por último, elencados os avanços normativos do ordenamento jurídico colombiano, assim como reconhecido que há obstáculos normativos que procrastinam o avanço significativo da identidade afrodescendente no Brasil, em aras de definir o pluralismo jurídico da interlegalidade, bem como admitido os avanços da redemocratização culminante com a promulgação da CF/1988, buscou-se aproximar, para dilucidar os contornos da salvaguarda da cosmovisão quilombola no Brasil, um compêndio de regras jurisprudenciais com as quais tem se contribuído positivamente para a efetivação dos direitos dos afrodescendentes da Colômbia. Tudo isso, com o propósito de abordar alguns procedimentos normativos do ordenamento jurídico colombiano, baseados no conceito de pluralismo jurídico, que ajudou integrar o modelo de juridicidade das comunidades tradicionais. Sendo, portanto, um possível instrumento orientador para nossa legislação com o escopo de salvaguardar os interesses étnico-culturais das comunidades quilombolas e promover acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

ARRUTI, José Maurício Andion. **Mocambo**: antropologia e história do processo de formação de formação quilombola. Bauru: Edusc, 2006.

BARTH, F. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, F. **O guru, o iniciador**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000.

BRASIL. Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. **O Decreto nº 4.887/2003 e a Regulamentação das Terras dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_68/Artigos/Art\\_Maria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_68/Artigos/Art_Maria.htm). Acesso em: 10 de mai. de 2017.

BRASIL. Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. **O Decreto nº 6.040/2007**: Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm) Acesso em outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de mai. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3239. 2004. Voto da ministra Rosa Weber. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI\\_3239RW.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_3239RW.pdf)>. Acesso em: outubro 2017.

BUENO, Scarpinella Cassio. **Manual de Direito Processual**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentença de Tutela T-576 de 2014**. Magistrado: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentença de Tutela T-422 de 1996**. Magistrado: Germán Sánchez Arregoces. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-422-96.htm>>. Acesso em: 14 de out. de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DAMÁZIO, E. P. **Colonialidade e decolonialidade (Anthropos)logia jurídica: da universalidade a pluriversalidade epistêmica**. 211. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2016.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 10 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LIMA, Claudia. **Introdução à História do Negro no Brasil**. Recife: Raízes Brasileira, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar; CENCI, Ana Righi. A identidade latino-americana como problema e a necessidade de uma proposta intercultural. In: **Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. 2 ed. Santo Ângelo: FURI, 2015.

MIGNOLO, W. **Desobediência epistêmica: retórica de la modernidade, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Argentina: Ediciones del siglo.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção no 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília, 2011.

PNUD Informe Sobre Desarrollo Humano 2016, desarrollo humano para todos. Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Programa Brasil Quilombola: Comunidades Quilombolas Brasileiras, Regularização Fundiária e Políticas Públicas**. SEPPIR: Brasília, 2013.

QUIJANO, Aníbal. A colonialidade do saber: eurcentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. In: **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires, 2005.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política, 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2017.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 21 de 1991. Disponível em: [https://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley\\_21\\_%201991.pdf](https://mpcindigena.org/attachments/article/308/Ley_21_%201991.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 70 de 1993. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma representação pós-moderna do Direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 24, Coimbra: CES, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa **Una epistemología del Sur**. La reinención del conocimiento y la emancipación social. México: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/Siglo XXI Editores, 2009.

TEIXEIRA, João Paulo Allain, SPAREMBERGER, R.. Constitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? **Revista da ABRaSD**, v. 3. N. 1, 2016. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/31>. Acesso em: 05 de mai. 2018

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

WALSH, C. **Interculturalidad, estado, sociedad**: luchas (de)coloniales de nuestra época. Ediciones Abya-Yala: Quito, 2009.



**GP 19**

**DIREITO, TECNOLOGIA E SOCIEDADE  
DE CONTROLE**

**Coordenação:**

Márcio Pugliesi (USP)

Nuria López (DIGITAL HOUSE-SP)



## MÍDIAS SOCIAIS, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: UTOPIA OU DISTOPIA?

**André Gualtieri**

Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito (PUC-SP). Bolsista (CAPES). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito (USP).

### INTRODUÇÃO

As novas tecnologias de informação e comunicação desenvolvidas nas últimas décadas têm gerado enormes transformações na vida humana, atingindo relações pessoais, econômicas, sociais e políticas.

Luciano Floridi separa a história humana em três momentos: a pré-história, a história e a hiper-história, que corresponde ao atual momento. Na pré-história, os seres humanos não haviam desenvolvido tecnologias de informação e comunicação (TIC's). O surgimento da história coincide com o desenvolvimento da escrita e, portanto, das primeiras TIC's, como as tábuas de argila com escrita cuneiforme das primeiras civilizações desenvolvidas na Mesopotâmia. Na história, as sociedades humanas utilizam cada vez mais esses tipos de tecnologia, que, no entanto, ainda não são essenciais no seu funcionamento e desenvolvimento. É apenas na hiper-história que as TIC's passam a ser um elemento fundamental do funcionamento das sociedades. (cf. FLORIDI, 2014) É o momento que nos encontramos atualmente. É impossível pensar nas sociedades atuais sem tecnologias como a internet, o telefone celular e plataformas como o Facebook, o Twitter e o WhatsApp.

Segundo Floridi, a hiper-história nos fez entrar na “era do zettabyte”. Nossa geração é a primeira a experimentar um *zettaflood*, “um neologismo que descreve esse tsunami de bytes que está submergindo nossos ambientes. Em outros contextos, isso também é conhecido como *big data*” (FLORIDI, 2014, p. 13).

Estamos apenas no início desse processo, cujo potencial é imenso, mas também incerto, o que permite o aparecimento tanto de visões extremamente otimistas em relação aos benefícios da tecnologia, quanto visões que alertam para o risco de estarmos caminhando em direção a um futuro catastrófico.

Apesar do papel da tecnologia na vida humana nunca ter sido tão grande como hoje, é importante notar que a relação entre tecnologia e humanidade existe desde sempre. Com efeito, o ser humano se faz historicamente por meio do desenvolvimento de novas tecnologias. Isso ocorreu, por exemplo, com o uso das primeiras ferramentas, com a descoberta do fogo e da agricultura, com a invenção da escrita, do moinho, da pólvora e dos motores de combustão. Cada uma dessas tecnologias alterou, à sua maneira, a vida humana e o modo como as pessoas se relacionam.



Segundo Frischmann e Selinger, no livro *Re-engineering Humanity*, a engenharia técnico-social é o uma das questões mais prementes no século XXI. Ela se refere a “processos nos quais tecnologias e forças sociais se aliam e impactam como pensamos, percebemos e agimos”. (2018, p.4)

Na verdade, realizar esse tipo de engenharia é uma característica muito própria do ser humano, que modifica a si mesmo e a natureza no seu entorno, que utiliza ferramentas como extensão do próprio corpo, que planeja novas maneiras de se organizar política e socialmente. É certo que, embora isso sempre tenha ocorrido, esse processo tornou-se extremamente acelerado na época em que vivemos. Daí a importância de seu estudo na atualidade. Mas também é certo que mudanças sociais geradas pelo aparecimento de novas tecnologias é uma constante no desenvolvimento humano, o que nos permite afirmar que não devemos necessariamente tratar as mudanças surgidas com as novas tecnologias como uma ameaça a nossa existência. É preciso, portanto, uma análise equilibrada em relação aos impactos que as tecnologias trazem para a vida humana. Os resultados podem ser benéficos ou não, dependendo de como as pessoas se utilizarão das novidades tecnológicas.

O termo *Utopia* foi cunhado por Thomas More, humanista inglês que viveu entre o final do século XV e início do século XVI, e que escreveu a obra literária de mesmo nome, extremamente influente, que marcou o desenvolvimento da cultura moderna. Esse termo é frequentemente encontrado na moderna “filosofia do poder – seja política ou jurídica – que pretende evocar uma espécie de sociedade ideal” (MATOS, 2017, p. 227). A palavra *Utopia* é formada por duas palavras do grego: o prefixo *ou*, que evoca uma negação e a palavra *τοπος*, que significa lugar. Assim, em tradução livre do grego *utopia* significa o *não lugar*. Já o termo *distopia* tem o prefixo *dys* (*δυσ*) que exprime privação, infelicidade, maldade. Assim, “as distopias seriam utopias às avessas, ou seja, más utopias, sociedades imaginárias nas quais as condições de existência são muito piores do que aquelas que vigoram nas sociedades reais” (MATOS, 2017, p. 229). O uso desse termo é mais recente, pois remete a fins do século XIX. A obra literária que popularizou o gênero distópico foi *1984*, de George Orwell.

Mark Zuckerberg enaltecia a internet por ser um instrumento capaz de nos fazer “falar uma língua comum” (FERGUSON, 2018). Jared Cohen e Eric Schmidt, em artigo de 2010, previam que os direitos humanos seriam impulsionados e os governos autoritários “seriam pegos de surpresa quando um grande número de cidadãos, armados com praticamente nada além de celulares, participariam de mini-rebeliões que desafiariam sua autoridade” (FERGUSON, 2018).

Por outro lado, Niall Ferguson afirma que as redes sociais estão criando uma crise global da democracia. A utopia estaria, na verdade, acabando por se mostrar uma distopia. Hoje, tem ficado claro que “a Internet pode representar uma ameaça maior para as democracias do que para os ditadores” (FERGUSON, 2018). Uma das razões está em nossas redes com capacidades de coleta de dados sem precedentes que criaram “novas oportunidades para regimes autoritários controlarem suas próprias populações de maneira mais eficaz (FERGUSON, 2018).” Com efeito, é difícil imaginar como países como a China, que possuem um controle cada vez mais eficaz sobre sua própria população por meio do uso das novas tecnologias, poderiam se transformar em democracias liberais nos moldes ocidentais. Nesse sentido, o uso das novas tecnologias pode ser capaz de criar uma “ditadura perfeita”, impermeável às crises que costumavam acometer esse tipo de regime no passado.

Em países democráticos como o nosso, no entanto, o problema maior é que “as próprias redes oferecem maneiras pelas quais os maus atores podem minar a democracia ao disseminar notícias falsas e visões extremas” (FERGUSON, 2018).

Pretendemos analisar nesse trabalho a problemática do impacto que redes sociais como o *Facebook* têm causado nos pressupostos de sustentação dos regimes democráticos. Para tal, tomaremos por base o pensamento de John Rawls, talvez a mais bem-acabada teoria sobre a justiça para os ambientes democráticos, verificando como os conceitos de fórum político público e de razão pública foram afetados pelas novas tecnologias de informação e de comunicação.

## **AS DEMOCRACIAS E A RAZÃO PÚBLICA EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO**

A realidade com a qual nos defrontamos hoje estaria colocando em xeque o paradigma a partir do qual pensamos as democracias? Em que medida as mídias sociais têm comprometido o funcionamento dos regimes democráticos?

As democracias modernas têm como característica fundamental um pluralismo de ideias, valores, posições políticas e religiosas nunca visto na história. As causas disso, que remontam ao fim da Idade Média e início da Era Moderna, são dos mais diferentes tipos como a consolidação dos conceitos de sujeito e de direito subjetivo, o advento da Reforma Protestante, que levou a guerras civis religiosas que assolaram a Europa, o surgimento da Ciência Moderna, do Estado Nacional, do constitucionalismo e dos direitos humanos.

Todos esses fatores levaram a uma subjetivação ético-política só experimentada no mundo moderno. Tornou-se muito mais difícil obter a união social em torno de um só valor ou um só conjunto de valores, como sempre ocorreu no passado. Enquanto tradicionalmente era a religião que fornecia o elemento em torno do qual as pessoas se uniam, no mundo moderno é a Constituição, um documento político-jurídico, que assume essa função.

Do ponto de vista do direito e da justiça, torna-se complicada a defesa de uma concepção de justiça baseada naquilo que John Rawls chamou de *doutrina abrangente*, isto é, doutrinas filosóficas ou religiosas que têm a pretensão de alcançar os vários níveis da existência humana, julgando-se aplicáveis a todos os aspectos da vida, em vez de se limitarem à esfera política. (cf. AUDARD, 2000, p. 379)

Para lidar com isso, Rawls buscou criar uma concepção de justiça, política e não metafísica, que fosse capaz de dar conta do ambiente pluralista existente nas democracias liberais ocidentais. Trata-se talvez do maior projeto de filosofia política do final do século XX e início do século XXI, que teve um impacto determinante na teoria da justiça atual. A teoria da justiça rawlsiana é talvez a mais bem-acabada teoria sobre a justiça para os ambientes democráticos. No entanto, essa teoria, cuja formulação se iniciou em 1971, com a publicação de *Uma teoria da Justiça* e que continuou a ser desenvolvida até o final do século XX, pensou a justiça e a democracia num ambiente radicalmente distinto do atual, definitivamente marcado pelo papel das redes sociais, que Rawls não poderia sequer imaginar.

Segundo Rawls, quatro fatos caracterizariam a cultura política de uma sociedade democrática. O primeiro é o chamado *fato do pluralismo razoável*, isto é, no contexto democrático há uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, sendo que nenhuma delas é professada pelos cidadãos em geral. Um segundo fato, ligado ao anterior, é o de que somente pelo uso opressivo do poder estatal uma compreensão comum e duradoura baseada em apenas uma doutrina abrangente pode ser mantida. Um terceiro fato é que um regime democrático duradouro e seguro deve ser apoiado voluntária e livremente, ao menos por uma maioria substancial de seus cidadãos politicamente ativos. Um quarto fato é o de que a cultura política de uma sociedade democrática razoavelmente estável contém, ao menos implicitamente,

certas ideias intuitivas fundamentais a partir das quais é possível elaborar uma concepção de justiça apropriada para um regime constitucional.

Isso demonstra a necessidade de uma concepção política de justiça, pois, como não há uma visão religiosa, moral ou filosófica professada por todos os cidadãos, só é possível obter uma sociedade democrática bem-ordenada a partir do *domínio do político* e seus valores. Essa concepção política de justiça possui três características básicas. (RAWLS, 2005, p. 175) Em primeiro lugar, ela é uma concepção moral elaborada tão somente para a estrutura básica de um regime democrático constitucional. Em segundo lugar, uma vez que a concepção política de justiça se apresenta como uma concepção razoável apenas para a estrutura básica, aceitá-la não pressupõe aceitar qualquer doutrina abrangente particular. Finalmente, uma concepção política de justiça não é formulada em termos de nenhuma doutrina abrangente, mas apenas com base em certas ideias fundamentais vistas como implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática.

Como podemos, então, encontrar esses valores, com base nos quais temos uma concepção política de justiça? Rawls dá o exemplo do valor da autonomia, que pode assumir, tanto o sentido político quanto o sentido moral. No entanto, a autonomia como um valor moral, como encontrada em Kant, não pode fazer parte de uma concepção política de justiça, pois falha em satisfazer o critério da reciprocidade, exigido pela concepção política. (RAWLS, 2005, pp. XLIV-XLV)

Numa democracia impera a razão pública, composta por concepções razoáveis de justiça política que pessoas livres e iguais podem compartilhar. A reciprocidade é o critério que atua na definição do conteúdo dessa razão. Participamos da razão pública, portanto, quando, a partir da concepção política de justiça que consideramos a mais razoável, expressamos, em nossas deliberações, valores políticos que pensamos que outros cidadãos poderiam endossar. Na medida em que a razão pública não requer que se utilize sempre a mesma argumentação quando surgem questões de justiça, todas as doutrinas abrangentes, desde que razoáveis, existentes numa democracia podem se ajustar à sua estrutura. Como afirma Rawls:

O liberalismo político, então, não tenta fixar a razão pública de uma vez por todas na forma de uma concepção política favorita de justiça. Essa não seria uma abordagem sensata. Por exemplo, ele também admite a concepção discursiva da legitimidade de Habermas (...), assim como as visões católicas do bem comum e da solidariedade quando são expressas em termos de valores políticos. Mesmo se relativamente poucas concepções vêm a ser dominantes ao longo do tempo e uma concepção até pareça ter um lugar central especial, as formas de razão pública permissíveis sempre são muitas. Além disso, novas variações podem ser propostas de tempos em tempos, e as antigas podem deixar de ser representadas. É importante que seja assim; do contrário, as reivindicações de grupos ou os interesses resultantes de mudança social poderiam ser reprimidos e deixar de ganhar voz política adequada (RAWLS, 2005, pp. 187-188).

Rawls ficaria surpreso ao perceber como a razão pública tem cada vez menos espaço atualmente, pois as mídias sociais impõem grandes obstáculos à reciprocidade necessária para que essa razão possa funcionar.

O fórum político público acabou sendo diretamente afetado por esse processo. O nosso Supremo Tribunal Federal foi tragado para dentro do redemoinho das redes sociais e da mídia. Como afirma o Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior em recente artigo na Folha de S. Paulo, trata-se de “uma espécie de marketing de manipulação das decisões judiciais. Esse marketing, orquestrado pelos meios de comunicação e refletido nas redes sociais, provoca uma hipertrofia de exposição midiática da Corte” (FERRAZ JR., 2018). Hoje, o cidadão comum sabe o nome dos Ministros do STF e tem os seus preferidos de acordo com suas posições políticas, podendo inclusive acompanhar ao vivo as sessões do Tribunal e discuti-las depois na mesa do bar. Tudo isso

interfere nas próprias decisões do STF, que “ao olhar popular parecem antes jogadas políticas, que se estabilizam por mútuas e ocasionais vinculações, donde essa sensação de desfalecimento da Constituição ante o poder para interpretá-la” (FERRAZ JR.,2018).

O que tem ocorrido com o fórum político público das democracias na era das mídias sociais deriva do surgimento de “bolhas” em que as pessoas passam a viver, experimentando “realidades” cada vez mais distantes e que não se comunicam. O problema foi notado por Barack Obama, numa entrevista, em que ao falar sobre o número crescente de pessoas que se informavam por páginas do Facebook comentou “em um certo ponto, você simplesmente vive em uma bolha. E isso é parte do porque nossa política está tão polarizada agora” (FERGUSON, 2018).

Cass Sunstein se refere a esse problema ao utilizar o termo *Echo Chambers*, isto é, a arquitetura de escolha das mídias sociais faz com que as informações e ideias a que um indivíduo tem acesso sejam cada vez mais restritas àquelas que estão de acordo com o pensamento do grupo com o qual ele já se identifica. Isso afeta negativamente nosso modo de estar no mundo: “(...) se as pessoas estão se classificando em comunidades de pensamento igual, sua própria liberdade está em risco” (SUNSTEIN, 2018, p. 12).

Meu argumento é que, embora as *Fake News* degradem e estressem a democracia, a maior ameaça ao funcionamento desses regimes está, na verdade, no fenômeno das *Echo Chambers*. Isso tem reduzido drasticamente a possibilidade de diálogo com pessoas de pensamento diverso e a oportunidade de percepção de uma realidade comum, minando a reciprocidade necessária para a democracia. A formação de “guetos virtuais”, reduz drasticamente a possibilidade de diálogo com pessoas de pensamento diverso e a oportunidade de percepção de uma realidade comum. Antonio Garcia Martinez, ex-engenheiro do Facebook e autor do livro *Chaos Monkeys*, afirmou: "Antes de plataformas como o Facebook, o argumento costumava ser que você tinha direito à sua própria opinião. Agora, é mais como o direito à sua própria realidade (FERGUSON, 2018)."

Isso mina justamente a reciprocidade, que é a condição necessária para a existencia de uma razão pública. A reciprocidade supõe o diálogo, a abertura para o outro, o colocar-se no lugar do outro. Participar da razão pública significa expressarmos, em nossas deliberações, valores políticos que pensamos que outros cidadãos poderiam endossar. O *Facebook* estimula justamente o contrário, pois priva as pessoas de valores e visões diferentes, na medida em que o usuário da rede tende a receber notícias e opiniões que sempre corroboram os seus pontos de vista. Daí porque se falar numa “bolha”, numa realidade própria, que acaba dificultando o diálogo necessário para que haja reciprocidade. O verdadeiro desafio não é exatamente a chamada polarização, mas sim “o fato de que a esfera pública foi tão fragmentada pelas redes sociais que não tem mais uma unidade” (FERGUSON, 2018).

Esse fenômeno atingiu o fórum político público, na medida em que os poderes executivo, legislativo e judiciário passaram também a participar das novas mídias, das novas formas de interação e de debate. Isso, afirma Fergusson (2018), levou ao “nascimento de um novo tipo de política”. Estamos diante de uma transformação da esfera pública, na qual um candidato "pode-se pela primeira vez falar com cada eleitor individualmente em sua própria casa e dizer exatamente o que eles querem ouvir ... em uma maneira que não pode ser rastreada ou auditada” (FERGUSON, 2018), afirma Sam Lessing, outro ex-executivo do facebook.

As mídias sociais como estão afetando a maneira como discutimos política. Se o espanto com a massificação e a popularização do debate político gerado pelos meios de comunicação de massa como TV e rádio já foi grande, o impacto causado pelas redes sociais parece ser ainda maior. Um debate televisionado ainda contava com um moderador, um intermediário; no debate político que ocorre nas mídias sociais, a disputa entre diferentes grupos acontece diretamente,

sem um mediador, o que faz lembrar uma guerra, um confronto direto entre duas tribos atirando pedras e flechas umas contra as outras.

Os políticos, naturalmente, têm percebido a necessidade da utilização das mídias sociais, caso contrário perdem a eleição. Sem as mídias sociais, políticos como Bolsonaro e Trump dificilmente seriam eleitos, pois encontravam-se fora do establishment tradicional da política de seus respectivos países.

## OS DOIS LADOS DAS MÍDIAS SOCIAIS

Devemos ter o devido cuidado para não demonizar as mídias sociais. Elas estão aí, são uma realidade com a qual não deixaremos de conviver. Elas certamente nos trouxeram benefícios no que tange ao estreitamento das distancias e à rapidez nas comunicações, traços fundamentais da sociedade atual.

Ao analisar as novas mídias como ferramentas de engenharia social, Frischmann e Selinger (2018, p. 102) afirmam que enquanto as mídias tradicionais reforçam uma assimetria na comunicação, as novas mídias têm o poder de dar voz a pessoas que antes ficavam à margem do rádio e da tv, por exemplo. Nesse sentido, a internet é capaz de cumprir um papel de descentralização e democratização do poder.

Com efeito, as mídias sociais também frequentemente atuam como um fator que fortalece a democracia: elas se tornaram uma espécie de quinto elemento, que exerce pressão sobre o governo e os representantes eleitos, além das três esferas de poder e imprensa; melhoraram as relações entre indivíduos e formas coletivas de organização, permitindo que os cidadãos participem da formulação de políticas de forma mais ativa; (CALIL e RUEDIGER, 2018) elas promovem uma “diversidade de segunda ordem”, o tipo de diversidade que surge quando a sociedade se beneficia de muitos grupos com práticas e posições claras (SUNSTEIN, 2018, p. 254); por fim, as mídias sociais podem neutralizar uma forma de “injustiça epistêmica” que ocorre quando as pessoas têm preocupações de que não podem expressar ou mesmo organizar em suas próprias mentes, a menos que aprendam que outras pessoas também as têm, o *Twitter* e o *Facebook*, por exemplo, criam a chance de uma troca de experiências entre pessoas ou grupos que antes não se percebiam (SUNSTEIN, 2018, p. 254).

Ponto importante a respeito do perigo que a internet como ferramenta de engenharia social pode representar é o modelo de negócios adotado pelas grandes empresas do setor, chamado por Zuboff de capitalismo de vigilância. Penso que esse é mais um fator que corrobora a necessidade de se regular adequadamente as mídias sociais e a internet de maneira geral. Uma vez que as mídias sociais passaram a fazer parte da esfera pública, é justo que ocorra uma regulação. Da mesma maneira, é compreensível e até esperado que a atividade econômica seja regulada. (FRISCHMANN e SELINGER 2018, p. 116)

É necessário, portanto, encontrar uma forma pela qual essa nova realidade possa conviver de forma mais harmônica com a democracia. Para Fergusson (2018), “o público tem começado a perceber que a maior ameaça à democracia não é extamente a censura ou a vigilância on-line, mas a ausência quase total da regulamentação da política nas mídias sociais” (FERGUSSON, 2018).

O que podemos fazer para lidar com esse grave problema em nossas democracias? Cabe indagar, em primeiro lugar, se deve haver uma regulamentação e, em segundo lugar, como ela deve ser feita. A ideia de regular, de algum modo, as redes sociais faz sentido se pensarmos que não há liberdade fora da lei. No entanto, o modo de fazer isso, preservando ao mesmo tempo a liberdade na rede é um desafio complexo, que envolve Estado, empresas privadas e indivíduos.

Sunstein (2018, p. 214) identifica três preocupações fundamentais que devem orientar nossas ações em uma sociedade democrática: 1) o valor da exposição a materiais, tópicos e posições que as pessoas não teriam escolhido antecipadamente, ou pelo menos exposição suficiente para produzir um certo grau de entendimento e curiosidade sobre a verdade; 2) a importância de uma série de experiências comuns; 3) a necessidade de atenção a questões substantivas de política e princípio, combinadas com uma série de posições sobre tais questões.

Com base nisso, ele propõe uma série de medidas destinadas a reduzir o problema da fragmentação causada pelas mídias sociais nas sociedades democráticas, tais como: domínios deliberativos; divulgação de condutas relevantes por redes e outros grandes produtores de comunicações; auto-regulação voluntária; subsídios econômicos, incluindo programação e sites subsidiados publicamente; Políticas “obrigatórias”, projetadas para promover a educação e atenção às questões públicas; o uso criativo de links para chamar a atenção das pessoas para pontos de vista diferentes e os “botões de acaso” (serendipity buttons), projetados especialmente para o Facebook, cujo objetivo é permitir que o feed traga notícias fora da filtragem feita previamente pelo usuário.

## CONCLUSÃO

Não é possível pensar, como alguns sustentam no Brasil, que não deve haver nenhum tipo de controle sobre as mídias sociais. Como afirma Howard (2018), é justo regular o modo como as empresas de tecnologia operam, pois suas plataformas se tornaram a estrutura fundamental da vida pública.

Como o problema está diretamente ligado aos algoritmos que as plataformas utilizam, a questão diz respeito ao problema do uso da inteligência artificial (I.A.). Em artigo publicado por Luciano Floridi e Josh Cawls (2019), 5 princípios são propostos para o desenvolvimento de uma inteligência artificial ética. Os autores se inspiraram em alguns princípios que já são utilizados na bioética. São eles: beneficência, não maleficência, autonomia do ser humano e justiça. A esses quatro princípios, os autores defendem que seja adicionado um quinto: a explicabilidade.

Vejamos, em resumo, o significado de cada um desses princípios.

- 1) Beneficência (fazer o bem): promover o bem-estar das pessoas e do planeta.
- 2) Não maleficência (não fazer o mal): Evitar o mal-uso da I.A. Por exemplo, prevenção contra a violação da privacidade.
- 3) Autonomia do ser humano: os seres humanos devem possuir o poder de decidir que decisões tomar e que decisões delegar para a I.A., assim como retirar a delegação.
- 4) Justiça: o desenvolvimento da I.A. deve promover a justiça e eliminar todas as formas de discriminação, promovendo a diversidade e a solidariedade.
- 5) Explicabilidade: a adição deste princípio, incorpora tanto um sentido epistemológico de "inteligibilidade" (como uma resposta à pergunta "como funciona?") quanto um sentido ético de "accountability" (como resposta à pergunta "quem é responsável pelo modo como funciona?"). Segundo os autores, ele é a peça crucial que falta no quebra-cabeça da ética da I.A., pois complementa os outros quatro princípios: para que a IA seja benéfica e não maleficiente, devemos ser capazes de entender o bem ou o mal que está fazendo na sociedade e de que maneira; para a I.A. promover e não restringir a autonomia humana, nossa "decisão sobre quem deve decidir" deve ser informada pelo conhecimento de como a I.A. agiria em vez de nós; e para a I.A. ser justa, nós devemos saber quem deve ser responsabilizado no caso de um resultado grave e negativo, que exigiria, por sua vez, uma compreensão adequada do motivo pelo qual esse resultado surgiu.

Ronaldo Lemos e Marco Konopacki (2017) afirmam que muitas vezes algoritmos reproduzem formas de preconceito e estimulam o ódio, pois aprendem com seus usuários dar relevância a determinados tipos de conteúdo. A alta opacidade dos algoritmos de plataformas como *Facebook* e *Twitter* é um grave problema, pois a forma como as informações são tratadas é guardada como segredo industrial.

A partir desse contexto, os autores propõem uma série de princípios com o objetivo de fornecer parâmetros para a governança desses algoritmos que causam o fenômeno das *echo chambers*. São eles (LEMOS e KONOPACKI, 2017):

1º) **garantir o consentimento do usuário sobre a sua exposição ao algoritmo** (o usuário será informado de que ele está dentro de uma bolha, e esse é o primeiro passo para que ele tenha autonomia para decidir se quer permanecer nela ou furá-la).

2º) **autonomia do usuário na parametrização do algoritmo** (ele deve poder decidir, por exemplo, a que tipo de conteúdo quer ou não ter acesso, se quer ver mais fotos ou mais “textões”, se quer incluir pessoas de diferentes etnias quando buscar por “pessoas bonitas”).

3º) **transparência na forma como os dados pessoais são tratados** (tornar público o rol exaustivo de dados que são coletados para alimentar os algoritmos).

A democracia sobreviverá? É preciso olhar as coisas em perspectiva histórica. Desde os gregos sabe-se que a democracia é o regime que favorece a retórica, afastando muitas vezes a verdade. No entanto, a democracia se aperfeiçoou e se espalhou pelo mundo, proporcionando aos seus cidadãos condições materiais de vida sequer imaginadas séculos antes. Como disse, certa vez, Winston Churchill, “*a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos*”.

## REFERÊNCIAS

AUDARD, Catherine. Metafísico. In: RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Paternot. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 379.

CALIL, L.; RUEDIGER, T. **Mixing SNA and semiotics: a Methodological Framework for Analyzing Online Collective Subjectivities** (*Ipsa.org*, 25 July 2018). Disponível em: <https://wc2018.ipso.org/events/congress/wc2018/paper/mixing-sna-and-semiotics-methodological-framework-analyzing-online>. Acesso em: 14 jun. 2019.

FERGUSON, Niall. **Social networks are creating a global crisis of democracy**. The Global and Mail, Toronto 19/01/2018. Disponível em: <http://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>. Acesso em: 15 out. 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Presidência do STF, um desafio de nossos dias**. Folha de São Paulo, São Paulo, Opinião, 13/09/2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/09/presidencia-do-stf-um-desafio-de-nossos-dias.shtml>. Acesso em: 27 out. 2019.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality**. Oxford University Press, 2014.

FLORIDI, Luciano e CAWLS, Josh. **A Unified Framework of Five Principles for AI in Society**. Harvard Data Science Review, 2019. Disponível em: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1?>. Acesso em 18/10/2019.

FRISCHMANN, Brett e SELINGER, Evan. **Re-engineering Humanity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

HOWARD, P. '**Our Data, ourselves: how to stop tech firms from monopolizing our personal information**' (Foreign Policy, 16 July 2018). Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2018/07/16/our-data-ourselves-democracy-technology-algorithms/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

LEMOS, Ronaldo e KONOPACKI, Marco. **Alguns princípios para buscar a governança de algoritmos**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Desafios-a-Liberdade-de-Expressao-no-Seculo-21.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Desafios-a-Liberdade-de-Expressao-no-Seculo-21.pdf). Acesso em: 14 nov. 2019.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Utopia: passado, presente e futuro de um não-lugar. Variações sobre um tema de Thomas More. In: MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Márcio Meirelles. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 2005, pp. XLIV-XLV.

SUNSTEIN, Cass. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton University Press, 2018, p. 12.



# A LEI 9.296/96 E A EXPANSÃO PENAL: O IMPACTO DA TECNOLOGIA NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

**Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa**

Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (UFPE). Comissário Especial de Polícia Civil do Estado de Pernambuco.

## INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, com caráter pétreo, são resultado de séculos de lutas pelo reconhecimento de direitos inerentes à espécie humana. Sua presença na legislação tem a finalidade de proteger os indivíduos frente a eventuais excessos estatais, como positividade de direitos humanos. No Ocidente, a gênese da discussão a respeito dos Direitos Humanos dá-se a partir do processo de independência dos Estados Unidos iniciado em 1776 com a publicação da declaração de direitos individuais como a vida e a liberdade. O movimento ganhou força com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, após a Revolução Francesa, baseada nos ideais iluministas, que, século e meio depois, inspirou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Embora tais direitos sejam meramente proferidos, ou seja, não estejam adstritos às normas positivadas, a DUDH é considerada um marco na história dos Direitos humanos e fundamenta o conceito moderno de Direitos Humanos.

Entretanto, o discurso de Direitos Humanos parece encontrar dificuldade de sair do campo das ideias e de fato se efetivar no caso concreto. Tanto os deveres quanto as garantias idealizadas ao convívio social parecem se distanciar da realidade, podendo causar a semantização da legislação. Esse distanciamento gera uma insegurança jurídica que pode ter como consequências o aumento da violência e da sensação de insegurança, propagando o medo na população, que, gradativamente tende a substituir suas características sociais e solidárias, por um estilo de vida mais individualista.

O medo e a insegurança sentida pela sociedade do século XX somados ao avanço tecnológico, que paradoxalmente pode criar um ambiente confortável e prático, mas também pode gerar incertezas, ansiedades e mais insegurança, parecem estar levando a sociedade tanto a ignorar a intromissão do Estado na seara particular dos cidadãos em detrimento de sentir-se mais segura, quanto a ceder voluntariamente às empresas privadas de tecnologia uma gama de informações pessoais. Seja em troca de entretenimento, de oportunidades de socialização, de informação ou de serviços, todos oferecidos por meio de plataformas virtuais, os cidadãos estão alimentando os bancos de dados dessas empresas, o que parece levar a construção de um cenário semelhante ao panóptico, ordenado para sustentar as demandas disciplinares do modelo econômico atual, conforme já observava Foucault nos anos 1970.

Diante das informações supramencionadas, faz-se necessário indagar: Direitos fundamentais importantes como liberdade e privacidade, outrora conquistados mediante lutas e garantidos com esforço nos últimos dois séculos, vêm sendo reiteradamente violados, seja pelo Estado, sob o argumento de proteção aos cidadãos, seja por organizações privadas de tecnologia em troca de comodidade e inserção sócio-digital?

A fim de tentar responder a esta pergunta, o artigo abordará ao longo de seu desenvolvimento os seguintes temas: a relação entre o medo, o controle social e a expansão do

Direito Penal, sua utilização e expansão no ordenamento jurídico nacional como mecanismo solucionador de conflitos, fundamentada na insegurança; a perda gradativa de Direitos Fundamentais diante de uma norma penal que se torna cada vez mais rígida; a insegurança numa sociedade de risco (pós-industrial) desenvolvida em um momento histórico marcado pelo avanço tecnológico descontrolado; e, por fim, uma análise cronológica do projeto de controle e vigilância dos corpos criado por Jeremy Bentham, desenvolvido e popularizado por Michel Foucault como um sistema de manutenção das estruturas de poder, até o modelo que se aproxima ao conceito de superpanóptico a que se refere Zygmunt Bauman.

Ademais, este estudo debruçou-se sobre o respeito à intimidade, a privacidade e a liberdade dos cidadãos brasileiros no debate sobre o processo de interceptação telefônica e telemática, bem como a Lei 9.296/96, que as regulamenta combinado com uma análise sobre sua constitucionalidade, sem esquecer a quebra de sigilo telefônico e sua previsão legal, delineadas ao final deste trabalho.

Destarte, é imprescindível um estudo mais detalhado sobre os assuntos abordados nesta análise, a fim de fomentar uma visão mais crítica da sociedade no que diz respeito à forma como está sendo tratada a manutenção do Estado democrático de direito no Brasil e às possíveis violações de Direitos Fundamentais. Bem como, estimular um olhar mais atento do Estado à regulamentação da liberdade nos contratos entre empresas de tecnologia e usuários de sistemas e aplicativos, tendo em vista a posição de hipossuficiência destes àqueles na relação de consumo.

## MEDO E CONTROLE SOCIAL

De acordo com Bauman (1999), o crescimento da violência somado a sensação de insegurança sentida pela população vem, ao longo dos anos, mudando a forma de pensar e agir das sociedades ocidentais. Não apenas através de medidas individuais de proteção, o medo faz com que as pessoas, consciente ou inconscientemente, na busca por segurança, muitas vezes, relativizem seus direitos em troca da possibilidade de uma vida mais tranquila, permitindo uma atuação mais dura e invasiva por parte do Estado em suas privacidades, além de desenvolver um comportamento individualista no relacionamento interpessoal.

Se, por um lado, o que se verifica no caso concreto é uma sociedade tornando-se cada vez mais violenta e egoísta, por outro também se observa um Estado mais forte e intromissivo nas esferas individuais, por meio de legislações mais punitivistas onde o Direito Penal ganha *status* de “salvador da pátria”.

O medo é um motor para o consumo, para o controle da população e até para golpes de Estado. É essa “sensação” de medo, de insegurança, que justifica toda propaganda relacionada às políticas repressivas, as campanhas que visam à supressão dos direitos e garantias dos “inimigos” e também ao crescimento da chamada Indústria da Segurança (venda de armas, carros blindados, câmeras de vigilância, serviços privados de segurança etc.) (CASARA, 2017, p. 187).

Embora a violência se apresente como um fenômeno intrinsecamente humano e com estrutura complexa, para que seja respeitado o Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, fundamentado nos princípios constitucionais: garantias fundamentais e direitos humanos; espera-se que, mediante proteção jurídica, seu crescimento seja inibido.

---

<sup>1</sup> Estado regido sob o império do Direito e cujos princípios encontram-se orientados pelos fundamentos dos Direitos Humanos.

## TECNOLOGIA, MÍDIA E SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA

A tecnologia vem, ao longo do tempo, proporcionando mudanças positivas no desenvolvimento econômico, bem como um incremento de bem estar individual e social, melhorando o conforto e a qualidade de vida das pessoas. Contudo, a velocidade com que as tecnologias evoluíram, atreladas a aceleração econômica por elas provocada, gerou um relevante viés negativo: os riscos consequentes dessas transformações. A partir de então surge um modelo social denominado por Ulrich Beck de “sociedade de risco” na qual os avanços científicos e tecnológicos descontrolados e com repercussões incertas geram riscos (políticos, ecológicos, individuais e coletivos) elevados e inaceitáveis pela sociedade contemporânea que passam a determinar a forma de relacionamento entre as pessoas e destas com as instituições e legislações vigentes.

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos (BECK, 2011, p. 23).

O progresso tecnológico além de propiciar o surgimento de delitos inéditos, que podem provocar danos incalculáveis à sociedade e cujo alcance é praticamente ilimitado em áreas como biologia, genética, energia nuclear e principalmente na informática. Em especial, através dos denominados *cyber crimes*, ou seja, crimes realizados por meio de equipamentos eletrônicos (computadores, *tablets*, celulares etc.) e o uso da internet (SILVA SANCHEZ, 2002), estimulou também o desenvolvimento de novos *modus operandis* para o cometimento de crimes já conhecidos como furto e estelionato. Criam-se novos campos de atuação para a criminalidade com o desenvolvimento de ambientes virtuais completamente desconhecidos para a maioria das pessoas.

Outra característica da sociedade de risco tecnológico é o surgimento de um cenário de desconstrução do sentido de comunidade próprio da sociedade moderna, transformando-se em um conglomerado de indivíduos que buscam satisfazer seus próprios desejos e interesses em detrimento da coletividade.

Em sua teoria de sociedade tecnológica, Beck desenvolveu dois conceitos de modernidade: a chamada *simples*, que se desenrolou durante a o período da Primeira Revolução Industrial e a *reflexiva* que surgiu após este período e perdura até hoje. Aquela, não é objeto desse estudo, porém, esta tem grande importância, pois se caracteriza pelo reflexo na sociedade atual do desenvolvimento tecnológico advindo do período da Primeira Revolução Industrial em forma de risco.

Supõe-se que modernização reflexiva signifique que uma mudança da sociedade industrial – ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma, e com uma ordem política e econômica inalterada e intacta – implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade (BECK, 2011, p. 12).

É mister salientar que assim como as catástrofes naturais, os riscos tecnológicos podem atingir proporções devastadoras, portanto, diferentemente daqueles, estes são provenientes de ações humanas. A modernização da sociedade produz, intrinsecamente, conseqüências perigosas à vida humana, resultando no aumento da sensação de insegurança e impulsionando demandas por políticas públicas e leis que tentem minimizar esses efeitos.

Evidentemente, a mentalidade da sociedade vem mudando no transcorrer do tempo, desde os idos de 1760 até hoje, a forma como a população tem lidado com os riscos oriundos do progresso tecnológico tem apresentado diferentes feições.

No início da era industrial pairava a confiança na evolução científica e os riscos daquela época eram considerados consequências naturais do processo de desenvolvimento científico e tecnológico. Já na modernidade reflexiva, a sociedade de risco, cujo avanço tecnológico se apresenta de maneira aparentemente descontrolada, embora forneça imensa facilidade à vida humana, também lhe proporciona iminente ameaça. Agora os riscos não são mais vistos como aceitáveis e instala-se um estado de medo, indeterminação e insegurança.

Atualmente, a sociedade vive a era da internet, onde as pessoas se encontram conectadas por infinitos meios de comunicação e em tempo real. Somado a isso, tem-se a utilização massificada de mídias sociais e a facilidade na aquisição de equipamentos eletrônicos para captação, transmissão e difusão de informações, imagens e notícias. Assim, sem enxergar fronteiras, acidentes, tragédias e violências ocorridas em qualquer parte do mundo, chegam ao internauta com a sensação de proximidade e risco inimaginável.

Diante deste cenário, é relevante chamar a atenção para o fato de que o espetáculo midiático realizado pelos meios de comunicação em massa referente aos acontecimentos perigosos ou lesivos potencializa um exagerado sentimento de insegurança.

Nesse particular, cumpre frisar o papel dos meios de comunicação de massa tanto na exploração política do medo quanto da naturalização da violência dirigida a determinada parcela da sociedade. Para dar uma resposta simbólica aos pleitos por segurança e, ao mesmo tempo, atender aos fins do mercado, ocorre o endurecimento das políticas policiais, penitenciárias e judiciárias (CASARA, 2017, p. 188).

Tendo em vista que a população de maneira geral tem dificuldades em acompanhar o desenvolvimento tecnológico e se adaptar a ele, a mídia atua de duas formas: na primeira ela se encarrega de maximizar situações de perigo, difundindo o medo e assim angariando o apoio popular no processo de expansão e enrijecimento da legislação penal. Na segunda, a valorização e propagação de notícias sobre ações violentas podem servir tanto de “gatilho” para potenciais infratores como “motivação” para imitadores e pessoas limítrofes pela falsa sensação de impunidade provocada.

A relação entre a mídia e a criminalidade é um tema de fundamental importância para o mundo contemporâneo, tendo em vista a complexidade do fenômeno no processo da construção social do crime. O modo como a mídia aborda os crimes violentos reflete diretamente na segurança pública, uma vez que a maneira de como é tratada à criminalidade e a violência termina construindo uma realidade invertida, ocasionando, com isso: um isolamento social; a ausência de vigilância natural; síndrome do pânico; exigência por parte da sociedade por soluções mais rápidas; e adoção de um sistema penal mais severo e com mais número de prisões. Os meios de comunicações usam os fatos criminosos como espetáculo para atrair o público. O crime e a violência oferecem muitas histórias que fascinam os homens, que, de certa forma, influencia a visão do público sobre a concepção de mundo e de sociedade (GREGÓRIO, 2014, p. 63).

Como afirma Silva Sanchez, “é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação” (2002, p.67). O volume de informações imprecisas e manipuladas gera percepções inexatas e sensação de impotência nos indivíduos, provocando uma “insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo.” (SANCHEZ, 2002, p. 67).

A mídia possui a capacidade de formar conceitos, porém, o problema é que a informação é veiculada sem comprometimento com a função social que a informação deve ter. A irresponsabilidade da informação difundida em relação ao crime atinge o ápice quando se

chega ao estado de pânico na sociedade, que passa a exigir soluções rápidas e enérgicas na proporção em que as imagens são transmitidas (GREGÓRIO, 2014, p. 67).

Tanto o alcance quanto a influência da mídia no comportamento da sociedade variam de região para região, conforme a cultura, o desenvolvimento econômico e a forma de governo de cada lugar. No Brasil, de acordo com a Pesquisa Brasileira de Mídia 2016 sobre hábitos de consumo de mídia pela população brasileira, 89% dos entrevistados afirmaram assistir TV, 77% declararam assistir TV diariamente e 63% utilizam a televisão como principal meio de acesso à informação, enquanto apenas 3% disseram não assistir TV. Dos que assistem TV mais de 54% afirmou confiar nas informações transmitidas sempre ou muitas vezes. Segundo a pesquisa, quanto menor o grau de escolaridade da população maior é uso e a confiança nas informações transmitida pela TV. A população adulta e idosa utiliza mais a televisão que a faixa mais jovem da população brasileira que está utilizando cada vez mais a internet com dispositivo de comunicação e fonte de informação. Essa pesquisa foi encomendada pela Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República e realizada pelo instituto IBOPE Inteligência.

Diante de uma realidade onde ao ser questionada com relação a confiança nas instituições, apenas 24% da população brasileira afirmou confiar no Poder Judiciário, 28% no Ministério Público, 26% na polícia, enquanto que 30% relatou confiar nas emissoras de TV, 35% na imprensa escrita e 37% nas redes sociais, segundo o Relatório ICJ Brasil produzido pela Escola de Direito da Faculdade Getúlio Vargas em São Paulo, fica evidente a enorme capacidade da mídia nacional de influenciar na formação de opinião, bem como direcionar padrões de comportamento, parece-me de fácil dedução que as emissoras televisão não transmitem informações de maneira aleatória ou despreziosa à população: “ocorre que as mídias realizam-se por meio do trabalho humano, mais que isso, pelas decisões políticas, sociais e econômicas de quem possui os meios para comunicar e promover a construção de consensos, amplos ou segmentados” (CRUZ, 2011. p.36).

Logo, o medo difundido pelos meios de comunicação e propagado entre as pessoas e os grupos sociais tem uma razão de existir e provoca nas camadas mais amplas da população uma sensação de insegurança tamanha que valida a demanda social por castigos mais rígidos.

## **EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

A dinâmica experimentada pela sociedade no decorrer dos anos tem, em várias situações, permitido que a liberdade de seus indivíduos seja ceifada pela progressiva criação de leis penais que violam princípios fundamentais na busca por atender às demandas contemporâneas. Há, na realidade, uma tendência de flexibilização de direitos constitucionais na sociedade pós-industrial, tanto no sentido de tornar as legislações mais rígidas para os delitos já previstos, quanto com o surgimento de novos delitos provenientes do avanço tecnológico.

Produz-se, segundo se tem afirmado, um fenômeno de fascinação de diversas organizações sociais pelo Direito Penal, fascinação essa da qual carecem todos seus equivalentes funcionais. Assim, já não está em primeiro plano a negativa às estruturas de poder, senão a intervenção nelas mesmas. O rechaço dos meios de poder cede diante da vontade de servir-se deles em seu próprio interesse (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 64).

A vida social subordina-se à forma jurídica, e a única forma de intermediação entre o indivíduo e a sociedade é o Direito (SILVA SANCHEZ, 2002). Logo, como a segurança é um objetivo social, o Direito Penal tem se tornado um mecanismo de resposta a tal anseio, sendo a persecução vista como a ferramenta de controle mais eficiente, mitigando assim o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Subsidiariedade Penal, onde o Direito Penal deveria ser avocado apenas em *ultima ratio*. Como consequência, punem-se penalmente delitos que poderiam ser considerados ilícitos administrativos ou cíveis.

Com efeito, tais dados poderiam conduzir certamente a uma expansão dos mecanismos de proteção não jurídicos, ou inclusive dos jurídicos, mas não necessariamente dos jurídico-penais. Ocorre, sem embargo, que tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 58).

Para Silva Sanchez, o expansionismo do Direito Penal pode ser representado em duas categorias: “Expansionismo normativo” e o “Expansionismo descritivo”. No primeiro caso, deve haver a ampliação do Direito Penal no que se refere ao seu objeto e quanto a sua intensidade de forma que possa acompanhar a evolução da criminalidade. No segundo, o autor sustenta que a Lei Penal se expandirá naturalmente, tendo em vista que vem, ao longo do tempo, assumindo um lugar que não deveria ser seu e atuando na proteção de bens jurídicos que, via de regra, deveriam estar tutelados por outros ramos do Direito.

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar (SILVA SANCHEZ, 2002, p.61).

A incerteza, a ansiedade e a sensação geral de insegurança provocam uma demanda crescente por maior proteção e, conseqüentemente, é aceito do Estado maior força na aplicação de seu *ius puniendi*, reafirmando o Direito Penal na posição de único instrumento legal eficiente na resolução das lides, no combate à delinquência, como a melhor e mais rápida resposta à sociedade. Tais demandas, muitas vezes viscerais, não apenas são acolhidas pelas instituições estatais, mas alimentadas por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sob um viés político-ideológico de face populista e de maneira que sejam garantidas as estruturas de manutenção de poder.

O Direito Penal, infelizmente, tem servido cada vez mais para se impor como instrumento de dominação, como forma de subjugar os mais fracos e oprimidos, os quais representam a esmagadora parcela de sua clientela, fazendo-se urgente a alteração desse estado de coisas (LYRA FILHO, 1982, p. 13).

Verifica-se neste modelo social uma tendência crescente de identificação das pessoas com as vítimas de delitos, onde os indivíduos, tomados por uma espécie de altruísmo, se sentem como vítimas em potencial de uma sociedade violenta. Isto posto, clamam por punições mais severas, onde a pena atua com um caráter de vingança, em resposta a impotência do Estado no cumprimento do seu dever de proteger.

O fenômeno da identificação com a vítima conduz também, no panorama proposto por alguns autores, a entender a própria instituição da pena como mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito (...). O raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 53).

Parece-me uma constatação óbvia que, com a evolução da sociedade moderna e sua incapacidade de lidar com os riscos gerados por seus próprios membros, ou mesmo pelo processo de desenvolvimento, ou sequer controlá-los, tanto a sociedade quanto os gestores públicos, independente de ideologia política, buscam guarida no Direito Penal, chancelando a perda de seu caráter de último recurso e pressionando-lhe a uma expansão que atenda às referidas demandas por segurança.

Em relação à influência dos aspectos da sociedade de risco sobre o Direito Penal, sabe-se que “naturalmente, o campo da política criminal e a sua transposição para o direito penal não só não permanece imune ao desenvolvimento típico da sociedade de risco, mas é especialmente sensível a ele” (BUERGO *apud* CALLEGARI, 2011, p. 21).

Destarte, o Direito Penal passa a abarcar com mais intensidade os direitos ligados proteção de dados, ameaça a natureza, perigos da tecnologia genética etc.. Consequentemente, o agora denominado Direito Penal do Risco engloba bens jurídicos até então desconsiderados pela legislação vigente e traz consigo características penalizadoras ao invés de condicionadoras a possíveis sanções, criminalizando condutas de mero perigo ou que possam gerar riscos, justificadas pela dificuldade de adoção da tradicional relação de causalidade entre o dano provocado e sua pena. Ou seja, na sociedade de risco, a insegurança causada pelo descontrole do avanço técnico-científico conduziu o Direito Penal a ocupar-se com crimes de perigo e não mais com lesões relacionadas às condutas humanas, desviando o foco legal para o fim de prevenção de riscos, provocando uma “antecipação da intervenção penal antes da efetiva lesão do bem jurídico” (CALLEGARI, 2011, p. 33).

Essa dilatação da tradicional atuação do Direito Penal para além dos bens jurídicos individuais, não apenas altera o foco da legislação criminal, como também amplia o direito de punir do Estado, que se limitava à ligação do indivíduo com o bem tutelado de forma objetiva. Alcançando, a partir de então, bens imateriais, imprecisos e abstratos.

De início, tem-se como tendência desse Direito Penal ligado aos riscos a criação de novos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso. Isso porque a sociedade de risco traz novas realidades, novas necessidades, que a partir do momento em que, intituladas de bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal (CALLEGARI, 2011, p. 22).

Essa expansão é evidente quando se observa a mudança no comportamento das condenações criminais no decorrer do tempo, simplesmente porque muitos dos crimes não existiam ou não eram previstos pelo ordenamento jurídico à época vigente. Segundo estudo lançado em 2003 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Estatísticas do Século XX, no Brasil, em 1907, 100% dos presos foram condenados por crimes contra a pessoa, já em 1985 57,8% foram condenados por crimes contra o patrimônio e 26,5%, por crimes contra a pessoa.

Um exemplo de expansão penal recente e relacionado ao desenvolvimento tecnológico, diz respeito à previsão legal de crimes virtuais, com a promulgação da Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

É indiscutível que o crescimento tecnológico além de “proporcionar novos instrumentos para a produção de resultados lesivos dolosamente” (CALLEGARI, 2011, p. 33) redefiniu o conceito de comunicação entre as pessoas, eliminando os limites geográficos. Portanto, na sociedade atual, as relações entre os indivíduos, combinadas com a interdependência na vida social, têm-se mostrado altamente complexas de forma que a interação entre os cidadãos, inclusive anônimos, cresceu assustadoramente.

Essa pluralidade de agentes participando de uma mesma comunidade ou sociedade em um ambiente virtual dificulta a identificação de autoria do crime, bem como sua previsão e possível identificação no tempo e espaço, reforçando a dificuldade de aplicação das regras de causalidade e culpabilidade. Por isso, entende-se que o novo modelo penal de segurança cidadã<sup>2</sup> surge com ideia de “estender o Direito Penal a novos âmbitos geradores de grave lesividade social, que até

---

<sup>2</sup> O conceito de “Segurança Cidadã” tem pilares democráticos e opõe-se ao conceito de segurança utilizado por regimes autoritários e militares onde a manutenção da ordem era o foco e se assegurava através da força e da demonstração de poder do Estado, confundindo-se com Segurança Nacional ou Interna. Na Segurança Cidadã, a abordagem é preventiva e preza pela participação popular na criação de políticas públicas de segurança e na construção de um modelo policial integrado com a sociedade, bem como prega que a proteção à sociedade deve-se basear em dados e pesquisa, respeitando os direitos fundamentais.

agora não haviam sido submetidos à incidência da intervenção penal” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 59) originados a partir da moderna sociedade de risco.

Embora o surgimento de novas realidades e conflitos sociais oriundos dos riscos tecnológicos provoque uma insegurança real e não apenas uma sensação de insegurança, verifica-se que ainda é tímida a intervenção penal relacionada a esses delitos, mantendo o foco de sua atuação na criminalidade clássica<sup>3</sup>. Assim, na “expansão” da Lei Penal, embora se perceba uma tendência de tipificação de novas condutas, o que se observa é uma intensificação das punições aplicadas à delinquência comum, com a concentração de esforços no agravamento das sanções legitimada pelo medo da população (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015).

Finalmente, ocorre que o Poder Legislativo tem cedido à pressão popular, resultando, muitas vezes, no que me parece uma expansão desnecessária do Direito Penal, na tentativa de prever o máximo de ações humanas possíveis e atuar na mais ampla gama de atos tidos como desviantes, desde a criação de novas leis penais à alteração das já existentes (SILVA SANCHEZ, 2002). Consequentemente, tem-se um grande volume de tipificação penal onde o Estado, não raramente, mostra-se incapaz de administrar, produzindo assim o sentimento de ineficácia da legislação penal ou mesmo levando a crer que tais medidas não ultrapassam o campo do Direito Penal Simbólico<sup>4</sup>, tendo em vista que, frequentemente, previsões legais não conseguem efetivamente serem aplicadas na prática.

A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (MASSON, 2012, p. 11).

Nesse mesmo sentido, Roxin (2000) diz que a expressão Direito Penal Simbólico deve ser compreendida como um conglomerado de normas elaboradas e reunidas no clamor da opinião pública. Ou seja, é o resultado da tentativa do Estado em demonstrar ao seu povo que os representantes por ele eleitos estão buscando soluções para diminuir a criminalidade que assola a sociedade.

## **DO CONTROLE DOS CORPOS AO SUPERPANÓPTICO**

O Panóptico foi uma arquitetura de controle disciplinar desenvolvido por Jeremy Bentham e reinterpretado por Michael Foucault através de sua obra *Vigiar e Punir* na década de 1970. Tratava-se de um modelo de manutenção de poder dentro de estabelecimentos penitenciários construídos em formato de anéis com torres centrais onde ficavam os chamados supervisores que podiam observar facilmente o interior das celas as quais tinham uma estrutura propositadamente vazada. No entanto, ao contrário, a parte interna das torres não era visível, assim, a incerteza da vigilância fazia com que os detentos se submetessem à disciplina imposta, haja vista não saber se estavam sendo observados. Nesse modelo, poucos conseguiam vigiar muitos. Sua idealização ultrapassou os limites das cadeias, sendo cogitada a implantação em escolas, fábricas, quartéis e hospitais.

---

<sup>3</sup> É aquela que provoca além da sensação de insegurança real um desconforto social, como: roubos, furtos, estelionato etc.

<sup>4</sup> O Direito Penal Simbólico é aquele que se mostra extremamente rigoroso, mas que por dificuldades práticas de ser cumprido se torna ineficaz. Logo, seu conteúdo mostra-se como meros símbolos e por falta de efetividade a norma cai no vazio.



O objetivo era que esse modelo fosse adotado pelas grandes instituições disciplinadoras e que o “confinamento” fosse utilizado para impor um padrão de comportamento aos “vigiados”, que poderiam ser trabalhadores, soldados, pacientes ou alunos. Assim, fazendo um contraponto com o desenvolvimento da sociedade moderna, as instituições promoveriam um misto de controle moral e social perante um vigilante, ao passo que a burguesia se tornava a classe dominante e necessitava de melhores instrumentos de controle. E, portanto, a disciplina tratava de moldar os indivíduos aos novos mecanismos de produção, formação, correção e punição, através da “docilização dos corpos, pensamentos e sentimentos”.

Panóptico de Bentham, na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravessasse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar (FOUCAULT, 2006, p. 165-166).

Hoje, a realidade da sociedade contemporânea é outra. Com o desenvolvimento tecnológico para realizar o controle dos corpos não é mais necessário o “enclausuramento” destes, não é mais necessário mantê-los internos aos muros, não é mais preciso o exercício da força presencial. Agora temos a virtualização do exercício de controle e das relações de poder.

O poder hoje seria cada vez mais ilocalizável, porque disseminado entre os nós das redes. Sua ação não seria mais vertical, como anteriormente, mas horizontal e impessoal (...) o poder não tem mais uma cara. Sua ação agora se restringe apenas à contenção das massas, à construção de muros dividindo cidades, à retenção financeira para conter o consumo (COSTA, 2004, p. 162).

Na sociedade da era digital (Quarta Revolução Tecnológica), praticamente tudo está interligado por redes de computadores e os bancos de dados armazenam um grande volume de informações de seus usuários que indicam quem são, o que fazem ou o que consomem: como nome, documentos, endereços, trajetos percorridos diariamente, preferências musicais, dados bancários e fiscais, práticas e tendências de consumo.

Com o avanço tecnológico, os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive por meio da rede mundial de computadores (Internet), tornaram-se muito comuns. Não raro determinadas empresas obtêm dados pessoais do usuário (profissão, renda mensal, hobbies), com o propósito de ofertar os seus produtos, veiculando a sua publicidade por meio dos indesejáveis spams, técnica, ofensiva à intimidade e à vida privada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 106).

Os bancos de dados são alimentados por informações que as pessoas, voluntariamente, fornecem-lhes ao usarem cartões de crédito, redes sociais ou aplicativos de maneira geral, como sistemas de georeferenciamento ou players de músicas cujos *termos e condições de uso* são extremamente abusivos, com cláusulas absolutamente desnecessárias à sua utilização ou funcionamento e que fogem do campo de atuação do fornecimento de seus serviços. Tais cláusulas estão presentes por interesses que ultrapassam o cadastral, adentrando na seara do controle.

No seu brilhante ensaio sobre os bancos de dados eletrônicos como uma versão ciberespacial atualizada do Panóptico, Mark Poster diz que “nossos corpos são fígados dentro das redes, dos bancos de dados, nas autoestradas da informação” – e assim todos esses locais de armazenamento de informações onde nossos corpos são, por assim dizer, “amarrados informaticamente” “não mais oferecem refúgio à observação ou a uma barreira em torno da qual se possa traçar uma linha de resistência”. A armazenagem de quantidades maciças de dados, ampliadas a cada uso de cartão de crédito e virtualmente a cada ato de compra, resulta, segundo Poster, num “superpanóptico” – mas com uma

diferença: os vigiados, fornecendo os dados a armazenar, são fatores primordiais – e voluntários – da vigilância (BAUMAN, 1999, p. 58).

Desta maneira, os usuários consensualmente se aprisionam a esse novo padrão de controle em troca de fazerem parte da atual sociedade em rede, onde as facilidades são atrativos e a supressão de distâncias é fascinante. Este modelo de controle denominado por Bauman de Superpanóptico superou o antigo modelo disciplinar de Foucault. Antes, os detentores do poder precisavam estar juntos dos dominados. Agora, a proximidade é irrelevante, ou seja, não importa mais onde está, quem dá as ordens nem quem as recebe, o conceito de “próximo” e “distante” é relativizado (BAUMAN, 2001).

A economia global se caracteriza hoje pelo fluxo e troca quase instantâneos de informações, capital e comunicação cultural. Esses fluxos regulam e condicionam a um só tempo o consumo e a produção. As próprias redes refletem e criam culturas distintas. Tanto elas quanto seu tráfego estão, em grande parte, fora das regulamentações nacionais. Nossa dependência em relação aos novos modos de fluxo informacional dá um enorme poder de controle sobre nós àqueles em posição de controlá-los (CATELLS, contracapa 1999).

Enquanto o sistema panóptico prezava pela padronização e uniformização do comportamento humano, são as diferenças que garantem o sucesso do superpanóptico. Cada usuário ou consumidor com suas peculiaridades formam grupos que criam uma identidade de consumo, condutas e procedimentos explorados pela tecnologia em favor do capital.

O panóptico... era por sua natureza um estabelecimento local: tanto a condição como os efeitos da instituição panóptica consistiam na imobilização dos seus súditos – a vigilância estava lá para barrar a fuga ou pelo menos para impedir movimentos autônomos, contingentes e erráticos. O sinóptico é, por sua natureza, global; o ato de vigiar desprende os vigilantes de sua localidade, transporta-os pelo menos espiritualmente ao ciberespaço, no qual não mais importa a distância, ainda que fisicamente permaneçam no lugar. Não importa mais se os alvos do Sinóptico, que agora deixaram de ser os vigiados e passaram a ser os vigilantes, se movam ou fiquem parados. Onde quer que estejam e onde quer que vão, eles podem ligar-se – e se ligam – na rede extraterritorial que faz muitos vigiar poucos. O Panóptico forçava as pessoas à posição em que podiam ser vigiadas. O sinóptico não precisa de coerção – ele seduz as pessoas à vigilância (BAUMAN, 1999, p. 60).

Progressivamente o uso da tecnologia tem possibilitado que a cada vez mais as pessoas forneçam informações de suas vidas e costumes em troca de sensação de segurança e comodidade. Verifica-se o aumento gigantesco de câmeras de segurança nos ambientes públicos e privados sem muitos questionamentos a respeito da mitigação do direito a privacidade.

A vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno; e, na maioria dos países, as pessoas têm muita consciência de como ela as afeta. Não apenas em Londres e Nova York, mas também em Nova Délhi, Xangai e Rio de Janeiro, as câmeras de vídeo são elemento comum nos lugares públicos. Por toda parte, viajantes em passagem por aeroportos sabem que precisam atravessar não apenas o controle de passaportes em sua versão do século XXI, mas também por novos dispositivos, como escâneres corporais e aparelhos de checagem biométrica, que têm proliferado desde o 11 de Setembro. E se tudo isso tem a ver com segurança, outros tipos de vigilância, relativos a compras rotineiras e comuns, acesso on-line ou participação em mídias sociais, também se tornam cada vez mais onipresentes. Temos de mostrar documentos de identidade, inserir senhas e usar controles codificados em numerosos contextos, desde fazer compras pela internet até entrar em prédios. A cada dia o Google anota nossas buscas, estimulando estratégias de marketing customizadas (BAUMAN, 2014, p. 6).

A internet revolucionou o mundo tecnológico e os avanços na sociedade em rede ocorrem numa velocidade impressionante. Conceitos novos surgem cotidianamente e sempre fortalecendo e ampliando as conexões entre pessoas e equipamentos. Os bancos de dados são alimentados

como uma infinidade de informações e tornam-se a maior fonte de poder na sociedade contemporânea, firmando o conceito de superpanóptico.

O Panóptico lançava seus internos como produtores e/ou soldados, dos quais se esperava e exigia uma conduta monótona e rotineira; o banco de dados registra os consumidores confiáveis e dignos de crédito, eliminando todo restante que não deve ser levado em conta no jogo do consumo simplesmente pelo fato de não haver nada a registrar sobre suas atividades. A principal função do Panóptico era garantir que ninguém pudesse escapar do espaço estreitamente vigiado; a principal função do banco de dados é garantir que nenhum intruso entre aí sob falsas alegações e sem credenciais adequadas. Quanto mais informação sobre você contenha o banco de dados, mais livremente você poderá se movimentar (BAUMAN, 1999, p. 58-59).

O mapeamento e o controle de ambientes e vias públicas não saciaram as aspirações da era digital. Conceitos como *Internet of Things (IoT)* – Internet das Coisas e Computação Ubíqua ganham espaço rapidamente numa sociedade cada vez mais interligada e que busca vorazmente comunicação e comodidade. A IoT se fundamenta na conexão entre todos os equipamentos que tenham ou terão acesso à rede mundial de computadores (*desktops, notebooks, tablets, smartphones, TVs, ar-condicionados, lavadoras de roupas, fornos microondas, entre outros*) tornando-se objetos inteligentes que poderão ser controlados remotamente. Enquanto a Computação Ubíqua se abaliza na onipresença da tecnologia, onde serviços baseados em preferências, tais como temperatura, velocidade, sabores, ritmos etc., ou suportes e *schedules* auxiliam o usuário nas atividades diárias como reuniões, viagens e compromissos. Pois bem, agora as tecnologias fundamentadas em geolocalização *indoor* são capazes de capturar através de sensores e câmeras informações dos interiores de ambientes domésticos, industriais ou comerciais.

A Internet das Coisas proporciona aos objetos do dia a dia, com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à internet. Essa conexão viabilizará controlar remotamente os objetos, e acessá-los como provedores de serviços, e se tornarão objetos inteligentes ou *smart objects*. Os objetos inteligentes possuem capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores (MANCINI, 2017).

Neste sentido, a Cisco Systems, Companhia Norte-americana líder em Tecnologia da Informação no mundo considera “que a IoT representa a próxima evolução da Internet, dando um grande salto na capacidade de coletar, analisar e distribuir dados que nós podemos transformar em informações, conhecimento e, por fim, sabedoria.” A empresa estima que em 2020 haverá cerca de 50 bilhões de objetos conectados.

Porém, para usufruir desses serviços e integrar-se à sociedade em rede, o indivíduo renuncia da sua privacidade e voluntariamente cede aos grandes bancos de dados muitas informações sobre sua vida privada. O *slogan* da Cisco Systems deixa claro: “A IoT conecta objetos à Internet, gerando dados e informações aos quais nunca tivemos acesso antes.” Ou seja, confirma-se a ideia de que somos capturados nas redes e que os banco de dados atuam como uma ciberespacial do Panóptico.

## **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA E QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO**

Nesta sessão, serão abordados aspectos técnicos e jurídicos a respeito das medidas cautelares de interceptação telefônica e telemática, bem como do processo de quebra de sigilo telefônico por parte das autoridades policiais.

## **Interceptação telefônica**

De acordo com Holanda (2016), o vocábulo interceptar significa: 1 - Deter ou interromper em seu curso; 2 - Não deixar chegar ao seu destino.

No âmbito da atividade investigativa a definição de interceptação não corresponde ao sentido literal da palavra, pois na interceptação telefônica não há a interrupção no fluxo das chamadas, mas o desvio destas, feito pela operadora de telefonia para um sistema que permita às autoridades competentes escutar, redirecionar, gravar e armazenar conversações realizadas por meio de telefonia fixa ou móvel, em tempo real ou pósterio. (DIGITRO, 2019).

Moraes explica que: “Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem conhecimento de qualquer dos interlocutores” (2006, p. 87). Tecnicamente é o acompanhamento de forma contínua das ligações telefônicas realizadas ou recebidas por um telefone fixo ou móvel, durante um período de tempo determinado por lei.

### **• Interceptação de telefonia fixa**

Normalmente, a interceptadas de telefonia fixa deve ser realizada a partir de uma conexão física ou por indução à linha telefônica. A telefonia fixa utiliza como meio de transmissão de voz o par metálico, que nada mais é que dois fios (TX e RX) que conduzem o sinal (pulsos elétricos) do assinante “A” até a “Central” e desta até o assinante “B”. A interceptação destes sinais pode ser feita em qualquer ponto do “caminho”, porém, via de regra, é realizado pela operadora de telefonia, em seus próprios quadros de distribuição, com a ligação em paralelo do circuito de telefonia com o canal de voz disponibilizado pelo sistema de interceptação utilizado pela autoridade competente (DIGITRO, 2019).

### **• Interceptação de telefonia móvel**

A interceptação de um telefone móvel é realizada por técnicos que trabalham na área de ações restritas das operadoras de telefonia. São configurações feitas no sistema de cada operadora que encaminha os áudios de um determinado número telefônico ou IMEI (Mobile Equipment Identity) do aparelho para um ramal disponibilizado pela central privada de comutação do sistema de interceptação utilizado pela autoridade competente (DIGITRO, 2019).

É relevante salientar que, atualmente, a maioria das operadoras de telefonia está utilizando tecnologia digital mesmo nas comunicações realizadas por telefones fixos, ou seja, o processo de interceptação de telefonia fixa torna-se semelhante ao realizado na telefonia móvel.

### *Regulamentação pela Lei 9.296 de 24 de julho de 1996*

A interceptação telefônica é prevista como exceção ao sigilo das comunicações disposto no inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Também a Lei 9.296/96 estabelece quando a medida cautelar pode ser utilizada e elenca requisitos para sua implementação:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (...)

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (BRASIL, 1996).

Conforme a aludida lei, a interceptação telefônica só pode ser realizada pelas operadoras de telefonia em duas situações: mediante determinação judicial expressa via mandado judicial, que pode ser expedido de ofício pelo juiz ou a requerimento da autoridade policial no transcurso da investigação criminal; ou a pedido do Ministério Público, tanto durante a investigação criminal quanto na instrução processual penal.

### Interceptação telemática

Tecnicamente, a interceptação de fluxo telemático, seja ele transmitido por *smartphones*, *desktops*, *tablets*, *notebooks* ou qualquer outro equipamento conectado à internet, é realizada de maneira semelhante à interceptação de áudios (interceptação telefônica), ou seja, é necessário que o mandado judicial enviado às operadoras de telefonia ou provedores de internet contenha informações que identifiquem o alvo<sup>5</sup> a ser interceptado, a exemplo do CPF, número do assinante (em casos de interceptação de alvos que utilizem telefonia fixa ou *modems* para acessar a rede mundial de computadores), IMEI ou número do telefone (para os casos em que os alvos acessem a internet por dispositivos móveis) (ABREU, 2017).

Em posse dessas informações, a operadora de telefonia ou provedor de internet envia os pacotes de dados referentes à comunicação daquele usuário específico e que transitam em sua rede para um endereço de IP (Internet Protocol Address) válido no sistema de interceptação da autoridade competente. Esses pacotes são enviados por intervalo de tempo ou por tamanho, a depender da configuração realizada pelo provedor de internet (ABREU, 2017).

Para que o provedor possa encaminhar estes pacotes de dados, o sistema que os receberá deverá fornecer-lhe previamente um IP válido de conexão, usuário e senha. Estes dados são únicos e personalíssimos, criados no sistema de interceptação para garantir a segurança e a confiabilidade das informações, evitando perdas, desvios ou alterações dos dados (ABREU, 2017).

É mister esclarecer que a interceptação telemática desvia o fluxo dos dados, ou seja, todo o tráfego realizado na rede. Por exemplo, se o alvo de interceptação telemática for uma comunicação de internet banda larga fixa e este alvo estiver acoplado a um *modem*<sup>6</sup> ADSL um roteador *wi-fi*, todos que nele estiverem conectados (celulares, *notebooks*, *tablets* etc.) nessa rede terão seus conteúdos interceptados, independentemente de serem alvos da investigação ou não.

---

<sup>5</sup> Denomina-se "alvo" aquele sujeito que está sendo investigado pela polícia e cuja comunicação (telefônica ou telemática) é interceptada mediante determinação judicial a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

<sup>6</sup> É um aparelho utilizado na informática para converter os sinais digitais em sinais analógicos e vice-versa.

Por outro lado, se o alvo da interceptação for um dispositivo móvel (*smartphone, tablet*), apenas a comunicação por ele realizada terá seu conteúdo desviado.

Embora todo tráfego seja desviado, os conteúdos privados como aqueles contidos em *sites* de bancos, e-mails, chats não são acessíveis por serem criptografados, haja vista os softwares utilizados para interceptação telemática não possuem tecnologia capaz de acessar pacotes de dados com essas características, pois não possuem a chave criptográfica<sup>7</sup> que lhes daria acesso. Nesse caso, esse conteúdo deve ser solicitado pelas autoridades competentes, mediante autorização judicial, diretamente às empresas responsáveis pelo serviço, como Facebook, Google, WhatsApp, Hotmail, Bradesco, Itaú, Banco do Brasil, *v.g.*, as quais devem atender com presteza a determinação do juiz e fornecer as informações demandadas às autoridades competentes (ABREU, 2017).

A interceptação de dados telemáticos foi regulamentada no Parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

A utilização da interceptação telemática como meio de prova é prevista em vários momentos do ordenamento jurídico brasileiro, como na Lei 12.850/2013 (Organização criminosa):

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica (BRASIL, 2013).

Na Lei 12.625/2014 (Marco Civil da Internet):

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei (BRASIL, 2014).

No entanto, a constitucionalidade da medida é um tema controverso na discussão doutrinária brasileira, para Moraes, 2006, p.84:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, interceptação de correspondências, comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Para Gomes e Cervini a expressão “comunicações telefônicas, de qualquer natureza” contida no artigo 1º da Lei 9.296/96 engloba qualquer tipo de fluxo, seja ele de voz ou dados desde que seja realizado via operadora de telefonia:

Comunicações telefônicas “de qualquer natureza”, destarte, significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Pouco importa se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Como uso ou não da informática. É a hipótese do “fax”, por exemplo, em que se pode ou não utilizar o computador. Para efeito de interpretação da lei o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, com os recursos técnicos comunicativos que atualmente ela permite. Ora esses recursos técnicos são combinados com o computador (comunicação *modem by modem*, por exemplo, via internet ou via direta), ora não são. Tanto faz. De se observar que a interceptação telefônica do “fluxo de comunicações em sistema de informática” está expressamente prevista no parágrafo único do art. 1º (1997. p. 112.).

---

<sup>7</sup> Chave é um algoritmo que dentro de um criptosistema atua como elemento fundamental para cifragem e decifragem de mensagens.

Contrários a este entendimento, discorrem Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

Em sentido técnico, só pela telemática pode haver comunicação do fluxo de dados via telefone, donde já se vê a impropriedade da referência da lei à informática. Mas, mesmo com relação à telemática, deve-se dizer que o texto constitucional só parece permitir a interceptação de “comunicação telefônica” *stricto sensu* (ou seja, da voz), e não da “comunicação via telefone” (compreendendo a telemática). E como as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional (2006, p. 135).

No mesmo sentido, Nery Júnior (2001) escreve, a respeito da Lei 9.296/96, que a Constituição Federal de 1988 prevê exclusivamente a interceptação de diálogos por voz realizados entre indivíduos, portanto, qualquer outra comunicação, seja via fax ou internet, não está amparada pela norma constitucional. Logo, finaliza que o Parágrafo único do artigo 1º da referida lei é inconstitucional, haja vista a ausência de previsão na Carta Magna de interceptações desta natureza, apenas telefônicas.

## PROCESSO DE INTERCEPTAÇÃO

O procedimento para a interceptação ocorre da seguinte maneira: a autoridade policial ou o Ministério Público, no transcorrer de uma investigação criminal e diante dos pressupostos basilares próprios às medidas cautelares no processo penal, *Fumus commissi delicti* e *Periculum in mora*, solicitam ao juiz que determine a interceptação, seja ela telefônica ou telemática. Então, mediante determinação judicial, a autoridade competente envia um ofício encaminhando o mandado judicial de interceptação telefônica/telemática à operadora/provedor de telefonia/internet com os dados necessários para viabilização técnica (número do ramal telefônico, IP, usuário, senha etc.) (ABREU, 2017).

Logo, recebidos os documentos, a operadora/provedor faz-se cumprir a determinação judicial e envia os áudios ou o fluxo telemático dos alvos investigados para o sistema de interceptação indicado pela autoridade competente, onde os analistas de inteligência poderão analisá-los.

É importante mencionar que os sistemas de interceptação utilizados pelas pelo Poder Público são completamente auditáveis<sup>8</sup> e tecnicamente não são eles que fazem a interceptação telefônica/telemática propriamente dita, pois são compostos por uma central telefônica, servidores<sup>9</sup> e softwares que trabalham passivamente, ou seja, apenas recebem os dados enviados pelas operadoras/provedores e os organizam para serem analisados pelos agentes de inteligência (ABREU, 2017).

## QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO

O sigilo telefônico ou dados cadastrais são todas as informações armazenadas pelas operadoras de telefonia, pelo prazo de cinco anos, referentes ao assinante da linha telefônica (nome, endereço, CPF) e ao telefone móvel (marca, modelo, IMEI), bem como às chamadas efetuadas e recebidas por este (horário, duração, números telefônicos dos interlocutores), e a localização das ERBs (Estações Rádio Base) pelas quais os sinais trafegaram.

---

<sup>8</sup> Todos os procedimentos realizados nos sistemas (inclusão, exclusão, alteração, relatórios etc.), assim como usuários e os utilizaram e os logs de acesso são passíveis de auditoria interna e externa.

<sup>9</sup> Computadores de alto desempenho

As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais (BRASIL, 2013).

Os dados cadastrais de um usuário de telefonia concernem às informações privadas do cidadão e, por isso, ensejam por proteção jurídica, as quais, via de regra, devem ficar distantes da interferência do Poder Estatal. Seu acesso pelas autoridades competentes deve exigir motivo justo e ser *conditio sine qua non* para a investigação criminal: “Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas (Lei 9.472/97)”.

No entanto, conforme o artigo 17º da Lei 9.613/98 (incluído pela Lei 12.683/12 – Lavagem de dinheiro) e o 15º da Lei 12.850/13 (Organização criminosa), que expõem exatamente o mesmo conteúdo, não há necessidade de mandado judicial para obtenção desses dados perante as operadoras de telefonia, contrariamente ao processo de interceptação telefônica:

O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (BRASIL, 2013).

É relevante destacar que ante a possibilidade de lesão aos direitos constitucionais daqueles indivíduos, sujeitos das investigações, a Associação Nacional das Operadoras de Celulares (ACEL) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5063 junto ao STF, questionando-lhe quanto aos artigos 15, 17 e 21<sup>10</sup> da Lei 12.850/13 e argumentando que estes desrespeitam o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, a Corte Suprema manteve seu entendimento de que:

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. (BRASIL, 2012).

Consoante a esse entendimento, é pacífico na doutrina que, tanto a autoridade policial quanto o *Parquet*, possuem poder requisitório, dando-lhes a discricionariedade de solicitar dados, informações e documentos que lhes auxiliem na elucidação da investigação criminal, como exceção ao Princípio da Reserva Jurisdicional<sup>11</sup>.

Destarte, o objeto da lei n.º 9.296/96 não abrange a quebra do sigilo de dados telefônicos. Como já se manifestou a jurisprudência, a Lei n.º 9.296/96 é aplicável apenas às interceptações telefônicas (atuais, presentes), não alcançando os registros telefônicos relacionados a comunicações passadas. Logo, a quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela lei 9.296/96. Em outras palavras, a proteção a que se refere o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Portanto, diversamente da

<sup>10</sup> Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

<sup>11</sup> Postulado que estabelece os magistrados como esfera única de decisão, onde determinados poderes só podem ser emanados por juizes e não por terceiros, mesmo que eventualmente estes estejam imbuídos pelo dever investigativo.



interceptação telefônica, a quebra do sigilo de dados telefônicos não está submetida à cláusula de reserva de jurisdição. Logo, além da autoridade judiciária competente, Comissões Parlamentares de Inquérito também podem determinar a quebra do sigilo de dados telefônicos com base em seus poderes de investigação (CF, art. 28, §3º), desde que o ato deliberativo esteja devidamente fundamentado (LIMA, 2014. p. 142).

Nesse ínterim, embora o inegável caráter intrusivo da quebra de sigilo telefônico, o direito a intimidade e a vida privada, elencados na Constituição Federal de 1988 no rol de princípios fundamentais, foi superado pelos ditames da segurança pública no Brasil.

## CONCLUSÃO

Diante do que foi desenvolvido neste trabalho, é possível verificar que o medo e a insegurança sentida pela população geram precedentes ao Poder Público, que munido de legitimidade para administrar, legislar, fiscalizar, julgar e punir interfere na seara privada dos cidadãos, muitas vezes, com chancela popular, utilizando-se do argumento do exercício da proteção.

Embora a Constituição Federal de 1988 seja absolutamente clara quando estabelece no artigo 5º que são invioláveis a intimidade, a vida privada, bem como o sigilo das comunicações de dados e telefônicas, o entendimento jurisprudencial e doutrinário é que os direitos individuais não podem sobrepor os direitos coletivos, bem como, não podem servir de proteção ao cometimento de delitos, de maneira que gradativamente é observada uma troca de liberdade por sensação de segurança.

Porém, o que deve ser questionado e quotidianamente vigiado são os limites da cessão de liberdade, os quais são visivelmente estendidos proporcionalmente à necessidade do cidadão de se sentir seguro. Passo a passo, o Estado tem se mostrado mais propenso a interferir na vida privada dos indivíduos, direitos fundamentais conquistados ao longo do tempo parecem em constante risco, deixando transparecer em varias situações características do Estado de exceção que convive dentro do Estado democrático.

Leis cada vez mais rígidas, crescimento acelerado da população carcerária, isolamento social e monitoramento constante são características de uma sociedade dominada pelo medo, onde paulatinamente o Direito Penal tem deixado de ser utilizado em *ultima ratio*.

As pessoas, num reflexo egoísta, buscam por segurança individualmente e não parecem se importar com a utilização exacerbada de medidas excepcionais, ou que deveriam ser, como a interceptação telefônica/telemática, ao passo que não se identificam, em sua maioria, com os intitulados delinquentes ou inimigos da sociedade, em um falso entendimento de que tais ações não lhes atingem ou, mesmo com um discurso sofista de que se nada devem, nada têm a temer, caso sua comunicação seja interceptada em prol da segurança coletiva, por exemplo.

Mas se os devidos cuidados no uso da interceptação telefônica/telemática não forem tomados, quiçá a sociedade logo venha estar diante de um sistema panóptico institucionalizado (STRECK, 1997), sustentado por uma monitoração generalizada, ignorando princípios constitucionais fundamentais como a liberdade, a privacidade e a intimidade. Por isso, há de se ter muito cuidado ao ceder direitos como estes no combate à criminalidade, pois medidas travestidas de legalidade podem funcionar como instrumento de manutenção do poder.

Noutro sentido, em uma sociedade de risco pós-industrial tecnológica, observa-se uma desmedida busca por comodidade, facilidades e interação social em rede. É indiscutível o aumento na qualidade de vida trazido pelo avanço tecnológico, seja na indústria, seja nos serviços, seja pela

comunicação rápida e sem fronteiras possibilitada pela internet. No entanto, associado a isso, tem-se o surgimento de novos riscos advindos da expansão tecnológicas com alcance devastador, que até então não fazia parte da realidade da vida humana.

Nesse contexto, a segurança da informação ganha uma importância enorme, pois se por um lado os indivíduos cedem ao Estado seus direitos em troca de segurança física, por outro lado cedem às empresas privadas sua liberdade e privacidade em troca de poderem fazer parte de uma sociedade digital. Grandes bancos de dados contêm um número infinito de informações de cada usuário de redes sociais, cartões de crédito ou mesmo de aplicativos de música ou jogos, mantendo a sociedade sob um verdadeiro controle virtual, integrantes presos numa teia digital e vigiados eletronicamente por um sistema superpanóptico político-econômico.

Destarte, a sociedade vive ao mesmo tempo sob a égide de leis extremamente rígidas no que se refere à controversa manutenção da ordem e à punições individuais, mas ausentes, flexíveis ou mesmo ineficientes quando se trata de regulamentar a elaboração de contratos de utilização ou termos e condições de uso, impostos abusivamente por empresas privadas aos usuários ávidos por tecnologia.

## REFERÊNCIAS

ABREU, J. S.; ANTONIALLI, D. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil**: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017.

BAUMAN, Z. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, p. 15-23, 2001.

BAUMAN, Z. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, p. 20-103, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicações, 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24/07/96. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26/07/97. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 03/03/98. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da

república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09/07/12. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20/06/13. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02/08/13. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.625, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 23/04/14. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm/). Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Pesquisa Brasileira de Mídia 2016:** Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. (Ibope) Secretaria de Comunicação Social. Secretaria geral. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Operadoras de celular questionam norma sobre fornecimento de dados de clientes.** Publicado em: 22/11/13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254181/>. Acesso em: 24 ago. 2019.

CALLEGARI, A. L.; ANDRADE, R. L. Sociedade do risco e direito penal. *In*: CALLEGARI, A. L. (Org.) **Direito penal e globalização:** Sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 11-44.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venancio Majer. v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASARA, R. R. R. **Estado pós-democrático:** neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COSTA, R. **Sociedade de controle.** São Paulo em Perspectiva, vol.18, n.1, p.161-167, 2004.

CRUZ, M. **A mídia e os formadores de opinião no processo democrático.** São Paulo: Ponto e vírgula, p. 35-51, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **A política criminal na encruzilhada.** Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.20-40; p. 57-83, 2015.

DIGITRO TECNOLOGIA. **Sistema Guardiã.** Monitoração Legal de voz e dados. Disponível em: <http://www.digitro.com/pt/inteligencia/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 31. ed. Petrópolis: vozes, 2006.

- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. São Paulo: Escola de Direito, 2017.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. M.. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o código de 1916 e o novo Código Civil (2002). 4. ed., revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOMES, L. F.; CERVINI, R. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GREGÓRIO, J. O. **A relação entre a mídia e o crime**: Um estudo bibliográfico sobre a mídia, demonstrando como os noticiários retratam o crime violento e as consequências disso para a Segurança Pública. Vitória da Conquista, C&D-Revista Eletrônica da Fainor, v.7, n.1, p.63-72, 2014. Disponível em: [srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/viewFile/267/171/](http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/viewFile/267/171/). Acesso em: 01 mar. 2019.
- GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As mudanças no processo penal**. 9ª ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 135.
- HOLANDA, A. B. de. **Dicionário Aurélio**. Publicado em 24/09/2016, revisado em 27/02/19. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/>. Acesso em: 10 jul. 19.
- IBGE, **Estatísticas do Século XX**, 2003. Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/publicacoes/estatisticas-do-seculo-xx.html/>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- LIMA, R. B. de. **Legislação Penal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2014. p. 142.
- LYRA FILHO, R. **O que é Direito**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, p. 42-43, 1982.
- MANCINI, M. **Internet das coisas**: História, conceitos, aplicações e desafios, 2017. Disponível em: <https://pmisp.org.br/slideshow/2617-internet-das-coisas/>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- MASSON, C. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Método, p. 9-14, 2012.
- MORAES, A. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROXIN, C. **Derecho Procesal Penal**. 25. Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- SILVA SANCHEZ, J. M. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 19-74, 2002.
- STRECK, L. L. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

# O FIM DO DIREITO À IDENTIDADE (E) DO SUJEITO DE DIREITO? UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TEORIA DO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO E A (IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

**Giordano Leonardo Alves**

Graduando em direito (PUC Minas)

**Stephanie Rodrigues Venâncio**

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Escola Superior Dom Helder Câmara)

## INTRODUÇÃO

Rubens Casara (2017) identifica na pós-modernidade, através da situação política brasileira, o surgimento daquilo que ele definiu como Estado Pós-democrático, sendo este não a superação do Estado Democrático de Direito, muito menos uma forma de violar as limitações de poder, pois institui um desvanecer do desejo de criar tais limites. No Estado Pós-democrático ocorre o desaparecimento dos valores democráticos que defendiam direitos dos cidadãos, por serem “obstáculos para o projeto neoliberal e por isso descartáveis” (ALVES; NATAL, 2018).

Logo, as instituições democráticas são meramente formais “uma vez que as decisões são tomadas por uma elite que detém o poder econômico” (ALVES, NATAL, 2018, p. 34). Este Estado surgiu na modernidade junto com o neoliberalismo e com os meios de comunicação globalizados, que transformam tudo em mercadoria, que tornam possível a expansão do mercado sem as “amarras” dos direitos.

É aquele que, por meio da transformação das pessoas em sujeitos meramente produtivos, anula aqueles que não consomem ou produzem. Enfim, é a relativização das garantias democráticas que poderiam efetivar direitos intrínsecos aos cidadãos, uma vez que “o Estado não aparece mais como a única fonte de direito [...]” (CHAVALLIER, 2009, p. 14), e nesse caso não se torna mais plural, pelo fato de o mercado tornar-se “o eixo orientador de todas as ações” (CASARA, 2017, p. 34).

Portanto, observa, o trabalho tem por objetivo apresentar o direito da personalidade como verdadeiro “o direito da pessoa de defender o que é próprio, como a identidade” (DINIZ, 2011, p. 133), bem como a relação deste na modernidade, sem se esquecer do objetivo de apresentar o risco do desaparecimento desses direitos em especial nas comunidades LGBTQI, dos negros e suburbanos, diante desse quadro de subjugação dos sujeitos, e dos direitos da personalidade, frente a uma Estado que desconsidera a própria identidade do sujeito, eis que direcionado pelas práticas mercadológicas do consumo e do capital.

## O ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito significou um aperfeiçoamento do paradigma de Estado do Ocidente, na segunda metade do Século XX. Ao ultrapassar os notórios paradigmas anteriores – o Paradigma Liberal e o Paradigma Social -, ambos com falhas imanentes e imperiosas, o Estado Democrático trazia em sua estrutura fundante e de desenvolvimento primário, uma junção das partes mais completas e potenciais para se garantir direitos, dos paradigmas anteriores.

Além disso, este paradigma não se conformou por ser meramente um sincretismo dos dois paradigmas anteriores. Pautado no sentido da democracia, esse conceito paradigmático, no caso brasileiro, envolve o diploma constitucional de 88 ao ressaltar a importância do povo e da concretude deste paradigma depender do poder emanado deste.

A Constituição de 88 reforça a forma como o exercício de escolha dos representantes do Estado neste paradigma ou como o próprio povo é responsável e destinatário pelos critérios decisórios de formação do Estado contido nesse paradigma. Assim, de maneira sintética, o Estado Democrático de Direito pode ser definido como:

Estado Democrático de Direito é uma sociedade política comandada por representantes eleitos pelos cidadãos dessa sociedade que tem por função zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais (CHAGAS, 2012, p. 53).

Na concretude deste paradigma, uma possibilidade de formação de um espaço para o ser humano, afastado de quaisquer diferenciações discriminatórias, seria possível. A lei, nesse paradigma, constituísse simbolicamente como um mecanismo que mantém esse espaço e transforma o conteúdo do próprio Estado, por meio da visualização constante da atuação deste último de acordo com os critérios deste paradigma (STRECK; MORAIS, 2006).

Essa lei “fiscalizadora” e “mantenedora” desse paradigma seria a Constituição Federal, no Brasil, a de 88. Nesta e por esta, o Estado é “[...] limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado” (CANOTILHO, 2002, p.231).

Por fim, duas caracterizações são cruciais para a formação do Estado Democrático de Direito: A ideia de dignidade da pessoa humana e as defesas às garantias e direitos fundamentais neste paradigma.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo dinâmico desse paradigma. Sem a sua implementação, desenvolvimento e manutenção, esse paradigma é inexistente. Esse princípio fundante, devido a sua importância, ganha inúmeros pontos de proteção e de expansão e, pode ser definido na brilhante conceituação a seguir:

“[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET 2007, p. 383).

No caso dos direitos e garantias fundamentais, esses podem ser considerados como os direitos principais, defendidos pelo texto constitucional da ingerência e dos arbítrios do Estado e de terceiros, dos quais qualquer pessoa, sem exceção, pode usufruir e ter promovido para a sua existência. Sem esses direitos e garantias, e a possibilidade de se ter acesso a esses e de efetivá-los, não é possível imaginar um cidadão introduzido nesse paradigma de Estado.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo” [...] (MORÃES, 2005, p.17).

Após a segunda guerra mundial e com a assinatura e estruturação de inúmeros diplomas internacionais, a construção de um paradigma democrático e, mais importante, com a incidência

desses diplomas nas Constituições, o Estado Constitucional se tornou uma figura prevista para tal paradigma.

No entanto, por questões internas e externas ao desenvolvimento jurídico, no início da década de oitenta e com o fim dos “anos dourados”, que eram “[...] resultado da adequação do processo de acumulação capitalista no avanço da luta dos trabalhadores” (MARICATO, 2009, p. 3), esse paradigma foi, mesmo tendo acabado de sair do berço, posto em crise. A expansão de políticas e de um modo de vida conhecido com a alcunha “neoliberal”, sobre o viés de uma nova forma de contato tecnológico e social com o mundo denominado como “globalização”, características sensíveis do Estado Democrático de Direito, passaram a entrar em conflito com setores sociais que não privilegiavam a sua promoção de direitos.

Lado outro, ocorre, por intermédio dessas novas dinâmicas mundiais, além de uma crise do paradigma, uma crise na própria modernidade.

[...] a crise da Modernidade vincula-se diretamente aos desequilíbrios entre os elementos que a compõem, sendo que o direito, colonizado pela racionalidade científica, esvazia-se de seu conteúdo emancipatório original (em relação ao paradigma da Modernidade) para se tornar um mecanismo de reprodução regulatória dos pilares do mercado e do Estado (THEODORO FILHO, 2005, p. 233).

Essa crise na modernidade avançou para o paradigma democrático e “[...] abriu as comportas dos sistemas monetários e financeiros de cada capitalismo nacional” (OLIVEIRA, 2007, p. 25). Paradoxalmente, essas aberturas globalizantes que haviam permitido a entrada dos princípios dos diplomas internacionais nos ordenamentos nacionais, perpetuou a crise interna desses mesmos sistemas internos.

O deslocamento do sistema capitalismo de uma dinâmica produtiva para a financeira trouxe consigo a questão do financiamento do Estado e da dívida pública para o centro do debate político na atualidade. Mas, além disso, colocou a questão da legitimidade democrática, da transparência e/ou do déficit democrático existente no funcionamento das instituições responsáveis como pontos que não podem ser ignorados por sociedades balizadas pelo ideal do Estado democrático de direito (AMARAL, 2019, p. 59).

Isso significa duas coisas: “O Estado se afirma como pré-requisito indispensável para funcionamento permanente do sistema do capital [financeiro] [...]” (MESZÁROS, 2002, p. 108-109); e o objetivo último deste “Estado capitalista [que] funciona como nação” (POULANTZAS, 2000, p. 94-98 apud AMARAL, 2019, p. 62) não é a efetivação e o compromisso com a dignidade da pessoa humana e a efetivação de direitos e garantias fundamentais, e sim com o capitalismo financeiro.

Por isso, no século XXI pensar o Estado Democrático de Direito por completo é questão ambígua. As relações entre o neoliberalismo e essas políticas capitalistas globalizantes com tal paradigma afastam-no de sua tarefa por excelência, sua razão de ser, seu núcleo conceitual de existência. Em outras palavras, se privilegia os aspectos de desenvolvimento, evolução e perpetuidade do capitalismo financeiro e se coloca em um campo secundário a tarefa primordial deste paradigma.

É a crise do Estado Democrático de Direito e a aparição daquilo que pode ser nomeado como Estado Pós-democrático de Direito. Essa teoria cunhada por Rubens Casara (2017) observa que a razão de ser do sistema neoliberal transforma a totalidade das relações, das pessoas e dos objetos em uma relação de mercadoria.

Significou uma mudança de interesses. Se o paradigma democrático afastou os regimes ditatoriais e totalitários anteriores à década de oitenta, e limitou a plenitude de atuação do Estado à Constituição e à sua proteção perante a pessoa dotada de dignidade, esse objetivo determinou

um problema na postura de vida neoliberal: as garantias e direitos fundamentais “[...] passaram a obstruir as taxas de lucro do sistema capitalista. Com isso, o Estado Pós-democrático emergem para atuar em nome dos interesses de multinacionais e na liberdade ilimitada do capital” (ALVES; NATAL, 2018, p. 337-338).

“O que há de novo na atual quadra histórica, e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer estes limites” (CASARA, 2017, p. 21). Casara (2017), ressalta que a ideia de pós-democracia já ganhava os holofotes de autores atuais como Robert Dahl e Arend Lijphart, e, essas perspectivas, pautadas na reflexão do declínio da democracia populista e representativa, são bases para se conceituar a crise do paradigma democrático.

Nesses moldes houve uma relativização da proteção dos direitos fundamentais pois estes impediam cortes importantíssimos da folha estatal, bem como não permitiriam a abertura do capital para o seu desenvolvimento que poderia vir a ferir ditames singulares do ordenamento constitucional. De outra maneira, os princípios e a forma de desenvolvimento do capitalismo financeiro não era compatível com as promessas e as defesas que o paradigma democrático propunha para as pessoas que estavam sobre a sua tutela limitada pela Constituição e, por isso, capaz de efetivar direitos e não de relativizá-los.

Por isso a crise deste paradigma gerou o Estado Pós-democrático de Direito. O fato de a dinâmica neoliberal ser o combustível da globalização e do capitalismo financeiro no mundo, condicionou a formação de uma crise de um paradigma incapaz de suprir as necessidades dessa conduta de vida, de método de produção contemporâneo. Os direitos fundamentais eram observados como uma barreira ao projeto do neoliberalismo, e, ao serem relativizados, tanto a retirada deste obstáculo, quanto a possibilidade do Estado aumentar sua eficiência punitiva, no Estado Pós-democrático (CASARA, 2017).

“Em nome do mercado, os limites democrático do exercício do poder, principal característica do Estado Democrático de Direito” (ALVES, NATAL, 2018, p. 338), perdem conteúdo. Não mais se limita o poder, uma vez que, no Estado Pós-Democrático “[...] desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os valores democráticos” (CASARA, 2017, p. 21-22).

Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que na pós-democracia os valores democráticos não desaparecem (CASARA, 2017, p. 21-22). E, nesse sentido, “[...] quando desaparece qualquer preocupação até com a mera aparência democrática, o passo decisivo em direção ao novo já foi dado” (CASARA, 2017, p. 15).

Na pós-democracia o significante “democracia” não desaparece, mas perde seu conteúdo. A democracia persiste como uma farsa, uma desculpa para o arbítrio, como uma senha que autoriza o afastamento de direitos. Em nome da “democracia”, na pós-democracia rompe-se com os princípios democráticos. A democracia torna-se vazia de significado, o que guarda relação com o “vazio do pensamento” inerente aos modelos em que o autoritarismo acaba naturalizado (ALVES; NATAL, 2018, p. 339).

Nesse diapasão,

O mercado tornou-se o eixo orientador de todas as ações, uma vez que foi elevado a núcleo fundamental responsável por preservar a liberdade econômica e política. Os bens, as pessoas, os princípios e as regras passaram a ser valorizadas apenas na condição de mercadorias, isto é, passaram a receber o tratamento conferido às mercadorias a partir de seu valor de uso e de troca. Deu-se a máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites (CASARA, 2017, p. 39-40).



Outra referência do autor em uma entrevista ressalta como o capitalismo (e no caso o capitalismo financeiro), afeta o funcionamento democrático.

O capitalismo sempre impôs constrangimentos ao funcionamento de um regime democrático. A igualdade que sustenta o conceito de democracia choca-se com a desigualdade produzida necessariamente pelo modelo capitalista. Uns chegam a falar em incompatibilidade entre o projeto capitalista e a democracia, enquanto outros passam a defender uma “democracia domesticada”, em que tudo aquilo capaz de produzir atrito com a ordem capitalista acaba eliminado. Nesse novo livro, sustento a hipótese de que a democracia, que antes já havia sido transformada em mercadoria, se tornou um obstáculo ao projeto neoliberal. Os limites e constrangimentos democráticos, típicos das Constituições do Pós-Guerra, tornaram-se fatores de instabilidade para o mercado e à livre circulação do capital, razão pela qual, em nome da manutenção do capitalismo, precisam ser “relativizados” ou descartados (CASARA, 2017).

Nesse sentido, a razão da totalidade do mundo e do governar tornam-se mercadoria no neoliberalismo. E, “[...] um Estado Pós-Democrático, [...] do ponto de vista econômico, retoma com força as propostas do neoliberalismo [...] que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal” (CASARA, 2017, p. 16-25) que não respeita os direitos fundamentais daqueles que não se adequam à produtividade e a função de mercadoria desta lógica de vida.

Não se pensa esse modelo como um caminho de crise paradigmática. A crise funciona como um paradigma, como uma forma de governar indivíduos, e o Estado Democrático/Constitucional, caracterizado pelos limites enrijecidos do poder estatal, não consegue explicar as relações de governo atuais (CASARA, 2017, p. 16).

O Estado Pós-Democrático chegou como novidade e, por não ser amparado como crise e sim como modelo governamental, assim como nos aparelhos democráticos os sistemas autoritários se mantinham, nele, a nova forma de gestão de pessoas chegou, “[...] o que não significa que todos os resquícios do estado Democrático de Direito desapareceram. É justamente a permanência de alguns institutos e práticas do Estado Democrático que leva à ilusão de que ele ainda existe” (CASARA, 2017, p. 15).

Se essa ilusão existe, ela maquia a identificação entre o poder político e o poder econômico e “[...] dociliza aqueles que acreditam que se está no marco do Estado Democrático de Direito” (CASARA, 2017, p. 15). Com essa “máscara” se faz desaparecer o conflito “[...] de interesses entre os projetos do poder político e os interesses privados dos detentores do poder econômico” (CASARA, 2017, p. 183). E ao se tornar indistinto esses interesses, o Estado se utiliza do poder penal para, diferente do que alguns liberais poderiam pensar de um espaço de “livre mercado”, se revelar “[...] um Estado forte e com tendências arbitrárias, possivelmente o Estado menos sujeito a controle desde a criação do Estado Moderno” (CASARA, 2017, p. 25-26).

“O poder político torna-se subordinado, sem mediações, ao poder econômico: *o poder econômico torna-se o poder político*” (CASARA, 2017, p. 183). Nessa lógica de Estado, a liberdade do poder penal nutre o interesse dos detentores do capital e termos e princípios fundamentais do Estado Democrático como “liberdade”, “justiça”, “identidade” e “dignidade”, tornam-se “[...] mercadorias com pouco valor de uso, perdem prestígio” (CASARA, 2017, p. 92).

Sequer se pode dizer que se violam direitos e garantias fundamentais, direitos da personalidade, dentre outros. Por seu pequeno valor dentro desse sentido econômico paradigmático que engoliu e tornou-se a política, o sentimento de seu descumprimento não mais assusta: é a normalidade para extratos consideráveis da população.

Em suma, se analisa que,

[...] os sintomas pós-democráticos estão presentes na sociedade, da mercantilização do mundo à sociedade do espetáculo, do despotismo do mercado ao narcisismo extremo, da reapropriação entre poder político e poder econômico ao crescimento do pensamento autoritário, sempre a apontar na direção do desaparecimento dos valores democráticos e dos correlatos limites rígidos ao exercício do poder. [E, deste modo] Estado Pós-democrático, a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. (CASARA, 2017, p. 22).

Como, em meio a esse paradigma, importantes ramos do direito se desenvolvem? Como, no que se intenta o presente trabalho, pode-se considerar os direitos da personalidade e, em seu interior, o direito à identidade, se na pós-democracia não se considera importante os direitos e se massifica os comportamentos, globalizando-se personalidades e desconsiderando ou excluindo o “outro”, a diferença? Essas perguntas serão problematizadas a seguir.

## **BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A RELEVÂNCIA DO “SUJEITO DE DIREITO”**

Uma das tentativas de vitória sobre os paradigmas anteriores, do Estado Democrático de Direito, é o desenvolvimento e a tentativa de transformar, com ampliações e garantias jurídicas, sobre as formas de efetivação dos direitos da personalidade.

O termo “personalidade” não é novo, embora somente com a vigência de códigos legislativos como o Código Civil de 2002 e a Constituição da República de 88, esse termo ganhou uma evidência maior no ordenamento. Personalidade pode ser definido como “Qualidade pessoal. Caráter essencial e exclusivo de uma pessoa.’ Opõe-se à acepção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma do ente” (DICIONARIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 1987, p. 1321).

Sousa (1995), indique “[...] personalidade como a aptidão para ser sujeito de direito, ou seja, sujeito de atribuição de direitos e obrigações (art. 1º, do Código Civil Brasileiro) é bastante limitado”.

Na esfera jurídica, esse termo precisa ser melhor especificado para a sua estrutura entrar em consonância com a análise, é dizer, como direito. Nesse espaço, a personalidade é tratada como um bem jurídico, e, como bem jurídico é um atributo da pessoa humana (TARTUCE, 2011), e, dessa maneira, os direitos da personalidade seriam um bem jurídico que, de acordo com as teorias civilistas, emana da personalidade jurídica dos sujeitos (FILHO; STOLZE, 2017).

Dado essa ideia, é necessário conceituar os direitos da personalidade. Barreto (2005) considera os direitos da personalidade como uma expressão específica da pessoa humana sobre critérios subjetivos de sua própria individualidade, no resguardo constante em relação a sua integridade física e intelectual, bem como na proteção a sua integridade psicológica e mental, seja durante a sua existência, ou mesmo após a sua morte. Os direitos da personalidade são os critérios mínimos para se resguardar e assegurar a dignidade da pessoa humana e a ampliação constante da personalidade do ser humano.

Nesse diapasão, e para um reforço do conceito,

Consideram-se como direito da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tornada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2008, p. 1).

Na dinâmica do paradigma democrático, os direitos da personalidade, como reforça Hogemann (2008), os direitos da personalidade, em verdade, ganham um plus: eles emanam da

dignidade da pessoa humana. Entender esse princípio norteador do ordenamento jurídico em sua totalidade de fundação, de validade e de aplicação, é trazer à baila a importância do paradigma democrático para os direitos da personalidade.

Difusos por todo o ordenamento, e necessariamente permitem o alcance da dignidade da pessoa humana na estipulação de princípio e no guia para, em critérios subjetivados dos sujeitos de direito, fazer com que esse princípio seja respeitado na doutrina e na dinâmica, principalmente, civilística.

Em uma reciprocidade no ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito, possibilita a expansão dos direitos da personalidade, na medida em que os direitos da personalidade são caminhos para a concretização desse princípio no mundo dos fatos.

É dizer, o entrelaçamento entre esse conceito ampliado da dignidade da pessoa humana e com os direitos da personalidade, é fundamental para se compreender a importância do paradigma democrático para o fomento e reforço destes direitos. Assim, considerar os direitos da personalidade fora deste paradigma, significa, ou diminuir a sua efetividade e concretude, ou mesmo leva-los ao limbo do esquecimento legislativo e jurisprudencial, ou a uma definição tão somente de legislação ou constitucionalização simbólica. Os direitos da personalidade se engendram desde o artigo 5º, caput da Constituição Federal, e estão diluídos e em constante relação com os direitos fundamentais desse artigo constitucional.

Por não possuir uma conceituação legislativa, tão somente estipulada no critério doutrinário, os direitos da personalidade são ampliados ou reformados, os direitos da personalidade possuem uma complexidade que o mimetiza aos direitos fundamentais, uma vez que o primeiro depende da concretude dos últimos para ser possível no âmbito individual (CRUZ, 2018).

Deste modo, “[...] ao tratar de direitos da personalidade, cabe ressaltar que não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade” (PEREIRA, 2007, p. 237). Seguindo essa linha, a variabilidade deste direito incorre de acordo com a vida diversidade e a pluralidade do ser humano e do sujeito de direito, e deste modo, da personalidade é que “[...] irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações” (PEREIRA, 2007, p. 238).

Em contrapartida a essa ausência legislativa de conceitual, os “direitos” à personalidade e as suas características em muito são demonstradas no código civil de 2002. No artigo 11 caput do Código Civil está disposto:

Art. 11. O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. (BRASIL, 2002).

Como dispõem Szaniawski (2005, p. 187) citado por Almeida (2012, p. 40), ao indicar outro artigo do código civil que teria relação com os direitos da personalidade, mais especificamente o art. 15, no qual inúmeros outros direitos como o à saúde se tornam direitos da personalidade.

Em suma, antes de se delimitar de maneira concreta o direito à identidade, se coloca a seguinte afirmativa: No objetivo de chegar a um conceito de direitos da personalidade, é preciso considerar o homem, individualmente, com suas necessidades particulares, e também analisá-lo sob a ótica das ciências sociais, na condição de parte integrante de uma sociedade, pois a sociedade é indispensável na formação da personalidade humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 188).

## O direito à identidade na estrutura constitucional

O direito à identidade é provavelmente o direito mais individual e subjetivo do sujeito de direito na ótica do Estado Democrático de Direito. Ao ser considerado como gênero de uma série de direitos de cunho personalíssimo, o direito à identidade torna-se um englobado de garantias de exercício da personalidade, ou melhor, como uma forma de salvaguarda de que esse bem jurídico possa se efetivar.

Considerar a identidade é individualizar, e, ao individualizar, se torna possível permitir ao ser humano exercer sua personalidade e suas vontades, desde que no respeito incondicional ao ordenamento, de acordo com seus critérios subjetivos. O conceito jurídico de identidade “[...] surge no contexto social como forma de individualização da pessoa humana e como forma de segurança dos negócios e da convivência familiar e social; interessando não só à pessoa como também ao Estado e a terceiros” (SILVA, 2008, p. 47). A concepção original do chamado direito à identidade pessoal, formulado a partir de decisões judiciais italianas na década de 1970, teve pouca receptividade entre nós, mas o tema hoje ganha destaque no cenário nacional a partir da expansão do seu alcance, despertando grande resistência e controvérsia sobre algumas de suas manifestações.

Desde o direito a não ter sua imagem utilizada fora de contexto até a proteção das terras indígenas e quilombolas, da defesa contra a indústria das *fake news* à liberdade de orientação sexual, da criação de perfis falsos na rede ao direito ao esquecimento no caso de transexualidade, há limites ao direito à identidade pessoal? (KONDER, 2018, p. 1).

A identidade pessoal, além do seu conceito jurídico, abarca inúmeros campos do conhecimento científicos. Desde a identidade nacional à identidade cultural, indo para a identidade social, a interdisciplinaridade do conceito é aceita e significa o núcleo para o seu entendimento (CHOERI, 2010, apud SILVA, 2008). “Assim, ao direito à identidade pessoal, corresponde, invariavelmente, o direito ao reconhecimento dessa identidade que, quando inexistente ou defeituoso, implica claramente uma lesão à dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2008, p. 5).

As espécies do direito à identidade, que já se aloca como uma espécie de direito da personalidade, são os direitos ao nome; à imagem; à honra. Nesse sentido, inúmeros diplomas legislativos como a Lei de Registros Públicos (6.015/73), o código penal (no capítulo quinto “Dos Crimes contra a Honra”), e o próprio Código Civil de 2002.

O direito ao nome tem por natureza jurídica a sua “[...] designação pela qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade [...] e apresenta caráter público e privado” (GONÇALVES, 2003, p. 51). O registro ao nome civil e a sua redesignação em casos específicos, como para os transexuais, bem como o direito à obtê-lo no nascimento, são essenciais a esse direito.

O direito à honra, na Constituição de 88 em seu artigo 5º, inciso X (bem como à imagem), se coloca como inviolável e pode ser conceituado como “[...] cláusula geral de personalidade (decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana), [...] e inserido em ambiente histórico-cultural bastante diverso daquele cujas normas foram editadas pelo Código Civil de 1916” (JÚNIOR, 2013, P. 13). Por fim, o direito à imagem pode ser considerado como aquele que “[...] confere à pessoa a faculdade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na utilização” (TEFFÉ, 2017, p. 175).

Inclusive, de acordo com a sistemática garantista do paradigma democrático, já se apresentam trabalhos e perspectivas nas quais se coloca os direitos da personalidade como uma espécie, um derivado de direitos fundamentais. Com um interesse de defendê-los no diploma

constitucional, se colocam esses direitos em uma necessária expansão de sua hierarquia e de sua proteção, uma vez que aloca-los em analogia aos direitos fundamentais fariam com que o seu respeito fosse inalienável perante a qualquer tentativa de relativização.

Se “[...] a dignidade da pessoa humana é o ápice da fundamentação do novo conceito de pessoa advindo do novo direito constitucional, assim, a personalidade, qualidade inerente à pessoa desde seu nascimento e a esta indissociável”, (ALVES; BORCAT, 2013, p. 6), a importância da personalidade e, em decorrência, dos direitos provenientes da personalidade, são trazidos a uma nova tutela.

Como observado na fundação dos direitos fundamentais, no caso em seu viés de primeira geração, se busca uma proteção de preceitos incluídos aos interesses da personalidade, contra o violador Estado, como a liberdade e a privacidade, e, mesmo, a individualidade (ALVES; BORCAT, 2013). É a defesa aos bens juridicamente tuteláveis contidos, também, no leque da personalidade.

Compreende-se, então, que a construção da teoria dos direitos da personalidade se confunde com a construção dos direitos fundamentais, porém, somente adquire força a partir da consagração da dignidade da pessoa humana, que coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico. Por conseguinte, a proteção dos valores fundamentais do homem contra agressões externas, como as do Estado, passou a ser repensada e, assim, a personalidade humana passou a ser protegida por meio de direitos subjetivos constitucionalmente orientados pela concepção da dignidade da pessoa humana. Portanto, não obstante a conexão entre a ideia de dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais existia desde os primórdios da história do Estado de Direito, e esta relação somente se explicitou de forma definitiva na segunda metade do século XX (ALVES; BORCAT, 2013, p. 8).

A questão, como já deve ter sido apresentada de maneira implícita é: Se existe uma dependência imanente dos direitos da personalidade (e assim, do direito à identidade), ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como estes, e o sujeito de direito que deveria ser portador destes, podem ser considerados se tal paradigma tiver sido suplantado, ou transpassado no século XXI, por intermédio das novas dinâmicas que mimetizam o jurídico e o político com práticas econômicas e financeiras homogeneizantes, que privilegiam não direito, e, em verdade, aspectos de lucratividade e de utilidade dos sujeitos?

## **EXISTE O SUJEITO DE DIREITO NO ESTADO-PÓS-DEMOCRÁTICO DE DIREITO?**

Com dito no primeiro tópico, a estrutura jurídica do século XXI não pode ser considerada como baseada em um paradigma democrático de direito. Os ditames constitucionais foram suprimidos, e a transfiguração das promessas, no caso brasileiro, da constituição de 88, se tornaram explícitas quando se observa o interesse mercadológico nas decisões e no modo de pensar o direito.

Com a expansão das formas de comunicações virtuais e com as novas dinâmicas de vida da contemporaneidade, que, por meio do capitalismo financeiro, cunhado como “globalização”, mais homogeneizou formas de viver desejáveis e acabou por excluir, ao invés de cumprir a promessa constitucional de se obter comunidades plurais, o direito e a sua aplicação sofreu uma sonora transfiguração.

Decerto, as novas formas de comunicação modificaram os preceitos do direito à identidade e dos direitos da personalidade. Em especial ao primeiro, a indústria do entretenimento e as formas de se comunicar virtualmente e em rede dispersaram um conceito concreto daquilo que se pode ser considerado como identidade e de algum sujeito de direito que pode portá-la. A forma

de se individualizar os sujeitos passa por um paradoxo: enquanto é possível se desvencilhar de um conceito fechado de identidade, essa mesma fluidez de conceitos precisa suprir expectativas desejáveis dentro dos seus nichos de difusão.

É dizer, embora se indique que exista uma profusão de identidades fluídas, essas estão restringidas à expectativas criadas em determinados aspectos, então, do homem se espera determinadas atitudes que se enquadram a uma identidade que talvez não pertença a ele e que, por mais fluída que aparenta ser, se fará expectativas que irão formar “bolhas de identidades” nas redes de relações atuais.

A identidade se torna instável (BAUMAN, 2005), e se aparecia para como uma substituição da comunidade, defini-la nos tempos atuais é de dificuldade constante. Não mais se procura definir uma identidade, e se torna um valor ampliar a sua ambivalência (MOCELLIM, 200). De outra maneira, a identidade modificada pelo contexto relacional contemporâneo, perde qualquer significado capaz definir, inclusive por meio de suas variações como nome, honra e imagem, a solidez de definição, aliás, de um sujeito de direito determinado.

A transformação da identidade que na virtualidade das redes fluí em uma constante mutabilidade (não se possui mais um nome concreto, uma imagem definitiva, muito menos critérios de honra) demonstra de que não mais existe, para um sujeito, tão somente uma identidade. “As identidades estão em constante trânsito, provenientes de diversas fontes, quais sejam aquelas disponibilizadas por terceiros ou acessíveis através de nossa própria escolha.” (MADALENA, 2013, p. 1).

Contudo, o que poderia ser considerado uma vitória do século XXI, ao escapar das imposições que um conceito fechado de identidade pode conter por motivos avulsos a essa identidade (classe social, determinações culturais), acaba por guardar um problema nessa mutabilidade. Essas identidades, frutos desse tempo, em constante movimento, reforçado pela forma como a virtualidade “[...] permite a fácil entrada e saída de sujeitos e que lá, também, assumem identidades ou reforçam a construção da existente” (MADALENA, 2013, p. 1) precisam se alinhar a uma escala de consumo de “produtos” que formam essas cascas de identidades. Ou seja, somente haverá uma identidade válida, se essa estiver em molduras que são visíveis para a estrutura que define a ordem e o caos, que liquefez barreiras éticas de comunidades inteiras: o próprio mercado de produção e consumo. “Numa época em que as tradições, a religião, a política são menos produtoras de identidade central, o consumo encarrega-se cada vez mais de uma nova função identitária” (LIPOVETSKY, 2007, p. 44-45).

A experiência da identidade se torna uma experiência mercantilizada, como se essa fosse um produto que se usa e se descarta. “Num mundo como este, as identidades podem ser adotadas e descartadas como uma troca de roupa” (BAUMAN, 1998, p. 112-113). E nesse caminho, o problema não é mais ter uma identidade, mesmo que essa seja comprada, e sim o problema de que essa venha a “aderir depressa demais ao corpo” (BAUMAN, 1998, p. 114).

Em vista da volatilidade e instabilidade intrínsecas de todas ou quase todas as identidades, é a capacidade de ‘ir às compras’ no supermercado das identidades, o grau de liberdade genuína ou supostamente genuína de selecionar a própria identidade e de mantê-la enquanto desejado, que se torna o verdadeiro caminho para a realização das fantasias da identidade. Com essa capacidade somos livres para fazer e desfazer identidades à vontade. Ou assim parece. (BAUMAN, 2001, p. 98).

Nesse sentido, “as próprias identidades passam a ter características similares aos bens de consumo. Passam a ser identidades transitórias, descartáveis e dispensáveis após a satisfação” (MOCELLIM, 2008, p. 25) e perde o caráter de direito. Ou mais alarmante, não tem por objetivo a concretude de ser vista como direito.

Aqui se capta uma relação e afastamento com a perspectiva do Estado Pós-democrático de direito, bem como com os direitos da personalidade do sujeito de direito, respectivamente. Se no Estado Pós-Democrático os limites do exercício do poder são desconsiderados, os valores democráticos também se perdem, e, com esses, as proteções de princípios e processos desse mesmo sistema político-jurídico.

Em outras palavras, termos como “sujeito de direito”, “direitos da personalidade” ou “direito à identidade” possuem valor meramente formal, nos resquícios do Estado Democrático de Direito que foi transpassado com o desembocar do sistema econômico do capitalismo financeiro. Enquanto concretude, esses valores desapareceram da estrutura paradigmática atual e a impossibilidade do exercício pleno destes dá-se em duas vias: a) o Estado não garante espaços para a sua efetivação concreta, uma vez que não mais valoriza o exercício desses direitos, muito menos protege os indivíduos para a sua efetivação; b) aliado ao sentido de mercadoria dado às coisas, aos direitos e às pessoas, este Estado mantém a lógica do neoliberalismo e permite que esses direitos apenas apareçam enquanto exercício, não diante da liberdade do sujeito de direito efetivá-lo, mas enquanto meramente um exercício voltado à reprodução do capital.

Uma vez que o capitalismo financeiro encontra problemas para a sua expansão com as limitações democráticas, tornar o exercício de derrocada dessas limitações um exercício de normalidade estatal paradigmática, é função que consegue perpetuar sua lógica. (CASARA, 2017)

De tal maneira, se mesmo os direitos fundamentais que deveriam estar protegidos pelo arcabouço de um diploma jurídico crucial, senão o mais importante para um paradigma democrático – a Constituição brasileira –, o que dizer dos direitos da personalidade, mesmo se elevados a uma condição de direito fundamental?

No Estado pós-democrático, os direitos da personalidade não se abrem a um exercício pleno, embora ganhos formais são vistos, como decisões de cunho individual nas altas cúpulas do judiciário brasileiro.

Por isso o foco é captar a impossibilidade do exercício, não a feitura legislativa ou jurisprudencial de tal direito. A formalidade no estado pós-democrático talvez seja mais cruel, pelo fato de ser subjacente. Novamente um crucial exemplo, um transgênero consiga a mudança de seu nome civil sem a redesignação sexual, como dizer que essa pessoa que seria passível do exercício pleno dessa espécie de direito à identidade (o direito ao nome), consegue fazê-lo, se circunstâncias extrajurídicas o impedem?

E, se o sistema político-jurídico que deveria não apenas abrir o espaço formal da criação de um direito, mas fomentar de maneira interdisciplinar mecanismos e ambientes democráticos passíveis da efetivação concreta desse direito, não traz mais para si a responsabilidade para tanto (por não mais se importar com um sujeito dotado de direito, e sim com um sujeito dotado de poder de consumo), como observar que a identidade e o sujeito que poderia portá-la (sem a sua transformação constante e fluída) são respeitados nesse paradigma?

Se o poder do espaço político, ambiente da pluralidade, na pós-democracia, se subordina ao espaço econômico e princípios democráticos possuem pouco prestígio para a sua dinâmica (CASARA, 2017), o exercício desses direitos, se fora dos interesses da expansão do capital econômico, são desconsiderados, ou, no máximo homogeneizados. Se nesse paradigma o Estado “trabalha” para a iniciativa privada, desprendendo qualquer limitação de sua atuação para reprimir focos dissidentes da dinâmica de seu mandante, e se os princípios e direitos democráticos podem impedir, como dito, a perpetuidade do capital, sobre a égide do Estado Pós-democrático de Direito, um conceito fixo e garantidor da pluralidade de um direito tão subjetivo como a identidade, perde-se sobre essa trama.

Em suma, se não mais interessa a formação de pessoas dotadas de direitos, pelo fato da mudança de paradigma, então não existe motivo plausível para que exista o exercício de direitos como o da personalidade nesse ambiente, pois esses direitos somente se efetivam sobre um paradigma voltado para a democracia. O estado Pós-democrático interessa aos interesse neoliberais, uma vez que a intervenção deste Estado irá garantir a perpetuidade de seus mecanismos, em detrimento da própria garantia da democracia. Esta última, sem conteúdo, se mantém falseada e rompida com qualquer dos seus princípios, está se torna vazia (CASARA, 2017), e em tal caminho, seus princípios e direitos incorrem.

## CONCLUSÃO

Por meio dessa curta análise, se percebe a crise do direito à identidade pelo fato de não mais ser visto o campo democrático no qual o sujeito de direito poderia vir a se manter. Dessa forma, com os princípios e garantias constitucionais ressaltados apenas na formalidade e não no exercício, em um paradigma de Estado pós-democrático de direito, ocorre uma quebra do exercício inclusive dos direitos da personalidade e assim, como dito, do direito à identidade.

O Estado pós-democrático de direito não tem qualquer interesse na efetivação de fundamentos nítidos para que esses direitos se efetivem, e, portanto, não guarda qualquer compromisso com o ideal democrático que seria o campo para que esses direitos fossem levados à sério. Isso, conciliado com a expansão das novas formas fluídas de relações virtualizadas do mundo, incorrem em uma diminuição gradual e efetiva desses direitos.

Portanto, imaginar a forma como esse paradigma é concebido e como se reforça de maneira discursiva que este é capaz de efetivar direitos em que não mais são considerados pelo mesmo não parece fazer sentido. Em tal paradigma, as limitações para o poder do Estado não são vistas, e esse Estado não mais visa a instituição de tais limites que seriam território fértil para um evidente sujeito de direito. Em tal paradigma, os interesses do capitalismo financeiro diluem qualquer panorama democrático pelo fato destes interromperem a explosão dos métodos neoliberais que formam uma indistinção entre político, jurídico e econômico, fazendo dos direitos mais fundamentais do ordenamento, mercadorias de pouco valor.

Assim, direitos como o dá identidade e todos os seus similares, pertencentes aos direitos da personalidade, nesse paradigma, não possuem um sujeito de direito para tutelar, muito menos para servirem de limitação à atuação do Estado, pois esse considera esses direitos de acordo com os objetivos econômicos dos mesmos. E, se esses pouco valor possuem para a evolução do capital, por mais que existam na formalidade legislativa, o seu exercício pleno é impossibilitado, se perpassar por interesse alheios a tal desenvolvimento do capital

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Direitos Fundamentais da Personalidade? **Direito Unifacs**: Salvador, n. 130, 2012. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1464/1146>>. Acesso em: 12 de ago. 2019.

ALVES, Pedro Henrique Dutra Almeida; NATAL; Carlos Eduardo Mathias. Resenha crítica do livro “O Estado Pós-democrático”, de Rubens Casara. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, set./dez., 2018. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br>> . Acesso em: 22 de jul. 2019.

ALVES, Aline Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. **Os Direitos da Personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade**. II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos e



Fundamentais e Inclusão Social da Univem. Marília, 2013. Disponível em: <<https://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>>. Acesso em: 19 de ago. 2019.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. Uma análise da crise do Estado de Direito a partir da ordem monetária. **Revista de Finanças Públicas**, Tributação e Desenvolvimento, v. 7, n. 8, janeiro/junho, 2019, p. 58-78. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/download>>. Acesso em: 25 de jun. 2019.

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. 1.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1.ed. Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista à Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: J Zahar Ed, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed., Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**.1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

CHAGAS, Priscila Mendonça. **O Conceito de estado Democrático de Direito**. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/431/Monografia\\_Priscila%20Mendon%C3%A7a%20Chagas.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/431/Monografia_Priscila%20Mendon%C3%A7a%20Chagas.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 de jun. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 152 p.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1987. v. 3. p. 1321.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. \_O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan./mar. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/pdf>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2. Ed. São Paulo: max Limonad, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

JÚNIOR, Antônio doa Reis. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. **Civilistica**, a. 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Reis-J%C3%BAnior-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 13 de mai. 2019.

LIPOVETSKY, G. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MADALENA, Juliano. Resenha a “Identidade”, de Zygmunt Bauman. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p231.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p231.pdf)>. Acesso em: 22 de set. 2019.> . Data de acesso: 12 de out. 2019

MARICATO, Ermínia. Globalização e política urbana na periferia do Capitalismo. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; JÚNIOR, Orlando Alves dos Santos (orgs.). **As metrópoles e a questão social brasileira**. São Paulo: Revan, 2009.

MOCELLIM, Alan. A questão da identidade em Guiddens e Bauman. Revista eletrônica de Pós-graduandos em sociologia política da UFSC. v. 5. n. 1 (1) agosto/setembro. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/viewFile/13443/12340>>. Acesso em: 12 de set. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas S.A, 2005.

OLIVEIRA, Francisco de. Política numa era de indeterminação: opacidade e reencantamento. In: OLIVEIRA, Francisco de. RIZEK, Cibele Saliba. (orgs.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo. Cap 1, p. 15-48, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.<sup>a</sup> ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 9, jan./jun, 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>>. Acesso em: 12/02/2018.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

TARTUCE, Flávio. Concepção dogmática dos direitos da personalidade. Análise sob o prisma pessoal e patrimonial. A impenhorabilidade do imóvel em que reside pessoa solteira. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: . Acesso em: 24 nov. 2005.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **RIL**, Brasília a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 173-198. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p173.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf)>. Acesso em: 13 de set. 2019.

THEODORO FILHO. Wilson Roberto Theodoro. A crise da Modernidade e o Estado Democrático de **Direito Brasília**, a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p231.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p231.pdf)>. Acesso em: 22 de set. 2019.

# COWORKING: UMA NOVA TECNOLOGIA DE PRODUÇÃO DO ESPAÇO E DE GOVERNABILIDADE

**Guilherme Stefan**

Mestrando em Direito (PPGDir-UFRGS). Bolsista de Mestrado (CAPES).

**Mateus Cavalcante de França**

Mestrando em Direito (PPGDir-UFRGS). Bolsista de Mestrado (CAPES).

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento espacial das metrópoles modernas está fortemente relacionado com uma série de fatores que desafiam a lógica tradicional de regulação do espaço. Nesse sentido as tradicionais discussões sobre regularização fundiária e direito à moradia, por exemplo, vão se complexificando, ao mesmo tempo em que se confundem com a precarização das relações de trabalho (STANDING, 2014) e de novas dinâmicas de produção do espaço.

A problemática suscitada acima pode ser observada, respeitadas as contingências, de diferentes formas em um contexto global. A emergência daquilo que Florida (2002) aponta como sendo uma "economia criativa" está diretamente relacionada com a própria "digitalização da economia" (MALECKI; MORISET, 2008), ou seja, uma multiplicação de formas de produção, organização e distribuição de riquezas que agora são convertidas e se espalham desde (ou dentro do) o mundo digital.

Um ponto de convergência, na perspectiva de uma economia digitalizada, seja das tradicionais questões referentes à regulação do espaço na cidade, da precarização das relações de trabalho ou das condições de vida, parece ser a produção de novos espaços. Esses novos lugares ressignificam e reorganizam a lógica da própria cidade. Bairros industriais abandonados viram centros comerciais com empresas repletas de funcionários temporários e jornadas flexíveis e se formam grandes condomínios fechados repletos do que há de mais moderno em tecnologias de segurança, reforçando a segregação socioespacial (PÁDUA, 2015).

No presente artigo pretende-se focar em uma nova modalidade de produção e regulação do espaço que parece estar em consonância com as características e exemplos mencionados anteriormente. Esse lugar, que também pode ser compreendido como uma prática, tem sido chamado de coworking. De acordo com dados apresentados pela Deskmag em texto de Moriset (2014) já existiam ao redor do mundo mais de dois mil e quinhentos coworkings, locais direcionados ao trabalho em comunidade, com distintas profissões, geralmente oriundos de startups e empreendimentos na área de tecnologia, muitas vezes conjuntos de pessoas que, dada a grande valorização imobiliária e os altos custos operacionais, necessitam reunir-se para viabilizar suas carreiras e empreendimentos.

Os espaços de coworking parecem funcionar como uma alternativa à cidade cada vez mais inacessível para diferentes grupos, ao mesmo tempo que materializa a fragmentação do tempo, comum na jornada de trabalho, em uma nova forma de fragmentação do espaço. Quais são as implicações do coworking, enquanto modelo de negócio e tecnologia de desenvolvimento comercial, no espaço urbano no qual se insere e nas relações entre seus sujeitos?

O objetivo deste texto, portanto, é compreender como o coworking produz impactos na produção do espaço e que tipo de relações de controle são estabelecidas entre os integrantes

desses locais. Aqui, conceitos como o de governamentalidade, produção do espaço e controle social são considerados pertinentes para a abordagem pretendida. O emprego desses conceitos é relevante, por exemplo, para captar percepções sobre como se dá a regulação desses espaços.

Na primeira seção serão abordados de maneira mais detida os principais conceitos e categorias teóricas relevantes para o desenvolvimento do trabalho, bem como no estabelecimento de parâmetros de análise dos resultados da etapa empírica a ser apresentada na segunda seção do texto. Nesse último tópico serão apresentados resultados de pesquisa realizada junto a um espaço de coworking localizado na cidade de Porto Alegre-RS, em que se buscou, através de entrevista e coleta de imagens, evidenciar que tipo de tecnologias de produção e gerenciamento do espaço estavam presentes, bem como elas interagem com as relações pessoais e econômicas ali desenvolvidas.

Enfim, o que se pretende aqui é, pela combinação de categorias teóricas e dados empíricos, compreender melhor como processos sociais complexos atuam na produção de novos lugares nas cidades. Lugares que parecem representativos de uma nova realidade marcada pelo digital, resultado do encontro da tecnologia e da criatividade como formas produção e estruturação dos espaços, mas que não se separa dos tradicionais problemas sociais e, assim, de formas mais ou menos pronunciadas de regulação.

## **PRINCIPAIS CONCEITOS E CONTEXTUALIZAÇÃO**

### **Coworking**

O coworking configura-se no que Clay Spinuzzi (2012) bem definiu no título de sua pesquisa empírica sobre o tema: “trabalhando sozinho em conjunto”: trata-se de espaços nos quais trabalham, individualmente, várias pessoas. Ou seja, vários sujeitos que desempenham tipos específicos de serviço em empreendimentos próprios dividem um mesmo espaço com outros sujeitos, ao invés de possuírem um escritório inteiramente para si. Janet Merkel (2015, p. 121) associa, já no início de suas considerações sobre o tema, o fenômeno do coworking à crise financeira que assolou o mundo a partir de 2007 e 2008. Esse apontamento faz sentido, visto que a crise financeira relaciona-se, em grande parte, ao que Erminia Maricato (2015) define como “crise urbana” (problemas sintomáticos em grandes cidades que passaram por um crescente estágio de crescimento desenfreado, fenômeno analisado pela urbanista na realidade brasileira). Com menor poder aquisitivo e maiores riscos em sua perspectiva de crescimento, acompanhado pelo encarecimento do valor de imóveis em grandes cidades, é tentadora a pequenos empreendedores a possibilidade de dividir os gastos de aluguel e manutenção de um escritório com outros pequenos empreendedores, conforme a Imagem 1.

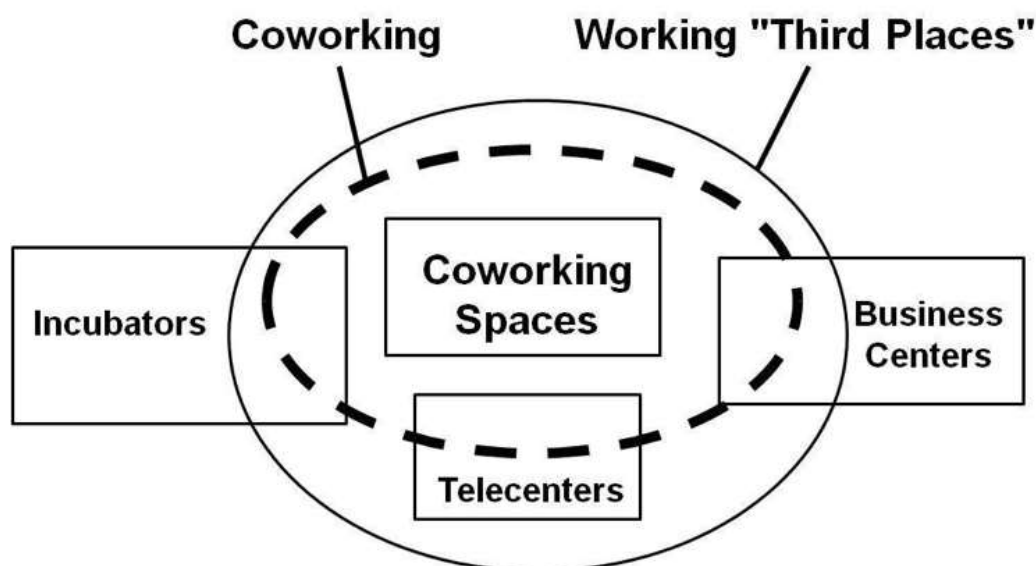
**Imagem 1** – Escritório de coworking



Fonte: SPINUZZI, 2012.

Bruno Moriset (2013, p. 3-5) associa os espaços de coworking sobretudo a atividades criativas e desenvolvidas digitalmente, que não precisam necessariamente de uma equipe, sendo possível de ser desempenhada por um ou poucos indivíduos. Isso também é determinante. Afinal, quanto mais individual e virtual a atividade, menor a necessidade de espaço e maior a disponibilidade para dividir o mesmo escritório com uma série de pessoas. Por envolver sobretudo atividades criativas, o silêncio costuma ser uma norma social importante para a gestão desses espaços (SPINUZZI, 2012, p. 410). Isso também permite que outras tendências configuradas como “novos modelos de negócio” ou formas de trabalho associadas a elas podem usufruir de espaços de coworking como *locus* de suas atividades; além disso, esses escritórios compartilhados acabam tornando-se, também espaços de convivência, que cabe na categoria sociológica de “terceiro lugar” (MORISSET, 2013, p. 6) conforme demonstra o modelo da Imagem 2 elaborado por Moriset (2013, p. 7):

**Imagem 2** – Relação entre espaços de coworking, centros de negócios, incubadoras, formas de teletrabalho e "terceiros lugares"



Fonte: MORISSET, 2013, p. 7.

Assim, os espaços de coworking apresentam-se como internamente fragmentário, tendo uma constituição espacial própria. Para além disso, insere-se, de um ponto de vista “macro”, em um contexto urbano amplo, marcado pelo encarecimento dos preços dos imóveis, o que torna custosos o aluguel e a manutenção de um escritório individual. Por fim, relaciona-se com outras formas de novos negócios (inclusive *startups*), e inclui uma gama de atividades desempenhadas digitalmente, também em diálogo com essa nova realidade trabalhista flexível.

## Governamentalidade

O conceito de governamentalidade, tratado aqui também como governamentabilidade, foi trabalhado por Michel Foucault (1979) na obra *Microfísica do poder*, partindo do contraste entre duas correntes teórico-filosóficas que estudaram a função do "governo": a primeira, consolidada n'*O Príncipe* de Maquiavel, defende que o Estado deve exercer por completo sua soberania, sendo ele o único ente com legitimidade para perseguir o "bem comum", devendo, portanto, estabelecer meios de coação para que a população obedeça a seus ditames; a segunda, que Foucault chama de "teoria do governo", considera a coexistência de diferentes formas de governo (religioso, comunitário, familiar etc.), das quais o Estado é mais um exemplo, sendo o papel de cada uma

dessas governanças administrar e suprir as necessidades de seu povo. Enquanto na soberania prescinde o controle do território, no governo é prioritária a administração das "coisas".

Durante o Antigo Regime, era o controle territorial que prevalecia, e a figura do monarca (ou do príncipe) era central para o exercício da soberania sobre os súditos (FOUCAULT, 1979, p. 145). A noção de "território", nesse sentido, tornou-se, além de geográfica, também política, vinculando-se fortemente ao exercício do poder (FOUCAULT, 1979, p. 157). Entretanto, a partir do século XVIII, e sobretudo no decorrer do século XIX, os Estados Nacionais começaram a incorporar técnicas de governo, visando, antes de impor seus preceitos, proteger o corpo da sociedade "de um modo quase médico" (FOUCAULT, 1979, p. 145). Trata-se de uma transição de um "fazer morrer e deixar viver" para um "fazer viver e deixar morrer": o Estado, embora ainda dotado de mecanismos de exercício do poder, não mais os utiliza para punir ou eliminar seus opositores, mas para garantir o suprimento das necessidades fundamentais de seus súditos. A faceta arbitrária do poder estatal, nesse cenário, é poder nada fazer e, assim, deixar o seu povo perecer. Um exemplo disso é a escolha de leitos para pacientes em terapia intensiva em um hospital: escolher que pacientes ficam em melhores condições seria "fazê-los viver", enquanto os que são destinados aos piores leitos são "deixados morrer", conforme observaram Esdras Cabus Moreira e João Guilherme Biehl (2004) em um hospital no Nordeste brasileiro.

A governamentalidade significa, assim, a incorporação, pelos agentes do Estado, da lógica (ou mentalidade) de governo. Isso implica em uma redefinição da ação estatal, que agora desenhasse no propósito não em conservar as próprias instituições fazendo valer as leis que produzem, mas em garantir a qualidade de vida de sua população, fornecendo os serviços necessários à satisfação de suas necessidades fundamentais. Até certo ponto, esse processo permeia e acompanha todos os modelos de Estado que Boaventura de Sousa Santos (1991) observa na modernidade global até fins do século XX: o Estado Liberal, o Estado Providência, o Estado Socialista, o Estado Neoliberal e o Estado Neossocialista (estes dois últimos inserindo-se no que o autor define como "capitalismo desorganizado").

Partindo-se do pressuposto da teoria de governo conforme o qual coexistem diferentes níveis de governança, é de se indagar, neste trabalho, como a governamentalidade pode ser incorporada em níveis regulatórios que não o estatal. No exemplo aqui estudado, tem-se espaços voltados essencialmente ao trabalho e ao fornecimento de serviços no setor privado da economia, frequentados por diferentes sujeitos que representam diferentes empreendimentos. Percebe-se, assim, um território (um espaço comum a certa comunidade onde as práticas sociais devem ser reguladas) e um povo (empreendedores e funcionários das empresas estabelecidas em um espaço de coworking), cujas necessidades e cotidianos são geridos por uma forma de governança estabelecida a nível local e em pequena escala.

## **Controle social**

Para compreender esses processos, é fundamental desenhar as formas de controle social que podem ser desempenhadas em um espaço de coworking. Nesse sentido, é pressuposto de um estudo sociojurídico o reconhecimento do pluralismo jurídico como, antes de tudo, um fato social (OVENHAUSEN; WOLKMER, 2013, p. 195). Sobre esse conceito, afirma Boaventura de Sousa Santos (2018, p. 1):

Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação

revolucionária; ou pode ainda resultar (...) da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social (...).

Assim, diferentes contextos sociais são regulados por diferentes normas advindas de fontes diversas. É de se salientar que uma fonte normativa não exclui a outra: não raro, duas ou mais "fronteiras jurídicas" interseccionam-se em um mesmo espaço, sendo elas "a um só tempo abertas e fechadas", ocorrendo um diálogo entre normas chamado de interlegalidade (MAGALHÃES, 2013, p. 90-91). Esse fenômeno não ocorre apenas onde é deixado um "vácuo" pela regulação estatal, como é comumente considerado: em todos os espaços da sociedade, coexistem diferentes tipos de normas.

O tipo de norma mais comumente evocada são as normas jurídicas. São, de fato, as normas mais visíveis, por serem, no geral, formalizadas e articuladas por escrito como produções de instituições públicas oficiais com teor legislativo (KONZEN, 2013, p. 80). Em um espaço de coworking, circulam uma série de diferentes normas jurídicas, tanto que regulam o espaço em específico e suas atividades essenciais (regulações do Direito do Consumidor, Urbanístico, Civil, Comercial etc.), bem como outros aspectos do comportamento de seus sujeitos (é de se esperar que alguém que cometa um crime dentro de um desses espaços sofra sanções oriundas do Direito Penal). De fato, as normas jurídicas são as mais nitidamente relacionadas à regulação de quaisquer espaços da vida social. Contudo, há outros tipos de normas, menos visíveis, que também determinam o comportamento dos sujeitos e o controle social, que são de maior interesse neste trabalho.

As normas sociais, por outro lado, são aquelas produzidas cotidianamente nas práticas dos sujeitos, relacionadas a seus vínculos comunitários mais imediatos, tendo um grau muito menor de formalização (KONZEN, 2013, p. 81-82), estabelecendo-se sobretudo na tradição oral, podendo, contudo, também ser fixadas em avisos escritos ou manuais de regras locais. Questiona-se, nesse sentido, de que forma pequenos conflitos são evitados, mitigados ou solucionados em um espaço de coworking, a partir de normas produzidas por figuras que detêm um maior controle social do espaço (como o proprietário, o gerente ou empreendedores de maior influência) ou mesmo geradas em relações horizontais no dia-a-dia dos sujeitos que frequentam estes locais.

Por fim, existem, também, normas ideológicas que regulam as relações sociais. Elas representam, até certo ponto, o interesse de determinados grupos (materializados como coletividades, e não poucos agentes específicos), mas manifestam-se de uma maneira muito mais sutil e menos visível que outros tipos de normas, tendo, ainda assim, um considerável poder de condicionar o comportamento dos sujeitos (KONZEN, 2013, p. 81). Normas um pouco vagas, mas ao mesmo tempo cheias de conteúdo, que determinam o trato com clientes, entre colegas ou com superiores; normas que disciplinam a ação empresarial; normas que determinam como construir e manter um espaço saudável de convivência; enfim, normas com esse nível de abstração podem ser enquadradas como normas ideológicas, sendo questionável como elas podem influenciar o comportamento dos sujeitos que diariamente frequentam um espaço de coworking, bem como de que maneira o próprio local pode ser moldado conforme normas de tal tipo.

## **Produção do espaço**

Para melhor entender o funcionamento de um espaço compartilhado, é necessário compreender, além da forma como ele é regulado, a maneira com a qual relações sociais expressam-se, nele, especialmente, e como o espaço expressa-se, por sua vez, nessas dinâmicas. A teoria da produção do espaço é uma contribuição do filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre

(2000), buscando entender relações entre espaço e sociedade e percebendo que a espacialidade é socialmente construída e a espacialização de relações sociais é constantemente transformada. O autor elabora, assim, uma tríade de conceitos para compreender diferentes relações entre sociabilidade e espacialidade: práticas espaciais, representações do espaço e espaços representacionais.

O conceito de Lefebvre (2000) de práticas espaciais refere-se à materialidade do espaço em questão e do comportamento objetivo dos sujeitos que nele circulam. Trata-se, nesse sentido, de como um espaço é constituído e que tipos de uso, ou que intervenções, são feitos nele por grupos ou indivíduos. Na leitura de Lucas Pizzolatto Konzen (2013, p. 69-70), esse conceito permite perceber como o poder social é exercido, isto é, como os espaços podem ser usados para limitar a agência dos sujeitos (como uma prisão) ou como a agência dos sujeitos pode moldar o uso dos espaços (como a obstrução de uma via pública para um protesto). Em exemplos mais cotidianos, as relações de poder e as regulações normativas expressas em práticas sociais são demonstradas por proibições ou permissões de acesso, uso e transformação de um espaço.

Já as representações do espaço, para Lefebvre (2000) são a forma como a ideia de espaço é simbolicamente concebida para certos grupos (no geral, de profissionais técnicos ou políticos) e, assim, orienta práticas espaciais, sendo o conceito fortemente associado a atividades como o planejamento urbano. Konzen (2013, p. 70) exemplifica esse conceito com mapas, projetos arquitetônicos (ambos comunicando símbolos visuais), planos de zoneamento e titulações (ambos comunicando símbolos verbais). Além disso, a própria imagem que é produzida sobre um espaço, para por exemplo atividades comerciais ou publicitárias, é um fenômeno pertencente à dimensão das representações do espaço. Isso é ainda mais evidente quando o espaço é considerado um bem de consumo nas cidades (LEFEBVRE, 2008).

Por fim, Lefebvre (2000) define espaços representacionais como a relação imagética produzida por indivíduos ou coletividades em relação a um espaço, no geral por intermédio de práticas espaciais, mas de maneira desvincilhada da idealização simbólica referente às representações do espaço. Para Konzen (2013, p. 70-71), os espaços representacionais conectam-se à memória afetiva que sujeitos ou grupos produzem em relação a uma espacialidade, e também podem ser expressos por manifestações culturais ou artísticas, como músicas ou obras literárias; conforme aponta o sociólogo do direito, o conceito também diz respeito a projeções de como um espaço pode ser transformado, criado ou apropriado, tendo em si um considerável potencial de produtor de mudança. Tomando como exemplo um espaço essencialmente apropriado no cotidiano dos sujeitos que o frequentam para relações de trabalho, é de se indagar que tipo de imagem, memória ou significação é por eles produzida em relação ao lugar e, assim, que significado o espaço passa a ter para eles.

### **Espaços compartilhados na cidade**

Uma vez percebidos os aportes teóricos que podem contribuir para a compreensão de como é regulado um espaço de coworking, é preciso compreender em que contexto urbano o fenômeno acontece. Assim, foi espacializada, no *software* Google Earth, uma amostra de espaços compartilhados localizados na Região Metropolitana de Porto Alegre. Os casos da amostra foram buscados de duas formas. Em um primeiro momento, foram coletados anúncios disponíveis em plataformas virtuais de aluguéis de salas comerciais que afirmassem que a sala em questão situava-se em um espaço de coworking. Em um segundo momento, a partir da já supracitada relação entre esses espaços e atividades de *startups*, foram analisadas, em páginas virtuais de algumas dessas empresas, se elas localizavam-se em espaços compartilhados. Foram colhidos, assim, 21 casos, exibidos no mapa a seguir (Imagem 3).



**Imagem 3** – Distribuição de espaços de coworking na Região Metropolitana de Porto Alegre



Fonte: Google Earth

A Imagem 3 permite vislumbrar, em primeiro lugar, que a distribuição espacial dos espaços de coworking, embora preveja na cidade principal da Região Metropolitana, insere-se em um processo de dispersão das atividades econômicas, gerada pelo inchaço da ocupação do município central. De fato é observada como tendência na América Latina a periurbanização e a descentralização das atividades econômicas, que tendem a deixar os centros tradicionais, processo esse facilitado, entre tantas coisas, pelos avanços em tecnologias de transporte e comunicação (MATTOS, 2006). Isso é observado tanto no surgimento dessas atividades em outros municípios da Região Metropolitana que não Porto Alegre, quanto em um recorte dos poucos casos encontrados no município de São Leopoldo (Imagem 4).

**Imagem 4** – Distribuição de espaços de coworking no município de São Leopoldo



Fonte: Google Earth

Nesse caso em específico, observa-se, na área periurbana de São Leopoldo, uma área para onde descentralizaram-se atividades econômicas relacionadas ao fornecimento de serviços por empreendimentos de menor porte. Isso acontece, entre tantos motivos, pelo encarecimento dos preços da terra urbana nos centros tradicionais, e pelo inchaço de fluxo de pessoas nesses espaços, motivando, assim, o surgimento de "centros secundários" (CORRÊA, 1989). Como o caso em questão é um tecnopolo, pode ser observado um segundo processo de transformação do espaço urbano no qual inserem-se os espaços de coworking, o que Roberto Lobato Corrêa (1989) denomina "coesão": uma concentração de atividades semelhantes, que complementam-se. É de se indagar, nesse sentido, até que ponto os espaços compartilhados em si não configuram processos de coesão em menor escala, gerando economias de complementaridade. Quando analisados os 18 casos presentes unicamente no município de Porto Alegre, o seguinte mapa é percebido (Imagem 5).

**Imagem 5** – Distribuição de espaços de coworking no município de Porto Alegre



Fonte: Google Earth

Na imagem, fica nítido como os espaços de coworking inserem-se fortemente na lógica de descentralização como transformação do espaço urbano. A saturação do centro tradicional, que em Porto Alegre corresponde ao bairro do Centro Histórico, desmotiva o surgimento de novos empreendimentos nessa área da cidade, especialmente quando eles relacionam-se à prestação de serviços. Assim, favorecidos por novas tecnologias de informação e comunicação, eles estabelecem-se em outras áreas da cidade, que, por outro lado, são também melhor acessíveis a moradores de seus entornos, visto que, à medida em que uma urbe expande-se horizontalmente, mais distante torna-se o seu centro tradicional para vários habitantes. Apenas um dos dezoito casos (numerado como caso 1, correspondente ao espaço "SZ Working") situa-se em área compreendida como Centro Histórico de Porto Alegre. Esse *outlier*, então, foi selecionado para o estudo de caso deste trabalho, visando compreender como ele mantém-se e, sobretudo, como ele é regulado.

## UM COWORKING EM PORTO ALEGRE: RESULTADOS E RELAÇÃO COM ASPECTOS TEÓRICOS

**Imagem 6** - Vista do do último andar do "SZ Working" para o Centro Histórico de Porto Alegre



Fonte: coleta

A imagem 6 foi escolhida para inaugurar essa seção do trabalho pois retrata bem a diferenciação imobiliária e o elo de ligação entre essa nova forma de produção espacial e organização do trabalho e o centro histórico da cidade. O local em que foi realizado o estudo é também muito significativo nesse sentido, uma vez que se trata do único espaço de coworking na região. Outra pequena indicação do paradoxo novo x velho que esse local abarca é a diferença de atividades ali realizadas, desde os tradicionais atendimentos por parte de advogados até empresas de tecnologia. Essas questões foram importantes na seleção do local a ser estudado, dado todo aspecto simbólico envolvido.

O "SZ Working", conforme consta do próprio site, "é um escritório compartilhado com 1000 m2 no coração do centro histórico de Porto Alegre". Trata-se de um prédio antigo que foi completamente reformulado de forma que sua aparência interna tem forte apelo a um modelo arquitetônico moderno, com cores que variam desde tons mais escuros até outros mais quentes, como se pode observar na própria logomarca (Imagem 7). Junto ao SZ Working também existe um "Z Café", uma loja de uma rede cafeterias que, combinada ao coworking "cria um ambiente produtivo de trabalho e de troca de ideias", conforme consta no site do local.

**Imagem 7** – Logomarca coworking "SZ Working"



Fonte: [www.szworking.com.br](http://www.szworking.com.br)

Um aspecto interessante sobre o SZ Working é de que ele é uma empresa privada, que se ocupa basicamente de fornecer espaços de trabalho compartilhados ou aluguel de escritórios individuais, características em alta em uma metrópole atual. O valor aproximado do aluguel de um

escritório, por mês, é de aproximadamente R\$ 3.000,00, inclusas todas as taxas (limpeza, estrutura, internet, etc). Ainda de acordo com o site do local, uma série de benefícios existem para aqueles que se tornam clientes. No que se refere a esses benefícios se destacam:

1. "Escritório completo: Fazendo parte do SZ Working você inicia suas operações de imediato em um espaço inteiramente mobiliado e munido de recursos.";
2. "Você faz seu próprio horário: Nossos escritórios 24 horas permitem que você trabalhe até o horário que quiser.";
3. "Auditório, sala de reuniões e *rooftop*: Tem aquela reunião importante com o cliente? Aqui temos opções de tamanhos para suas reuniões, eventos ou apresentações.";
4. "Não perca nenhuma ligação: No SZ Working nós atendemos as suas ligações e podemos repassá-las para você em qualquer lugar que você esteja no Brasil ou no mundo.";
5. "Venha fazer história: Dentre os diferenciais, a localização é uma delas: na Rua da Praia, no coração do Centro da cidade é o meio mais fácil de você e sua equipe chegar.";
6. "*On demand*: Oferecemos planos flexíveis de acordo com a sua necessidade e as particularidades de sua empresa.";
7. "Uma sala para você: O SZ Working possui diversas opções de salas atendendo ao mais diversos segmentos empresariais.";
8. "Cafeteria integrada: Conceito novo em Porto Alegre, o ambiente se integra com uma das melhores cafeterias de Porto Alegre, o Z Café *Takeaway*.";
9. "Manutenção e limpeza: Fuja da burocracia, deixa que o SZ Working se preocupa com itens como manutenção e limpeza.";
10. "Cabine telefônicas: Sabe aquela ligação que você realmente precisa de uma área reservada? Nós temos a acústica e a privacidade perfeita para isso".

As informações encontradas no site do SZ Working por si só constituiriam material significativo para uma análise da produção desse tipo de espaço, uma vez que podem ser encontrados vários elementos que remetem para a evolução dessas formas de compartilhamento do local de trabalho na cidade. Aqui, no entanto, optou-se, para além da observação desse material, por realizar uma visita ao local em que foi feita uma entrevista semiestruturada (BAUER; GASKELL, 2008) com um funcionário. Esse funcionário também orientou uma visita guiada por boa parte dos espaços do local, de forma que foram coletadas imagens que, pelo uso do método documentário de interpretação de imagens (BOHNSACK, 2007, 2010), permitiram enriquecer o debate proposto.

O emprego das imagens como aparato para a pesquisa empírica tem recebido destaque em investigações jurídicas. Nesse sentido, pelo forte aspecto simbólico das fotografias coletadas, aqui será empregado o método documentário de interpretação de imagens de Ralph Bohnsack (2007, 2010), pelo qual as imagens coletadas poderão ser interpretadas em três níveis: nível pré-iconográfico (simples percepção dos elementos da imagem), nível iconográfico (definição objetiva, de que se tratam os elementos da imagem) e iconológico (grau de maior abstração, onde o intérprete procura significados implícitos à imagem, com base no que está explícito). Acredita-se que essa análise possibilitará uma aproximação com as práticas espaciais, as representações do espaço e os espaços de representação, ao mesmo tempo em que se podem criar vínculos com outros conceitos e categorias teóricas estudadas anteriormente.

**Imagem 8 – Fachada SZ Working e Z Café takeaway**



Fonte: coleta

A imagem 8 revela a fachada do local em estudo. Desde um nível pré-iconográfico seria possível se perceber a grande presença de cor preta na pintura, o que parecem ser algumas pessoas ao fundo sentadas e alguns bancos, além de uma série de elementos textuais e gráficos. No nível iconográfico resta evidente que essa é a fachada do espaço em estudo, composta de vários itens visualmente atrativos, combinações de cores e a tentativa de dar um ar "descolado" para o espaço de trabalho. Esse esforço para gerar a sensação de um local agradável para o desempenho da atividade laboral pode ser visto no emprego de várias *hashtags* nas vidraças. A nível iconológico o que possivelmente mais chama atenção na imagem é a proposta de espaços compartilhados que, em si, podem remontar às ideias de Lefebvre (2000) sobre a produção do espaço.

O compartilhamento de espaços de trabalho, facilitado por uma estrutura tecnológica destacada no site do SZ, pode ser visto nas fachadas e nos anúncios como uma espécie de modo de vida. Em termos da teoria de Lefebvre seria razoável pensar no compartilhamento como o centro de uma forma de práticas espaciais. A fachada induz o sujeito a buscar o espaço agradável, acessível e moderno. O sujeito participa da produção desse espaço sentado, conversando, tomando café. De um determinado tipo de representação do espaço o "coworker" é capaz de simbolizar, de criar um espaço de representação. Isso é especialmente interessante quando se tem em mente que, com base em Moriset (2014), existe um componente que não é apenas econômico na escolha por trabalhar em um local assim, mas também afetivo, na medida em que o sujeito faz um movimento para sair da solidão do trabalho doméstico ou individual.

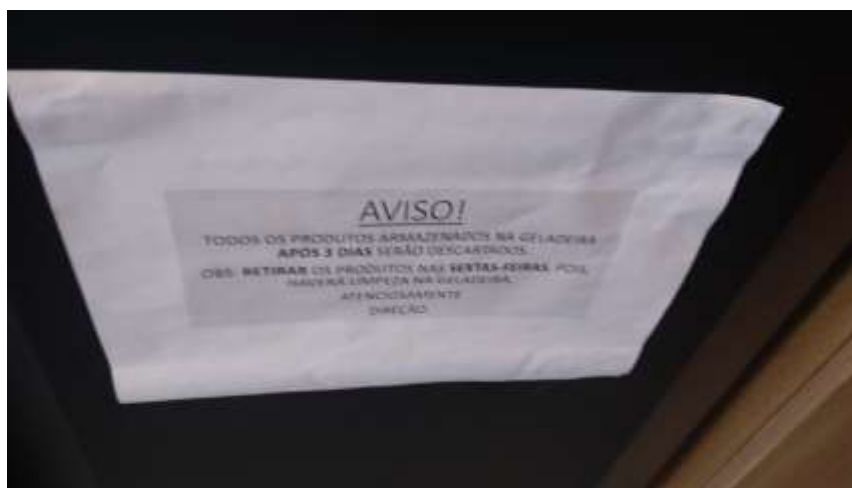
**Imagem 9 – Sala de uso comum dos "clientes"**



Fonte: coleta

A imagem 9, reduzindo-se um pouco o nível de detalhe, indica, no nível pré-iconográfico, uma sala comum sem nenhuma pessoa. No nível iconográfico, combinado com o anúncio do site e as informações ofertadas pelo funcionário, podemos estabelecer que esta sala faz parte do local de integração entre os "clientes". Clientes são, de acordo com as informações obtidas, aqueles que contratam os serviços ou locam espaços. A imagem 6 apresenta justamente a vista da cidade a partir desse local que fica no último andar do prédio. Embora pareça uma sala que se encontra em qualquer hotel ou residência, esse espaço ainda conta com geladeira, fogão e microondas para que os clientes possam aquecer ou fazer suas refeições. É um ambiente espaçoso e que, para além da vista da parte mais alta do centro da cidade, também tem um teto de vidro com a opção de cobertura para proteção solar e uma sacada. Desde uma perspectiva iconológica esse ambiente parece corroborar a ideia de um espaço que produz afetividade, diálogo. Um espaço de compartilhamento não apenas de trabalho, mas de refeições, uma das formas mais comuns de interação e produção de sociabilidade. É uma forma de produção do espaço que tem funcionalidades complexas, que permitem unir o aspecto econômico e o afetivo.

**Imagem 10** – Aviso afixado na geladeira da sala de uso comum



Fonte: coleta

A imagem 10 também integra o ambiente da imagem 6. Aqui, desde a perspectiva pré-iconográfica se pode observar a presença de elementos textuais no que parece ser uma folha. No nível iconográfico se percebe que, de fato, é uma folha que contém um aviso. Esse pequeno aviso abre caminho para um aspecto muito interessante que demonstra um outro viés do espaço em estudo. Assim, a nível iconológico, podemos ver um indício de algum tipo de governamentalidade. No mesmo espaço que se incentiva a afetividade, o diálogo e a sociabilidade se produz algum tipo de norma. Não se pode esquecer que, diferente da ideia a nível de senso comum, o coworking não implica em uma propriedade coletiva. No caso em estudo se trata o local de um empreendimento privado, por isso a assinatura da direção no bilhete. O compartilhamento de espaços e as tecnologias ali empregadas (salvo equipamentos particulares) compõe a estrutura de uma empresa que aluga salas, escritórios e espaços de coworking.

O fato do local em estudo ser privado e a produção de normas e obrigações, sejam legais (decorrentes de contratos, por exemplo) ou sociais, podem indicar uma certa privatização da vida. De acordo com o relato do funcionário a administração do local pauta sua atuação pela mínima intervenção nas atividades dos clientes. O funcionário foi questionado sobre a forma como se dava a gestão do local e se havia algum tipo de sanção que era aplicada para aqueles que violassem as regras do espaço, sendo que ele informou que a gestão se dava a partir dos proprietários e que, pela postura de não intervir, sempre que havia algum problema (barulho, por exemplo) a atuação era direcionada a solucionar a questão da forma mais sutil possível (troca de salas ou simples

pedidos, por exemplo). Nessa forma de organização, tendo em vista que são espaços não apenas de trabalho, mas de vida, pode-se observar o governo do indivíduo pelo privado, um toque dos resultados da vida em uma sociedade neoliberal. Dentro de um contexto de necessidade econômica ou afetiva, de um espaço de uso comum, o sujeito entrega legitimidade de maneira bastante singular, vira cliente.

**Imagem 11** – Escritórios compartilhados



Fonte: coleta

A imagem 11 revela, a nível pré-iconográfico, uma série de vidros e divisórias acompanhadas de elementos numéricos. No nível iconográfico se descobre que esses são alguns dos escritórios compartilhados. Esse é o principal negócio atualmente da SZ. Cumpre aqui realizar uma diferenciação. Efetivamente o espaço de coworking, como se verá mais adiante, está ligado a ideia de um local que abriga diversas pessoas que interagem, criam ideias e as realizam com algum grau de contato. Os escritórios compartilhados são um modelo relativamente diferente, uma vez que, conforme tratam os anúncios e informou o funcionário, podem ser alugados individualmente e por períodos de tempo variados. Os tamanho e as formatações dos escritórios também podem variar significativamente. Em regra o fator principal, de acordo com a entrevista, para a busca desses espaços é financeiro, mas não se descarta o afetivo.

Estabelecida a diferença entre escritório compartilhado e espaço de coworking se pode avançar para o nível iconológico. Aqui é notável a presença de elementos da chamada economia criativa, como pode ser visto nas anotações das paredes de vidro dos escritórios. Conforme o relato do funcionário também é razoável se falar na economia digitalizada, uma vez que grande parte dos clientes desses escritórios estão ligados ao mundo da tecnologia. Outro elemento que parece permear o ambiente é uma relação limítrofe entre o indivíduo, seu espaço, o outro indivíduo, seu espaço e os espaços comuns. Isso se observa desde as portas abertas, passando pelas falsas transparências até chegar ao ambiente que fica logo em frente a esse grupo de escritórios (Imagem 12). Comparando a imagem 9 que, simplificada, representa um espaço de interação e descanso repleto de cores, com os escritórios em sua frente, tudo no mesmo ambiente, podem-se perceber ausências e presenças. Parece estar presente o incentivo a interação entre os clientes, a criatividade, mas, de certa forma, faltam indicadores de produção de uma sociabilidade real.

**Imagem 12** – *Puffs* em frente à escritórios compartilhados



Fonte: coleta

É importante atentar ao fato de que, indagado sobre a relação entre os clientes, o funcionário respondeu que é comum que no início os mesmos levem algum tempo para estabelecer conversas e que existem perfis distintos, sendo que alguns são mais retraídos e se restringem mais aos seus próprios espaços. Por óbvio que é de se esperar que pessoas de diferentes personalidades respondam de maneira diversa aos incentivos que lhe são oferecidos, mas se observados os incentivos em si, cabem questionamentos sobre a forma como ambientes tão modernos e ligados a cultura digital também representam determinadas formas bem mais primitivas de busca pelo outro. Um estudo etnográfico sobre esses espaços, que permitisse uma abordagem mais detida e atenta, teria grande potencial aqui, mas merece, desde já, nota a dinâmica de produção desse espaço que mescla elementos objetivos, como a questão econômica, e profundamente subjetivos, como o aspecto lúdico de puffs coloridos como incentivo a interação.

**Imagem 13** – Espaço de coworking



Fonte: coleta



A imagem 13 encerra o conjunto de imagens coletadas que serão aqui apresentadas. Em um nível pré-iconográfico se percebe um ambiente quase monocromático, ao fundo uma pessoa, paredes de vidro, à esquerda (do observador) uma longa tábua e a direita algo que parece uma parede com várias divisórias. No nível iconográfico se descobre que essa sala é o espaço efetivamente destinado ao coworking. Existe apenas uma pessoa sentada, o que reflete, segundo entrevista, a demanda sensivelmente menor por esse espaço com relação aos demais. Do lado esquerdo há uma mesa bastante comprida e do lado direito um grande armário com números, que serve para guardar os pertences dos clientes. No ambiente de coworking os clientes podem chegar, guardar bolsas ou mochilas e estabelecer na mesa sua central de trabalho, sem qualquer divisória. Os aluguéis aqui podem ser feitos em diversas modalidades, até mesmo por hora.

Por fim, em uma análise iconológica talvez o aspecto mais interessante a se destacar seria uma possível relação com a precarização do trabalho defendida por Standing (2014). Evidentemente um espaço com excelentes condições de estrutura e limpeza não significa algum tipo de precarização, mas sim o que está implícito no contexto em que esses espaços se disseminam. Um dos benefícios que constam no site desse local é a possibilidade de trabalho "até o horário que você quiser", tendo o cliente acesso 24 horas por dia ao seu escritório. Outra possibilidade é a flexibilidade na contratação das salas e escritórios. Se, por um lado, isso representa comodidade por outro reflete a realidade de jornadas de trabalho infinitas, trabalhos temporários, trabalhos de jornada flexível e pouca ou nenhuma estabilidade no emprego. Esses elementos, basicamente, sintetizam a condição do precariado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os espaços de coworking representam uma tendência, seja para o mundo do trabalho seja para a reorganização do espaço urbano. Diversos fatores alimentam essa trajetória ascendente: mudanças substanciais no mercado de trabalho; digitalização da economia; novas tecnologias; cidades cada vez mais fragmentadas, complexas, difusas e segregadas. Nesse contexto os espaços de coworking podem ser considerados como formas diferenciadas de produção e regulação do espaço. Isso se diz pois eles combinam tanto características objetivamente ligadas a aspectos econômicos e tecnológicos, enquanto buscam aplacar a dissolução de vínculos de sociabilidade, estimulando a criatividade e a interação dos sujeitos.

Um aspecto essencial na compreensão dos espaços de coworking passa pela afetividade. Nesse sentido, embora em nossa experiência isso não tenha sido tão perceptível, há uma busca pelo outro nesses lugares. O avanço tecnológico e a alteração da relações sociais apontam para o afastamento dos indivíduos, para a deterioração do senso de comunidade. A governamentalidade e a influência do neoliberalismo são patentes nessa conjuntura, de forma que a interação com o outro e a construção de novas relações podem significar atos de resistência. No caso em estudo foram perceptíveis em diferentes aspectos as tentativas de estabelecer lugares comuns, salas de encontro entre os clientes e, até mesmo, espaços de lazer, descanso ou diversão, como é o caso do café que funciona no mesmo prédio.

Enfim, os coworkings devem ser entendidos como lugares em construção. A produção dos seus espaços obedece uma lógica própria e que, como já dito, mescla elementos distintos. A representação dos seu espaços parece obedecer um padrão descontraído e, ao mesmo tempo, com um ar de credibilidade. Cotidianamente diferentes práticas espaciais contribuem na redefinição (ao menos interna) desses lugares, sendo que os clientes ali são agentes e sujeitos dessas práticas, produzindo espaços de representação, simbolizando e criando novas formas de viver em um mundo cada vez mais caótico.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Anna Fonseca Martins; PIMENTA, Eduardo Goulart; FONSECA, Maurício Leopoldino da (Org.). **Legal talks: startups à luz do direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. São Paulo: Ática, 1989.
- FLORIDA R. **The rise of the creative class**—and how it is transforming leisure, community and everyday life, New York: Basic Books, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- KONZEN, Lucas Pizzolatto. **Norms and space: understanding public space regulation in the tourist city**. 336 f. Tese (Doutorado) - Curso de Law and Society, Università Degli Studi di Milano, Milão (Itália), 2013.
- LEFEBVRE, Henri. **A produção do espaço**. Trad. Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins (do original: *La production de l'espace*. 4e éd. Paris: ÉditionsAnthropos, 2000). Disponível em: <[http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/arq\\_interface/1a\\_aula/A\\_producao\\_do\\_espaco.pdf](http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/arq_interface/1a_aula/A_producao_do_espaco.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2019.
- LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2008.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. **Sociologia do Direito: o pluralismo jurídico em Boaventura de Sousa Santos**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013.
- MALECKI, E.J.; MORISET, B. **The Digital Economy: Business Organization, Production Processes and Regional Developments**. London: Routledge, 2008.
- MARICATO, Erminia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- MATTOS, Carlos A. de. Modernización capitalista y transformación metropolitana en América Latina: cinco tendencias constitutivas. In: LEMOS, Amalia Inés Geraiges de; ARROYO, Mónica; SILVEIRA, María Laura (Org.). **América Latina: cidade, campo e turismo**. São Paulo: CLACSO, 2006. p. 41-73.
- MERKEL, Janet. Coworking in the city. **Ephemera: theory & politics in organization**, Londres, v. 15, n. 1, p. 121-139, 2015.
- MOREIRA, Esdras Cabus; BIEHL, João Guilherme. Práticas médicas de aceitação da morte na UTI de um hospital geral no Nordeste do Brasil. **Bioética**, Brasília, v. 12, n. 1, p.19-30, 2004.
- MORISET, Bruno. **Building new places of the creative economy: The rise of coworking spaces**. *2nd Geography of Innovation International Conference*, 2014.
- OVENHAUSEN, Renata; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivona M. (Org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195-222.
- PÁDUA, Rafael Faleiros de. Produção estratégica do espaço e os "novos produtos imobiliários". In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; VOLOCHKO, Danilo; ALVAREZ, Isabel Pinto.(orgs.). **A cidade como negócio**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 145-163.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Subjectividade, cidadania e emancipação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 32, p.135-191, jun. 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

SPINUZZI, Clay. Working Alone Together. **Journal Of Business And Technical Communication**, Thousand Oaks (Estados Unidos), v. 26, n. 4, p. 399-441, 30 maio 2012.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.



**Coordenação:**

Lúcio José Dutra Lord (UEMG)

Luísa Helena Marques de Fazio (IMES)

Marco Aurélio Serau Júnior (IBDP)

Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNIP)

Solange Bassetto de Freitas (UNIP)



## EM LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA: O REFLEXO DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE PROPOSTA NO PACOTE ANTICRIME EM FACE DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

**Arthur Vinícius Rodrigues Gomes**

Graduando em Direito (UFPE)

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar a prejudicialidade na edição da legítima defesa, que resguarda um potencial retrocesso quanto à eficácia da lei 13.641 a partir das implicações existentes na relação desigual dos gêneros nos lares, no que diz respeito à reserva ao homem o papel de garantidor da ordem e segurança na esfera privada.

Mesmo com a constante abertura, popularização e avanço das pautas feministas, de diversas formas as mulheres ainda são agredidas seja na esfera pública ou privada, não sendo incomuns os casos em que algum dos poderes passa a atuar de forma a afirmar a violência (direta ou indireta). Algumas vezes, no campo público, as agressões se dão de modo sutís por se utilizar da construção de uma narrativa legitimada naquilo que é considerado aceitável, diante da estrutura machista (consolidada socialmente e compreendida nas relações de gênero). Em exemplo, no mês de Agosto de 2017, um homem ejaculou em uma mulher, dentro do coletivo em São Paulo, causando revolta e indignação aos passageiros. Esse evento ganhou repercussão na mídia, sendo discutido pela população e chegando ao Poder Legislativo, sob a premissa da necessidade de criação de um novo tipo penal, pois, aquele fato seria atípico por não corresponder à dicção dos crimes e contravenções penais relacionadas à dignidade sexual.

Desse modo, o órgão legifeirante forjou a causa de aumento, adicionando no artigo 226, IV, a do Código Penal Brasileiro a figura do “estupro corretivo”. Além da possível discussão sobre o efeito da mídia no sistema penal<sup>1</sup>, indaga-se: qual a razão de ser da nomenclatura? Por mais que a semântica passe despercebida pelos olhares desatentos, não há como problematizar a forma posta pelo Poder. O sentido da “correção” advém da necessidade de mudar a atitude da vítima que está errada e, por isso, enseja o reparo. O Código Penal Brasileiro, com isso, passa a ratificar a

---

<sup>1</sup> Sobre isso, Marcos Alan Gomes (2015) aponta que a matéria é um recorte do fato que inclui a subjetividade do jornalista com finalidade específica, compartilhando com outros sujeitos aquilo que acredita ser relevante. Nessa toada, combinado com outros elementos (ou sua ausência) como pensamento crítico ou conhecimento da realidade propriamente dita; a mídia traduz uma esfera distorcida da realidade, chamado por Lippman de pseudoambiente: uma falsa percepção da realidade.

causa do estupro diante da percepção de que a vítima deve ser endireitada diante de suas “condutas desviantes”.

Tal estrutura também é presente no ambiente privado, que sempre foi reservado à mulher, proporcionando a ela atividades domésticas que refletiam o “seu lugar”. Cabe, nesse sentido, ao homem dar subsistência aos filhos e companhia, restando à mulher o cuidado com o lar. Isso enseja a “criação de dois mundos: um de dominação, externo e produtor. Outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão”(DIAS, 2015, p.25). A não resposta positiva da fêmea sobre às decisões da figura alfa simboliza não um confronto, mas audácia. Dessa forma, o homem de bem, pai de família, exautado e emocionalmente desestabilizado a agride por não cumprir bem o papel ideal de gênero (em verdade, o que se compreende como papel ideal). A mãe cala para que os filhos não sofram como ocorre com ela e se sente culpada em reagir até mesmo com o auxílio da polícia ou judiciário. O que poderão pensar caso seu pai for preso por culpa de sua mãe? Esse é o cenário, na maioria das vezes, que envolve a vítima com o agressor, numa relação de dependência emocional, econômica e afetiva é traduzido no ciclo de violência doméstica, o que distancia o modo em que a crueldade incide no âmbito público.

Contra esse meio particular de repressão, houve a necessidade de existir sanções internacionais ao Brasil que ocasionaram o aparecimento da Lei 11.340/06; proporcionando criação de medidas e formas de combate à violência. Por mais que tal dispositivo evidencie mais de um tipo de agressão, o crescente número de denúncias reflete o afastamento do entendimento de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” ou “ele pode não saber por que bate, mas ela sabe por que apanha”, substituindo-o por “não se pode bater em mulher”; porém ainda necessário o reconhecimento popular dos demais tipos de violência, para além da física.

A existência dos avanços sobre a proteção às mulheres, no entanto, não impediu o aparecimento de danosos recuos jurídicos. O projeto de lei conhecido como “pacote anticrime” proposto pelo atual Ministro da defesa Sérgio Moro é recheado de aberrações que altera uma série de leis e institutos penais, que inclui a adição de um parágrafo ao artigo que versa sobre a exclusão de ilicitude. A licença para matar, “sem ver a quem”, não está presente apenas em função da atividade policial, que possui a válvula de escape informal do “auto de resistência”, mas integra o arsenal de “defesa”: a fórmula da emoção intensa em legítima defesa combinada com o porte legal de armas não resta dúvidas quanto ao fim. Nesse sentido, o presente artigo visa discorrer sobre os reflexos da modificação sobre a excludente de antijuridicidade e o potencial impacto na violência doméstica contra a mulher.

## **LEGISLAÇÃO PENAL E VALORES MORAIS**

A imagem do feminino foi construída de forma frágil e ingênua fazendo com que lhe fossem reservadas atividades que eram consideradas subsidiárias aos do esposo. Por isso, a vida doméstica era destinada a ela ao passo que ao homem restava trabalhar para manter e suprir as necessidades de sua família. Essa estrutura apresenta um reflexo no sistema penal que sequer levava em consideração a capacidade da mulher ser agente ativo em algum crime, mas sempre era colocada no polo passivo. Tal fato pode ser percebido na descrição dos tipos dos crimes de rapto e sedução, que só foram revogados apenas com a lei 11.106 de 2005:

Art. 215 – Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: (...)

Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: (...)

Além de retificar os caracteres ditos, os quais traziam o termo “mulher honesta” e “mulher virgem”; a sexualidade feminina é colocada em cheque no sentido de existir uma seleção sobre quem merecia ser amparada por uma preservação ou não de uma “honra”. De um lado, mulheres que não respondiam positivamente com a estrutura matrimonial, instituição de família, esposo e submissão não estavam sujeitas a ser agente passivo dos crimes mencionados. Em outro, aquelas que respondiam positivamente à tal estrutura não estariam sujeitas aos crimes sexuais que tinham seus companheiros como agente ativos, pois, a manter relações sexuais era obrigação da mulher no casamento para com o homem.

A descrição do tipo revela a falsa tutela da dignidade sexual, mas a preservação de uma moral masculinizada atribuída à mulher. Como afirma Berenice Dias, “o tabu da virgindade e a restrição ao exercício da sexualidade sempre limitaram a mulher. A sacralização da maternidade ainda existe, tanto que a mulher deposita no casamento o ideal de felicidade(...)” (DIAS, 2015, pg, 25) o que afirma a discussão em torno da sexualidade feminina que versa, também, sobre a cassa ao aborto, desembocando em diferentes tipos proibitivos penais, reafirmando o caráter santo da maternidade. Diante disso, percebe-se que a construção da estrutura patriarcal tem sido consubstanciada, também, através do sistema legal, que representa o reflexo da preservação de uma suposta “moral masculina” em que a honra era posta em julgamento pelas atitudes de “sua” mulher. A própria utilização da expressão “sua mulher” por vezes já indica o sentido patrimonial do corpo feminino em relação ao homem e, através disso, por tanto tempo foi possível sustentar a tese da legítima defesa da honra.

A utilização do sistema legal em favor do homem toca, ainda, nas causas de diminuição ou isenção de pena. A expressão jurídica para salvaguardar indiretamente o direito do homem à prática do cometimento do crime era prevista nos anos de 1890<sup>2</sup>, no revogado Código Penal que dizia: “Art. 27. Não são criminosos: (...) § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime; (...)” , ou seja, não se aplicava a pena àqueles que, por “completa privação dos sentidos”, cometiam um crime.

De modo literal, um indivíduo que está privado completamente dos sentidos sequer possui consciência para o cometimento de alguma ação. A interpretação possível, diante do tipo, revela que o termo sobre a privação diz respeito à forte emoção, um deslize transitório de um sujeito com índole de boa-fé, de consciência honesta. Genival França aponta que:

Bonano, discípulo de Ferri, explicava assim as razões punitivas sobre tal fenômeno: ‘Se o critério da lei punitiva deve ser a justa e reta moderação da liberdade individual, e da temibilidade do réu, para o fim primordial da defesa da sociedade, não há razão alguma para punir homens que sempre foram honestos e bons, e que somente foram levados ao delito pela ofensa dos seus afetos mais caros, que perigo poderiam ainda constituir para sociedade?’ (inop. cit.). E acrescentava Ferri ainda sobre o mesmo motivo: ‘Era, portanto, injusto que fosse julgado pelos mesmos parâmetros dos prisioneiros comuns’. (FRANÇA, 2016, disponível em: <http://http://genjuridico.com.br/2016/02/19/a-privacao-momentanea-dos-sentidos-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 12 fev. 2019 apud ENRICO, Ferri)

Trata-se de um deslize daqueles que sempre possuíram uma boa postura e convívio social: o cidadão de bem. A imagem construída do bem e do mal serve à estrutura social predominante fazendo com que o patriarcalismo existente subsidiasse aquilo que era considerado aceitável ou

---

<sup>2</sup> Ora, se o reconhecimento de igualdade sequer estava previsto no âmbito civil com o Código Civil de 1916, muito menos houve em relação às disposições penais de 1890. Então, por mais que fosse possível a aplicação de isenção ou diminuição da pena, há que afirmar, logicamente, que às mulheres não serviam tal prerrogativa.

não. Por isso, um homem que viu “sua mulher” praticando algo que fugisse do entendimento social do correto poderia e deveria corrigi-la, por ser o marido honesto e bom.<sup>3</sup> O angustiante conteúdo do tipo descrito na isenção da pena no código de 1890 diz respeito ao fato da compatibilidade com o cenário da manifestação da violência contra a mulher nos lares.

## CASOS PARADIGMÁTICOS

Mesmo com a vigência do Código Penal de 1940, as subsistências das características machistas mencionadas à mulher demonstravam o modo em que a sociedade a valorava. Os episódios mais trágicos são coincidentes, recheados de não aceitações de términos de relacionamentos ou consciência torpe da propriedade do corpo feminino pelo homem. Muitos casos ocorreram, e ainda acontecem, no cotidiano da população feminina, sendo alguns invisibilizados ao passo que outros ganham destaque na mídia. Um conhecido caso do “crime passional de Doca Street” ocorrido em 1976 demonstra a sustentação do aparelho estatal em função da honra patriarcal.

Doca Street, que atendia aos parâmetros de um homem médio comum, em 1976 mantinha relações extraconjugais com a socialite Ângela Diniz. Após certo tempo de relacionamento, Doca abandonou sua companheira e filhos para viver com Ângela em Agosto do referido ano. No dia 3 de Dezembro 1976 Ângela decidiu por fim ao relacionamento em meio a uma discussão com Street porque esse fez com que ela deixasse de frequentar os espaços que costumara, distanciando-se de amigos e vida pessoal. Dizem os jornais que Ângela era mulher independente, que não tolerava a submissão ao homem, imposta na época.

No *revellion*, Gabrielle Dayer, uma alemã que vendia artesanatos na praia, ofereceu seu material à Ângela que, desinibida sob o efeito de álcool, tentou seduzi-la. Por conta disso, o casal Doca Street e Ângela Diniz começaram a brigar. Ela, em meio à discussão afirmou que não tinha interesse em continuar na relação, pois, Doca havia cerceado sua liberdade que tanto prezava.

Desse modo, ele, irritado, voltou à casa em que morava com Ângela em Búzios e deixou a moradia logo em seguida, deixando a socialite. No meio do caminho, no entanto, decidiu retornar para insistir na continuidade do relacionamento. Ângela, então, ratificou que não gostaria de continuar sua relação, de modo a cumular no imaginário de Doca Street humilhação à sua honra e raiva. Após isso, quando a socialite levantou-se para ir ao banheiro, Doca Street lhe desferiu quatro tiros, três no rosto e um na nuca e deixou a arma no local do crime e fugiu.

A defesa do acusado sustentou sua tese baseada na vida pessoal da vítima, transformando-a em pessoa indigna de qualquer honra ou valor pelos seus atos. Isso porque Ângela teria (em tese) se envolvido com três fatos delituosos na época quais sejam a) a confissão do cometimento do homicídio de um dos seus empregados sob a égide da legítima defesa porquanto que esse tentou estupra-la, porém, depois, descobriu-se que seu ex-namorado que tinha cometido o delito e a socialite só estava tentando livrá-lo por ele ser casado; b) ser acusada de sequestro da própria filha porque a levou consigo e não possuía autorização para tanto por ser desquitada culpada<sup>4</sup>; c)

---

<sup>3</sup> O Código revogado abriu discussão sobre o conteúdo passional representar ou não uma atenuante. O anteprojeto de 1940 combateu a tese da passionalidade movida pela privação dos sentidos, mas a ideia da emoção como atenuante da pena (contida nos artigos 65, III, c; art. 121, §1 e art. 129, §4) continuou permaneceu presente, mas sem excluir a imputabilidade penal, conforme o artigo 28, I no Código atual, de 40.

<sup>4</sup> O artigo 326do Código Civil de 1916 apontava: “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.”



ter sido pega consumindo maconha, alegando que passou a utiliza-la após o homicídio de seu empregado.

Além disso, persistiu na ideia de que o agente ativo teria agido sob a forte emoção, em legítima defesa da honra com excesso culposo. O advogado de Street, Evandro Lins e Silva afirma em sua sustentação oral (3'38" - 4'04"): "Nós não sustentamos Direito de matar (...) suponho que ninguém que ia respeitar o direito... mas eu tenho o direito de explicar, de compreender, um gesto de desespero...uma explosão incontida de um homem ofendido na sua dignidade masculina!" (SILVA; 1977); explorando a tese da vida "depravada" da vítima. Com esses fundamentos, o réu foi absolvido na década de 70.

Uma série de questões foi apurada posteriormente sobre Doca: I. Quando os peritos foram na casa em que estava escondido, encontraram o réu assediando a empregada da casa. (ASSIS; 2003). Já em outro episódio, Street aparecia embriagado com prostitutas, o que não é possível conciliar com a tese passional; II. a atitude de Doca em sair da casa e seu retorno demonstrou que o autor tinha possibilidade de repensar sobre o que estava prestes a fazer, fato que afastava o imediatismo causado pela suposta intensa emoção derivada da provocação injusta da vítima; III. Faltava à legítima defesa seus caracteres para que o excesso pudesse ser constituído. Para tanto, devem estar presentes a agressão injusta, o perigo atual ou iminente e o uso moderado dos meios necessários para cessar a violência (ASSIS, 2000, p. 172). No caso, há inexistência de uma agressão por parte de Ângela, o que impossibilita a subsistência de um conteúdo injusto. Muito menos há que se falar de um excesso. Não há como sustentar, em lençóis jurídicos, a tese.

O caso de Doca Street repercutiu o país e passou a representar um marco no que diz respeito à luta feminista sobre as agressões dos maridos em relação às mulheres. A partir desse evento, o aumento da busca sobre a efetivação de políticas que conseguissem punir o agressor e acabar com as violências tornou-se pauta pública, levando ao movimento conhecido como "quem ama não mata". Mesmo com o marco histórico do caso de Doca Street, em função do desprestígio nacional diante da tese da legítima defesa da honra, as violências contra mulheres ainda continuaram presentes no cotidiano das brasileiras.

Enquanto o julgamento de Doca era encerrado, em 1983, Fortaleza, Maria da Penha sofria sua primeira tentativa de feminicídio por parte de seu companheiro, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros. Esse desferiu um tiro em suas costas enquanto ela dormia, deixando-a "paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos" (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2019). Marco Antonio declarou à polícia que a lesão que Maria sofrera foi causada por uma tentativa de assalto. A versão foi contrariada pelos resultados da perícia. Marco, após quatro meses após a tentativa, manteve Maria da Penha em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho. Ao perceber a situação de Maria, seus amigos e familiares ofereceram-lhe apoio jurídico e psicológico para retirá-la de sua casa sem ocasionar a perda da guarda de suas filhas, por abandono do lar. O primeiro julgamento sobre os casos de violência apenas ocorreu após oito anos dos cometimentos, em 1991 e o réu absolvido devido a recursos da defesa. Um segundo julgamento ocorreu em 1996, houve condenação de Marco ao cumprimento de dez anos e seis meses de prisão. Todavia, não houve cumprimento integral da sentença por conta de alegações relacionadas a irregularidades processuais por parte da defesa, ficando no cárcere por dois anos.

A grave violação de Direitos Humanos ocorrida repercutiu o cenário internacional em 1998, pois, o caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) pela vítima juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher

(CLADEM). Contudo, o Estado permaneceu omissivo, até que em 2001 foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras. Desse modo, houve recomendações da CIDH ao Brasil que terminaram por nutrir a ideia defendida pelos movimentos sociais quanto à responsabilização penal dos agressores.

Os casos de Ângela Diniz e Maria da Penha possuíram grandes repercussões e, com isso, conseguiram possibilitar alterações na legislação brasileira ligadas à mudança paulatina sobre a desconstrução dos parâmetros machistas arraigados na sociedade. A partir do julgamento de Doca Street a repercussão midiática proporcionou a reflexão populacional que auxiliou as pautas feministas sobre a liberdade e a ruptura da submissão da mulher em relação ao homem e ainda o referido movimento “quem ama não mata”, que deu nome até a uma minissérie, protagonizada por Marília Pêra. Já o caso de Maria de Penha proporcionou a criação da lei 11.340/06, que será analisada propriamente no item posterior.

É importante, igualmente, elucidar que os crimes relatados anteriormente não são acontecimentos raros no Brasil: a violência contra mulher ocorre desde antes deles e, ainda, depois. Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018, realizado pelo Fórum de Segurança Pública no que diz respeito ao número de feminicídio no país em 2017, os líderes do ranking são os estados de Minas Gerais, com 145 casos; São Paulo, com 108 e Rio Grande do Sul, 83, marque-se constatados. Ainda mais, houve um acréscimo significativo nos estados do Rio de Janeiro de 322,9%; São Paulo, 78,6% e Bahia, de 308,8%.

A coleta ainda afirma que as ocorrências com o crime totalizam 1.133 casos no país em 2017, um aumento de 21% em relação ao ano de 2016, em que foram constatados 929. A mesma pesquisa ainda demonstra que, dos 221.238 casos de violência doméstica registrados, 193.482 possuem como vítimas mulheres, o que significa uma média de 530 casos por dia, no ano de 2017. Além disso, foram registrados 61.032 estupros em 2017, um crescimento de 10,1% em relação a 2016 e, também, constatados 5.997 tentativas de estupro, porém com variação de -2,9%. Estima-se que mais casos ocorrem do que computado, participantes da cifra oculta.

## **RESPOSTAS ESTATAIS À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

Em 1975, ocorreu a I conferência Mundial da mulher. Tal encontro possuiu como lema “Igualdade, Desenvolvimento e paz”, tendo como tema a eliminação da discriminação da mulher e seu avanço social. A ONU considerou o início da década da mulher, que se encerra na II conferência Mundial, em 1985, que tratou sobre “Educação, Emprego e Saúde”, versando sobre a necessidade de medidas nacionais para a garantia de propriedade, melhorias no Direito de Família e nacionalidade. Essa convenção proporcionou a criação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as mulheres (Convention on the Elimination of all forms of discrimination Against Women - CEDAW), conhecida também como Convenção da Mulher, que tornou-se em decreto brasileiro apenas em 2002.

A convenção possui foco no Direito Civil, porém destaca algumas recomendações a serem seguidas pelos Estados, sobre o estabelecimento de legislação específica pelos Estados para tratar da violência doméstica. Dessa forma, eles passaram a ter o dever de eliminar a discriminação contra a mulher por meio de adoção de medidas legais, políticas e programáticas. A terceira convenção possuiu como tema “Estratégias Orientadas ao Futuro, para o Desenvolvimento da Mulher até o Ano 2000”, abordando abordando discussões relacionadas à igualdade no acesso à educação, oportunidades no trabalho e atenção à saúde da mulher. Contudo, apenas em 1995, na IV convenção, sobre “ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz” foi possível o estabelecimento formal das práticas de violências física, sexual, psicológica que sejam

reproduzidas nas esferas públicas e privadas contra mulher como violação aos Direitos Humanos. Igualmente, é vital pontuar a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que foi criada em 1994 e adotada como decreto nº 1,973/96 pelo Brasil, afirmando a mulher como indivíduo vulnerável e que carece de políticas públicas para assegurar-lhe direitos sobre sua integridade física, moral, psicológica e sexual à época.

As convenções mundiais ocorridas representam o crescimento no que diz respeito às conquistas das mulheres nos espaços. É indubitável que a partir delas foi possível notar rupturas na sociedade e no sistema legal brasileiro. Nesse andamento, a Constituição Federal ratificou a igualdade perante homens e mulheres no artigo 5, I bem como afirmou que o Estado deve coibir os casos de violência ocorridos no âmbito familiar (artigo 226, §8). Porém, mesmo com a previsão, não atentou às especificidades presentes nos ciclos de violência doméstica.

Dessa forma, a Constituição cidadã instituiu a criação de Juizados Especiais Criminais nos artigos 24, X cc 98, I para o julgamento e processamento de crimes de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles que a lei não culmine pena em abstrato maior que dois anos de pena, cumulada ou não com multa, como disposto no artigo 60 da lei 9099/95, que regula a matéria. A ideia de desafogar o judiciário, dando oportunidade a uma via sumaríssima, fez com que a inadequação de resolução dos casos diante da violência doméstica tomasse outro rumo. Isso porque quando a mulher era vítima de violência doméstica, não existia previsão específica para tanto, fazendo com que as penas dos artigos correspondentes (seja lesão corporal, injúria, calúnia, difamação, ameaça e/ou outros); permitissem o processamento e julgamento pelos JECs. Em 2004, com a lei 10.886 passou-se a pensar sobre a violência doméstica, em um sentido amplo, que englobava as lesões “praticadas contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, alterando a pena para seis meses a um ano, mas não alterando a problemática relacionada ao JECs.

Essa possibilidade permitia que institutos despenalizadores fossem presentes, algo que não era de bom agrado à população que via/vê o cárcere como medida eficiente. A perspectiva de que a baixa lesividade avaliada através de uma pena em abstrato pudesse subsidiar a substituição da pena privativa de liberdade por uma alternativa foi alvo de discussões. Por isso, a previsão contida no artigo 76 do dispositivo legal passou a causar incômodo porquanto que dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público acordar sem a participação da vítima:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida.

O disposto permite que seja possível, em caso de crime de ação penal pública condicionada com representação ou incondicionada, o acordo sobre a pena do suposto crime, pois ocorre antes do momento de proposição da ação, para que ao potencial réu cumpra uma pena (diferente da

privativa de liberdade), sem que exista preocupação com a vítima do crime. É um trato entre o Ministério Público e o acusado. Dessa forma, a conversão da multa em “proveito da vítima” em cestas básicas se tornou prática recente, popularizando a ideia de que aos homens, após cometerem a violência, ficava garantida os alimentos da casa.

Além disso, o dispositivo afirma que é necessária a representação para o acordo, fato que englobava os crimes de lesão corporal leve (artigo 88, da 9099/95), fazendo com que a mulher se sentisse impossibilitada por questões relacionadas à família, economia e dependência. Berenice Dias (2015) aponta que “não é possível condicionar a ação penal à iniciativa da vítima quanto existe uma relação hierarquizada de poder entre o agressor e agredido. Não há como exigir que o desprotegido, hipossuficiente, o subalterno formalize queixa contra seu agressor.” Por isso, processar e julgar crimes típicos de agressão contra mulher nos JECs não constituía término do ciclo de violência, sequer sua prevenção. A forma em que o Estado abordou a questão transbordou a desvalorização, alcançando a invisibilidade, da violência à mulher, deixando impunes os agressores ao passo que a referida alternativa virou piada na população.

A pressão existente na época causada pelos órgãos internacionais e convenções em que o Brasil é signatário juntamente com a visibilidade construída pela mídia sobre os casos trágicos de agressões possibilitou a criação da lei Maria da Penha (lei 11.340/2006) que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher. Com isso, foi possível repensar e realocar as ditas problemáticas constituídas nos Juizados Especiais Criminais vinculados à lei 9099/95, de modo afastá-los expressamente no artigo 41<sup>5</sup>. De outra forma, instituiu a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que conta com uma equipe multidisciplinar para dar conta do ciclo de violência, para cessá-lo e apoiar as mulheres vítimas, recuperando suas dignidades e autoestimas. Afastou, também, a possibilidade de pena como pagamento unicamente por multa e vedou as penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, no artigo 17<sup>6</sup>.

Outra resposta significativa quanto às questões que envolviam a lei de juizados diz respeito sobre a representação para a proposição de ação penal pública pelo Ministério Público: não se faz mais necessário tal requisito para que seja instaurada a ação porquanto que, após a ADI 4.424, não há que se falar em representação nos crimes de lesão corporal, baseada na transferência “do ‘modelo biomédico’ por um ‘modelo social’ de lesão corporal, calcado nos prejuízos sociais decorrentes dos casos de violência doméstica”, segundo o relator Ministro Marco Aurélio.

Por mais que essa perspectiva calcada na resposta positiva ao punitivismo seja presente, há que se entender que tal escolha política estatal não é a única existente. Isso porque, diante da seletividade do sistema criminal, apontou a criminologia crítica que aqueles que seriam punidos obedeceriam, não obstante, à categoria do sujeito estigmatizado e considerado infrator. Com a lei Maria da Penha, nesse sentido, o que houve (em verdade) foi o aumento paulatino da população carcerária, sem dar conta da complexidade do conflito existente no ambiente doméstico. Essa segunda problemática advém, inevitavelmente, do discurso abolicionista em que se busca, não através do cárcere, mas de outras medidas, reduzir, restaurar o dano ao passo que reinsere devidamente aquele sujeito à sociedade. Nesse compasso, pode-se elencar que outros meios de resolver o conflito, como a Justiça Restaurativa.

---

<sup>5</sup> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

<sup>6</sup> Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

## CONJUNTO DO RETROCESSO: O PACOTE ANTICRIME E A EXCLUDENTE DE ILICITUDE.

Em 2019, sob a premissa do combate ao crime organizado e à corrupção, o Ministro da Defesa e ex-juiz federal Sérgio Moro propôs um projeto de lei que remodela um conjunto de leis do âmbito penal material e processual. Dentre as alterações, a modificação diante do artigo que trata da exclusão da ilicitude é um fator preocupante e motivo do presente trabalho, que nada diz respeito ao combate defendido. O artigo 23 trata sobre o tema, afirmando que não haverá crime nos casos de estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. A doutrina destaca as características de cada modalidade, sendo reservados peculiaridades e pontos de divergências<sup>7</sup>. Há ainda, em tal dispositivo legal, a previsão de excesso punível. Com a mudança, há a adição de um parágrafo ao artigo 23 do Código Penal que passa a ter tal redação:

Art.23(...)

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

A isenção da pena ou diminuição dela por causa de escusável medo, surpresa ou violenta emoção forja uma lacuna subjetiva que dará margem para aberrações sócio-políticas. Qual violência nutrida pelo medo é digna de dispensa de responsabilidade penal? De que forma ser surpreendido dá margem à agressão? Que tipo de emoção permite violentar?

Muito tem se falado sobre o uso dessa alteração como permissão ao cometimento de excessos em decorrência da função policial. O fato é que em sede de tipicidade, o cumprimento do dever legal já representa hipótese cabível nas atuações e, ainda, possibilidade de excludente de culpabilidade em caso de inexibibilidade de conduta diversa. Além disso, por mais que a utilidade seja nítida, a previsão dos “autos de resistência” assume o papel instrumental da concessão de isenção. Nesse sentido, Orlando Zaccone (2015), em pesquisa realizada no Rio de Janeiro, afirma que muitos inquéritos são interrompidos unicamente pelo testemunho dos policiais, ainda que a perícia afirme de modo diferente. Em supostos ou reais conflitos policiais, há sempre o acompanhamento da informação de que ao suspeito (preto, pobre e periférico) foi prestado socorro pelas autoridades ao hospital mais próximo, teoricamente falecendo apenas nas unidades de saúde (NADIR, 2015).

Além da hipótese do suporte legal ao genocídio da população negra, a modificação possibilita que os civis gozem do Direito previsto no projeto nos casos de legítima defesa. Essa é a problemática que o presente artigo se debruça. Tal previsão era visualizada no século 16, sob parâmetros diferentes dos atuais, na Constituição Carolina de 27 de Julho de 1532<sup>8</sup>. Com a remodelação do Direito às garantias do indivíduo frente ao Estado, é possível pensar na transmutação dos caracteres da legítima defesa, que passa a assegurar mais possibilidades às pessoas. Com isso, o artigo 23 cuida do instituto, sendo possível a isenção ou redução da pena quando houver resposta à agressão injusta, atual ou iminente, diante de direito próprio ou alheio, sendo visualizado pelo fulcro da proporcionalidade, não havendo tal prerrogativa quando há excesso na conduta do ofendido ou em caso de vingança; assim como a finalidade, que se funda no propósito de extinguir a violência sofrida, não sendo possível que o sujeito atue de modo

<sup>7</sup> Não há intuito de explorar as nuances das excludentes de antijuridicidade, porém é de bom tom elucidar que não há unicidade de posicionamento quanto às modalidades de legítima defesa.

<sup>8</sup> “quem for perseguido, atacado ou golpeado por armas mortíferas, e que não puder fugir sem dano a si, à sua sorte ou à sua honra, pode, sem incorrer em qualquer pena, garantir a pessoa e a vida com a legítima defesa e não se torna imputável se de tal modo matar o agressor. Não será para isso obrigado a receber um golpe”. (BERALDO JUNIOR; 2003)

futuro por vingança, nem preteritamente como meio de prevenção, mas na iminência ou na atualidade da agressão.

Por mais que o conjunto probatório passe a vincular a palavra da vítima na lei 11.340/06 com mais preponderância, questão que consegue barrar a banalização da legítima defesa; essa não é afastada, sendo plenamente possível a sustentação da tese. Mesmo que seja plenamente possível existir a devida proporcionalidade, admite-se no judiciário que o indivíduo de sexo másculo normalmente possui mais força (não só física, mas social) em relação às mulheres e, por isso, qualquer que seja a estratégia para se defender de uma agressão injusta por parte de sua companheira, será excessiva, ou como afirmam necessárias para interromper a agressão.

É nesse sentido que as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e outros têm caminhado, conforme o processo de número 2010.01.1.070101-7 em que o réu foi absolvido após ter dado socos e tapas na vítima, causando sangramento no nariz e desmaio depois de ter visto uma foto dela com outro homem, com quem a vítima, ao longo do processo, afirmou ser amante. Em outro caso, a primeira turma do mesmo tribunal absorveu de modo unânime o réu, que teria dado um soco em sua companheira após ter levado uma tapa (0010660-87.2010.807.0016). Se antes da alteração do artigo 23 do Código Penal é defensável pelo judiciário a atitude de um homem em defesa de sua honra, a avaliação diante da possibilidade legal sob a égide da “forte emoção” escancara o retorno jurídico da abominável tese de legítima defesa da honra com excesso culposo, utilizada em casos como o de Doca Street que, na década de 70, desferiu quatro tiros na socialite Ângela Diniz matando-a, e foi absolvido. Com a relativização da posse de armas de fogo, o lar terminantemente será o local mais perigoso da cidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ambiente privado sempre foi reservado à mulher, proporcionando a ela atividades domésticas que refletiam o “seu lugar” reluzindo a ideia de que cabe ao homem dar subsistência aos filhos, restando à mulher, o cuidado com o lar. Isso enseja a “criação de dois mundos: um de dominação, externo e produtor. Outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão”, segundo Berenice (2015). A não resposta positiva da fêmea sobre às decisões da figura alfa simboliza não um confronto, mas audácia. Dessa forma, o homem de bem, pai de família, exaltado e emocionalmente desestabilizado a agride por não cumprir bem o papel ideal de gênero.

A mãe cala para que os filhos não sofram como ocorre com ela e se sente culpada em reagir até mesmo com o auxílio da polícia ou judiciário. O que poderão pensar caso seu pai for preso por culpa de sua mãe? O envolvimento da vítima com o agressor, numa relação de dependência emocional, econômica e afetiva é traduzido no ciclo de violência doméstica, o que distancia o modo em que a crueldade incide no âmbito público. Combater violência contra mulher é entender de que forma há a estruturação das agressões, elucidando seus modos, nuances e impactos. Apenas no debruçar da pauta foi possível a construção da Lei Maria da Penha que representa um marco não só pela sua existência, mas pela sua efetividade. Berenice Dias afirma que os números de denúncias irão aumentar progressivamente, fato que já é possível diante da popularização da lei. A mudança cultural a partir do conhecimento populacional diante da noção de violência auxilia nesse desenvolvimento, sendo possível perceber o avanço na substituição dos ditados machistas pela máxima “não se bate em mulher.” Em sentido autônomo, seguem as críticas abolicionistas quanto à falácia e descrédito do sistema carcerário como meio de resolução de conflitos.

Na década de 70, Doca Street representava a figura do homem de bem, pai de família que existe e vincula à ideia de masculinidade fomentada pelo machismo estrutural. A figura de Street ainda subsiste nos lares, em que a dominação de mulheres por homens se mostra presente. O século XXI, por mais que seja aparentemente promissor aos direitos das mulheres, oferece riscos de progressivos recuos que passam a exaltar a figura ideal de homem, como Doca Street, que cuida da família e detém o controle de todos, o que até mesmo alcança a esfera do que deveria ser dever do Estado. Nesse sentido, a Segurança Pública transmuta-se em véu que tenta esconder a real intenção do homem sobre ter armamento em sua casa: a legitimação estatal da reafirmação da masculinidade no âmbito privado.

A mulher que vivencia o ciclo de violência doméstica passa, então, a se preocupar como uma nova constante: a arma. A proposta redigida pelo Ministro da Segurança não encontra compatibilidade com as vivências das agressões nos lares em favor do término do ciclo violento, mas auxilia sua existente ou fim trágico.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. **Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais: Da ascensão ao desprestígio**. 2003. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Cap. 2. Disponível em: <[HTTPS://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4826/1/arquivo7137\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4826/1/arquivo7137_1.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BERALDO JUNIOR, Benedito Raymundo. **Legítima defesa da honra como causa excludente de antijuridicidade**. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5418/legitima-defesa-da-honra-como-causa-excludente-de-antijuridicidade/2>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Lei nº 847, de 11 de dezembro de 1890**. Código Penal. Promulga o Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisorio, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995**. Lei de Juizados Especiais. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.. . Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Projeto de Lei, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de setembro de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.. . Brasília, DF, Disponível em: <<http://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424**. Relator: Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. Brasília, . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação nº 0010660-87.2010.807.0016**. Brasília, 02 jul. 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&CHAVE=2010.01.1.070202-7&SELECAO=1&pesquisa=Enviando....>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação nº 1121052**. Brasília, 04 set. 2018. p. 160-177. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621445877/20170610048669-df-0004765-3420178070006/inteiro-teor-621445912?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CASTRO, Lana Weruska Silva. **O crime passional de Doca Street**. 2018. Publicada por Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/563899825/o-crime-passional-de-doca-street>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: A efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Encontro Nacional De Antropologia Do Direito, 4., 2015, São Paulo. **Núcleo de Antropologia do Direito**. São Paulo: Nadir, 2015. 15 p. Disponível em: <[http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Farias\\_Juliana\\_IVENADIR\\_GT4.pdf](http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Farias_Juliana_IVENADIR_GT4.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

EVANDRO Lins e Silva em **Ação no Júri**. Rio de Janeiro: Tv Globo, 1977. (19 min. e 55 seg.), son., color. Publicado por: Ministério Público e Tribunal do Júri. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zphKNcHLVvM>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. São Paulo. 2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A privação momentânea dos sentidos no direito brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/19/a-privacao-momentanea-dos-sentidos-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 12 fev. 2019.



GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema penal**: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan.

INSTITUTO MARIA DA PENHA (Braisl). **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

MENDONÇA, Renata. **O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?** 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MULHERES, Onu. **Conferências Mundiais da Mulher**. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima e; SANTOS, Thays C. da Costa. O que é feminismo e quais são suas vertentes? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravtá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa (Org.). **Gênero, sexualidade e Direito: Uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. Cap. 3. p. 40-49.

SOUZA, Livia de. **O que é violência de gênero?** In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravtá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa (Org.). **Gênero, sexualidade e Direito: Uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. Cap. 15. p. 153-161.

# DAS FOGUEIRAS ÀS PRISÕES: A PUNIÇÃO FEMININA EM FOCO COM BASE NAS EXPERIÊNCIAS EXTENSIONISTAS PROPORCIONADAS PELO PROJETO DE EXTENSÃO RECONSTRUINDO ELOS

**João Pedro Bastos de Oliveira**

Graduando em Direito (UFAL)

**Thuany Ferreira do Nascimento**

Graduanda em Direito (UFAL)

## INTRODUÇÃO

Ao cometer um crime, ou seja, fugirem do padrão de gênero imposto pela sociedade, as mulheres causam um ódio e repulsa muito maior do que a infração penal masculina (PIMENTEL, 2015). Ir contra essa construção social que designa que espaços podem ou não ser ocupados, ou que comportamentos podem ou não ser aceitos é um crime por si só, sob a ótica da sociedade tradicionalmente patriarcal. Ao longo da história, pouco tentou-se analisar a criminalidade feminina e as primeiras teorias sobre o assunto são carregadas de um olhar machista, pois explicaram a criminalidade a partir de papéis de gênero que foram e são impostos às mulheres. Dessa forma, as mulheres que infringiram as normas penais carregam estigmas semelhantes ao longo do tempo.

Desde à queima nas fogueiras às prisões contemporâneas a punição feminina é regada por um caráter misógino, uma herança da tradição patriarcal da sociedade em que a mulher é constantemente socializada a permanecer no ambiente doméstico. A partir das análises de PIMENTEL (2015) em sua obra “As mulheres e a vivência pós-cárcere” nota-se que ao serem condenadas e presas as mulheres sentem-se duplamente punidas, ou seja, são condenadas não apenas ao cerceamento da liberdade, mas condenadas socialmente por infringir aquilo que se esperava do seu papel de gênero.

Apesar dos avanços conquistados pelo movimento feminista nas últimas décadas ainda existem estruturas que proporcionam um tratamento e julgamento social diferenciado entre criminosas e criminosos. Diante do tratamento e diferenciação entre mulheres e homens criminosos perante o olhar da sociedade, faz-se necessário um estudo para analisar quais são os estigmas que acompanham essas mulheres e quais visões persistem ao longo dos anos. Discutir amplamente um problema é um dos primeiros passos para começar a superá-lo.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo geral estudar como se deu a punição feminina através da história e apontar as semelhanças entre a punição de outras épocas e a atual. Além disso, tem ainda como objetivos analisar historicamente as condições e pressupostos da punição feminina e relacioná-las no tempo e espaço. Por fim, visa-se relacionar essas conclusões aos estabelecimentos prisionais femininos de Alagoas comparando as vivências nos estabelecimentos prisionais visitados durante o projeto de extensão Reconstruindo Elos – o Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia e o Centro Psiquiátrico Jurídico Pedro Marinho Suruagy. Optamos por estabelecer relações considerando especialmente dois eixos: cerceamento e controle dos corpos, e, estigmatização pela condição feminina.

Apesar de a história da humanidade não ser linear, já que em um dado momento histórico na Europa, por exemplo, em outros lugares do mundo acontecimentos diferentes desenrolaram-se, busca-se fazer uma análise através de alguns relatos sobre a punição feminina através dos

tempos, mais precisamente sobre a Idade média, durante o movimento positivista, no surgimento das prisões e no Brasil. Inicialmente, abordaremos a mulher criminosa na Idade Média momento da história em que milhares de mulheres foram perseguidas sob o pretexto da ‘Caça às bruxas’ o qual atingiu diversas mulheres que estavam fora dos padrões desejados, com base nas análises de FEDERICI (2004).

Já sob a ótica do movimento positivista a mulher criminosa foi apontada com aquela que não cumpria seu papel biológico e além disso, era mais perigosa do que os homens pois não possuía características físicas que a identificassem. Esse é o teor dos estudos de FERRERO E LOMBROSO (2019) que são um marco de seu tempo e exerceram grande influência no começo do século XX. Com o advento das prisões, percebe-se que a religião e o Direito penal passaram a andar juntos no sentido de docilizar os corpos. como aponta ANDRADE (2011), para as mulheres, isso significa que os estabelecimentos prisionais, que surgem administrados por entidades religiosas, são uma ferramentas para reeducar a mulher à cumprir o seu papel social, especialmente nos afazeres domésticos e religiosos.

Esse padrão repetiu-se também no Brasil, de acordo VALENÇA E MELO (2016) no começo do século passado, o Direito Penal serviu como controle social para mulheres que frequentemente eram presas pelos delitos de vadiagem ou por serem “loucas”. Muitos desses estereótipos atravessam os anos e ainda repercutem na visão que a sociedade tem das mulheres criminosas, problemática que pode ser notadas durante as visitas do Projeto Reconstruindo Elos. Nessa direção, analisar como a mulher criminosa foi retratada ao longo da história é tarefa essencial para refletir acerca dos motivos que fazem com que muitos desses estigmas permanecem até os dias de hoje.

## **ANÁLISE DAS PENAS E A PUNIÇÃO FEMININA ATRAVÉS DA HISTÓRIA**

### **A punição como elemento fundamental do direito**

O Direito, como instrumento de controle social, sempre esteve presente na grande maioria das sociedades, chegando-se a aclamada formulação “*ubi societas ibi jus*”, que de um modo geral postula: *onde há sociedade, há direito*. Convém, nesta seara, afirmar que na imensa maioria dos casos, o tal controle social promovido pelo direito se dá através de uma pena (geralmente tida como uma sanção relativa ao descumprimento de uma norma). Percebe-se, deste modo, que a pena exerce um papel de fundamental importância para o direito em seus mais variados âmbitos porque é a resposta a quebra das imposições sociais.

Nesse sentido, é importante destacar que o direito, como fato social, está sujeito às mudanças sofridas pela sociedade. As penas, como um dos elementos fundamentais do direito no tocante ao controle social, também estão sujeitas a essas mesmas mudanças sociais. Seguindo a Doutrina de RUSCHE E KIRCHHEIMER, podemos afirmar que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (2004, p. 20). Isto quer dizer, que a pena está ligada, diretamente, aos meios de produção que a sociedade adota, modulando-se para adequar-se a este, de modo a tornar-se mais lucrativa. Assim, cabe-se analisar historicamente como as penas mudaram para adequar-se a determinado sistema de produção.

É a partir da segunda metade do século XVIII, que a prisão tal como a conhecemos hoje vem se formular. PAVARINI (2006) Com o surgimento da Revolução Industrial e o advento do Liberalismo econômico passou-se a criminalizar ainda mais a pobreza e suas consequências. A grande ameaça criminal nesse sentido era o ser improdutivo, que desafiava a lógica do liberalismo. Seguindo a doutrina de PAVARINI (2006) o objetivo do cárcere mais do que produzir

mercadorias era produzir homens, era moldá-los aos sistema liberal, padronizando-os, livrando-os de suas peculiaridades através do controle dos corpos tornando-os, de fato, produtivos. Assim, nasce a privação de liberdade como pena e o cárcere como instituição punitiva por excelência da nova ordem social capitalista e burguesa. A lógica, ainda seguindo a doutrina de Pavarini (2006) é que os criminosos não proprietários devem ser reformados, ter suas paixões controladas em todos os sentidos, devem ser ainda disciplinados, transformados em corpos produtivos, tendo seus corpos integrados às máquinas.

Através da análise sob a ótica de FOUCAULT (2009) sobre o tema, podemos afirmar que a reforma dos aparatos judiciais tem como motivo principal a formação de uma sociedade disciplinar. Deste modo, os suplícios como forma de pena são abolidos, dando lugar a prisão, que servia melhor a ótica liberalista. Assim, sob a égide do tratamento humanitário, as punições corporais foram deixados de lado, surgindo a prisão como pena por excelência, com o objetivo imediato de disciplinar e docilizar os corpos.

### **A mulher como objeto do Direito Penal**

Nos termos do que afirmam VALLENÇA E MELLO (2016), em seu esclarecedor artigo “Mulheres e Controle Policial no Recife do Início do Século XX”, pode-se afirmar que historicamente o Direito Penal nunca preocupou-se em estudar e legislar sobre a mulher enquanto membro do polo ativo da ação criminal, ou seja, como parte autora de ato ilícito. Os estudos que mencionaram a presença feminina no ato criminal, as colocavam, quase que exclusivamente, no polo passivo, como meras vítimas do ato criminoso. As qualificando de forma genérica de acordo com o atributo de sua personalidade violado, geralmente com relação à sexualidade.

Assim, é possível observar que a mulher é socialmente colocada em um local de fragilidade e docilidade, logo, não poderia cometer crimes. A socialização das mulheres era voltada para atividades domésticas, para cuidar dos filhos, do marido e da família, passando por um conjunto de instituições docilizadoras. Tanto a igreja quanto a família colocavam a mulher com “características responsáveis por uma construção de um estereótipo de pessoas menos capazes” (FARIA, 2010, p. 671). Entretanto, faz-se necessário observar que as mulheres negras, apesar disso, após a abolição não, ficaram submetidas a esfera doméstica apenas, pois desde sempre tiveram condições de emprego semelhantes às dos homens negros o que faz com que essas estejam submetidas por outras formas de controle, como o trabalho.

A mulher criminosa é, então, a falha de todas as instituições educadoras, pois nem a igreja, nem a família, nem o trabalho foram capazes de “educá-las”. O sistema punitivo seria, assim, como afirma LAURRAURI (1994), a última instância disciplinadora, representado ao mesmo tempo a proatividade estatal e o fracasso das instituições disciplinadoras precedentes, quais sejam: a família (em especial representada pelo pai e pelo marido) e a igreja; não necessariamente nessa ordem. Por isso, quando surgem as primeiras instituições privativas de liberdade para mulher a esfera do *ius puniendi* estatal e a igreja estiveram intimamente ligadas, como uma forma de tentar recolocar a mulher em seu lugar “devido”.

### **Fogo, magia e religião - a caça às bruxas como um dos marcos históricos da punição feminina**

Em se tratando de punição feminina, a denominada Caça às Bruxas têm papel marcante por seu caráter evidentemente misógino. A brutalidade das fogueiras que levou milhares de mulheres à morte sob a égide de serem praticantes de feitiçaria e adoradoras do demônio, ainda

se fazem presentes no ideário punitivista. Inicialmente, abordaremos a mulher criminosa na Idade Média momento da história em que milhares de mulheres foram perseguidas, como aponta o estudo feito no final do século XVI, pelo magistrado Francês Nicholas Remy, denominado “*Daemonolatreiae libri tres*”, nesta obra ocupou-se em relatar as mais de 800 execuções de bruxas que acompanhou. Asseverava em suas teses que as mulheres seriam mais suscetíveis às intervenções de espíritos demoníacos por sua insaciável busca de prazeres carnis. Como demonstrado através da obra de REMY (1597), a punição feminina na Idade Média estava estritamente ligada a sua sexualidade.

Nesse contexto, a sexualidade da mulher tem um papel maior do que aparenta, não significa apenas uma mulher que busca prazeres carnis, significa uma mulher que não aceita o papel de sujeição doméstica e que não respeita o jugo do cristianismo. Através das observações apontadas por FARIA (2010) pode-se perceber que sexualidade, beleza e capacidade de sedução eram evocadas para justificar a periculosidade, por isso afirma que “No caso das mulheres, a depender do crime, associava-se a beleza ao perigo, uma vez que as mulheres mais atraentes teriam uma capacidade muito maior de ludibriar e enganar pessoas.” (FARIA, 2010, p. 672). Portanto, uma mulher sedutora estava fora dos padrões socialmente aceitos.

Durante esse período histórico, sob o pretexto da Caça às Bruxas promoveu-se uma série de punições àquelas mulheres que não se encaixavam nas designações impostas tanto pela igreja quanto pela família. É importante notar que através das análises de Silvia Federici (2004), em seu livro “O calibã e a Bruxa”, o termo bruxa poderia significar uma gama de atributos considerados inaceitáveis à época. Seria considerada bruxa e como tal condenada, portanto, desde a curandeira à mulher que reconhecidamente utilizasse métodos anticonceptivos ou praticasse o aborto.

O fenômeno, que inicialmente estava ligado à Igreja Católica, logo ganhou moldes de legalidade. Em 1532, Carlos V, que àquela altura já era dono de boa parte da Europa, promulgou *Constitutio Criminalis Carolina*, legislação que punia às bruxas com a morte. Posteriormente, a Inglaterra regularia a punição das denominadas bruxas, o que seria seguido por países como Escócia, Espanha e Países Baixos em um processo internacional de criminalização da conduta. Assim, percebe-se que o Direito Penal estava intimamente ligado a ferramentas de controle social, já que a criminalização era e é uma forma de fazer com que as mulheres temessem a punição e permanecessem seguindo as regras impostas.

Durante a caça às bruxas os exemplos da misoginia são abundantes, as vítimas eram desacreditadas e retratadas como fracassos sociais (mulheres “desonradas” ou frustradas no amor) ou até mesmo como pervertidas que se divertiam zombando dos seus perseguidores masculinos com suas fantasias sexuais (*apud* FEDERICI, 2004). Em seus estudos FEDERICI, chegou à seguinte conclusão:

A caça às bruxas foi, portanto, uma guerra contra as mulheres; foi uma tentativa coordenada de degradá-las, demonizá-las e destruir seu poder social. Ao mesmo tempo, foi precisamente nas câmaras de tortura e nas fogueiras, nas quais as bruxas morreram, onde se forjaram os ideais burgueses de feminilidade e domesticidade (FEDERICI. 2004, p. 337-338).

Assim, é possível perceber que desde a Idade Média a mulher é constantemente forçada a manter-se em um determinado local na sociedade e boa parte dos ideais construídos durante essa época são mantidos atualmente.

A escritora feminista Anne Llewellyn Barstow em sua obra “*Witchcraze: A New History of the European Witch Hunts*”, também argumenta que o papel econômico teve importante influência no genocídio feminino da Idade Média, Barstow argumenta que entre outros fatores, o maior valor dado ao homem por sua força produtiva possibilitou a maior punição de mulheres

(*apud* FEDERICI, 2004). Assim, pode-se perceber a ligação entre capital, igreja e punição. Na transição para o capitalismo, como afirma FOUCAULT (2009), corpos produtivos eram aqueles docilizados e úteis ao trabalho, o que fazia com que as mulheres fossem menos valiosas, sob essa ótica, e por isso poderiam ser violadas sem prejuízos à sociedade.

### **Ciência preconceituosa? O positivismo e o papel feminino no século XIX**

Quase três séculos depois, o pai da Escola Positivista Césare Lombroso junto com o jornalista italiano Guglielmo Ferrero, analisam o comportamento da mulher delinquente em um livro denominado *“La Donna Delinquente: La Prostituta E La Donna Normale”*, neste estudo, os criminólogos positivistas se ocupam em retratar a mulher como uma figura inferior aos homens nos sentidos mais amplos. FERRERO E LOMBROSO (2019) classificaram as mulheres delinquentes em dois grandes grupos: as prostitutas e as criminosas, as primeiras seriam responsáveis por pequenos delitos como furtos; as segundas por seu turno cometeriam crimes mais degenerados e teriam características mais cruéis, essas, segundo os autores, teriam características masculinas.

O século XIX foi marcado pelo positivismo social e criminológico, tomando-se a ciência como nova razão social buscou-se estudar os motivos e meios de delinquência, na incansável busca pelo criminoso nato. Como preleciona FARIA (2010), com o advento da escola positivista introduziu-se no cenário criminológico o método científico com o objetivo de identificar os chamados estigmas de modo a classificar biologicamente os seres humanos. A ideia central, por mais perversa que possa parecer, é gerar um determinismo penal, de modo a identificar características biológicas inatas que determinariam se tal indivíduo é apto ou não para a prática criminal.

De fato, o que começou a ocorrer a partir das análises positivistas foi um reducionismo biológico marcadamente preconceituoso. Um dos primeiros a difundir tais teorias foi o engenheiro ferroviário Hebert Spencer, que introduziu a noção de Darwinismo Social, pela qual, tal como os demais animais, o ser humano também evolui, sobrevivendo a raça mais avançada. Por isso, os criminólogos da época passaram a inferir que as pessoas que cometiam crimes seriam as “menos evoluídas” da sociedade e buscaram quais seriam as características comuns a esses indivíduos.

Percebe-se o marco da Escola Positivista no que tange à criminalidade feminina, especialmente nos estudos de Ferrero e Lombroso a condição de criminalidade feminina está diretamente ligada à sexualidade. Além disso, é evidenciada em alguns trechos como o descumprimento de um papel social historicamente imposto poderia pressupor-se a degeneração. Para esses autores, a mulher criminosa tem a aparência normal, diferente do homem criminoso, que poderia ser identificado por suas características físicas, por isso a maior dificuldade em identificá-la (*apud*, FARIA, 2010), desse modo, a mulher criminosa poderia ser identificada pelo seu comportamento desviante.

A maternidade, nesse contexto, aparece como condição crucial do comportamento feminino, nas palavras dos autores “A maternidade é, portanto, a característica da mulher [...]. Dela deriva quase toda a sua variabilidade orgânica e psíquica.” (FERRERO; LOMBROSO, 2019, p. 17). Portanto, mulheres que não desenvolvessem sua função biológica seriam propensas à degeneração. É importante notar que a mera condição de não cumprir uma função biológica, para a escola positivista, já consistiria em uma espécie de “pré-crime” uma vez que estes consideravam o não cumprimento de uma função biológica e social uma degeneração por si só.

As mulheres que não cumpriam o papel biológico de ser mãe e esposa, eram perigosas, seriam perigosas também aquelas mulheres que segundo FERRERO e LOMBROSO (2019) são o

oposto da considerada mulher atraente, seria aquela com características físicas e comportamentais masculinas. Assim, a mulher seria perigosa por “sua semelhança com o homem ou seja por ter rompido com o padrão de comportamento tradicional feminino” (FARIA, 2010, p. 672). Analisando esse argumento percebe-se que a mulher é duplamente criminalizada, não só pela sua conduta delituosa (que muitas vezes confundia-se com norma social) como também por romper com o comportamento que é esperado dela, social e biologicamente.

### **De volta à cozinha: o liberalismo econômico e a docilização dos corpos**

A prisão como pena por excelência surge com o advento do liberalismo econômico com a função essencial de criminalizar o ócio, padronizar e docilizar os corpos, adequando-os ao trabalho produtivo e instalando-os em seus papéis sociais por natureza. Ao se tratar da privação de liberdade feminina, observa-se que o primeiro presídio destinado a este fim surge em Amsterdam datado de 1645 (ANDRADE, 2011). Segundo ANDRADE (2011), tal presídio era considerado uma instituição modelo, abrigando mulheres pobres, criminosas, bêbadas e prostitutas. A partir do século XIX as casas de correção para mulheres começaram a surgir com mais frequência, quase sempre geridas por uma instituição religiosa. O que se visava era reeducar a mulher à cumprir o seu papel social, especialmente nos afazeres domésticos e religiosos.

Convém ainda salientar que a iniciativa de criar as primeiras casas de detenções exclusivamente femininas partiu da Igreja Católica, mais especificamente, com a congregação Bom Pastor. Acerca do tema, AGUIRRE (2009) retrata que tais casas de detenção eram unidades semiautônomas que funcionavam à margem do poder judiciário, seguindo o sistema casa de internação - convento, reeducando as mulheres às atividades que elas não deveriam ter deixado de cumprir, como mãe e esposa. Ao analisar estes dados pode-se notar que a prerrogativa para a punição feminina sempre esteve no descumprimento do papel social patriarcalmente atribuído a sua condição de gênero. É possível notar que muitas vezes essas mulheres perderam sua liberdade ou até mesmo a vida, sem de fato cometerem um crime em *strictu sensu*, o mero descumprimento de seu papel social já às qualificava como potencialmente degeneradas ou criminosas.

Faz-se necessário pensar a condição das mulheres negras no surgimento das prisões, pois diferentemente das mulheres brancas, essas não estavam submetidas somente à esfera doméstica, pois durante a escravidão trabalhavam não só nessas atividades mas também nas rurais, com um papel semelhante aos dos homens negros. Assim, a forma de punição das mulheres negras é diferente das demais. Enquanto a mulher branca é ressocializada para voltar ao seu lar, a mulher negra é punida também por delitos que estavam ligados a vadiagem, como apontam Valença e Mello (2016) em seus estudos. Apreciando então essa divisão, observa-se que como a mulher negra já estava fora da esfera doméstica era punida por não ser útil ao trabalho.

### **Atravessando o atlântico - revisão histórica da punição feminina em terras brasileiras.**

Pouco estudava-se a mulher enquanto sujeito ativo de crimes, uma vez que, historicamente as mulheres são colocadas enquanto vítimas. Como afirmam Valença e Mello: “O Direito Penal apenas se preocupou com a mulher para categorizá-la na condição de sujeito passivo dos crimes sexuais, como “virgem”, “honesta”, “prostituta” ou “pública”, e, ainda, a “simplesmente mulher” ”(2016, p. 664). Entretanto, é importante observar que apesar da legislação civil não considerar a mulher como ser dotado de capacidade, o que apresentava inúmeras restrições aos seus direitos, especialmente patrimoniais, para o Direito penal a mulher

sempre pôde cometer qualquer crime, sem nenhum tipo de redução de pena. Assim, nota-se que o Direito estava permeado de estigmas que ao mesmo tempo retiravam direitos da mulher, impedindo o exercício de sua cidadania plena, mas não deixava de puni-las como iguais.

No Brasil, a primeira penitenciária, a atual Talavela Bruce, foi criada em 1942, pelo Decreto Lei 3971 de 24.12.1941, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, FARIA (2010). Com relação à estatística penitenciária, as mulheres sempre foram minoria nos estabelecimentos prisionais, no entanto, esse fato parece que não se deve a questões ligadas a sua suposta "natureza dócil", mas por razões "relacionadas ao nosso modelo de construção social" (FARIA, 2010, p. 6073). Por isso, a punição das mulheres no início do século XX estava bastante ligada às normas sociais, os ideais de crime e pecado interligavam-se como forma de contenção de comportamentos desviantes.

Prova disso é que quando as penitenciárias femininas surgem são administradas por religiosos, exemplo disso é que no Brasil "a primeira penitenciária de mulheres ficou sob a administração da Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d'Angeles e deveria funcionar como uma espécie de Internato ou Convento, onde as mulheres pudessem recuperar, através da religião e bons costumes" (FARIAS, 2010, p. 6074). A oração e os afazeres domésticos eram considerados fundamentais no processo de recuperação das delinquentes. As detentas eram obrigadas a trabalhar em tarefas "próprias" de seu sexo (costurar, lavar, cozinhar). Outra problemática desse sistema é que como servia para reeducação de mulheres admitia-se não só mulheres presas como também a presença de mulheres sem mandado judicial (*apud*. FARIAS, 2019), uma violência grave a lei.

A partir da década de 1930 o controle de mulheres através do Direito penal intensificou-se. No Código Penal de 1940 foram tipificados os delitos de Vadiagem (art. 59) e o de Contágio Venéreo que se consuma "com o simples fato da exposição a perigo de contágio". Tanto os estudos de Faria (2010) e Valença e Mello (2016) apontam que inúmeras mulheres foram presas por essas condutas, principalmente as prostitutas. Faria (2010) afirma que "nas décadas de 30 e 40 foi intenso, no Brasil, o combate à prostituição e a defesa dos ideais femininos"(p. 673). Esses estudos apontam ainda como a violação das normas de gênero interferia na criminalização das condutas, uma vez que as mulheres "recatadas e do lar" não seriam punidas.

A pesquisa de Valença e Mello traz uma importante observação sobre os motivos das prisões de mulheres no Recife no ano de 1920:

O sexo, como se observa, aparece como uma variável determinante no que diz respeito ao motivo da prisão, já que, de todas as prisões de mulheres, 67,74% fundavam-se no estado de loucura delas, ao passo que, entre os homens, os motivos que mais desencadeavam a prisão eram a desordem (36,7%) e os pequenos furtos (33,16%). A loucura não chegava a 16% das causas do controle policial sobre homens. (MELLO, 2016, p. 673).

Essa reflexão ajuda a compreender que os aspectos comportamentais das mulheres são muito mais relevantes do que os dos homens, também aponta que aquelas desviantes do comportamento esperado eram consideradas loucas, sendo essa também uma forma de controle. Logo, se subvertessem a ordem de seu papel social restava às mulheres do século XX quatro opções de segregação: ao lar, ao convento, aos hospícios ou prisões.

O recorte de raça também faz-se necessário ao analisar as prisões de mulheres negras, como infere-se em: "as mulheres negras eram presas como uma mulher louca de nome ignorado, mas por também serem desordeiras, embriagadas, praticantes de catimbó e ofensoras da moral." (VALENÇA; MELLO, 2016, p. 673). Dessa forma, as mulheres negras eram criminalizadas também por não serem cristãs e ao serem identificadas como desordeiras, delito predominantemente masculino, tinham um comportamento reprovável, já que demonstra a



equivalência dos seres da espécie humana. Além disso, como espera-se da mulher negra que ela dedique-se ainda mais ao trabalho, estas eram punidas como desordeiras ao fugir desse padrão.

Apenas no final do século XX é que ocorreu a devida preocupação com mulheres encarceradas, já que até então não havia, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação que pelo menos em tese garantisse equidade à essas mulheres. Em 1984 foi aprovada a Lei de Execução Penal (LEP), “que assegura às mulheres, dentre outros direitos comuns a qualquer detento, independentemente do sexo, a conquista do direito ao alojamento em celas individuais e salubres, sendo as mulheres recolhidas em ambientes próprios e adequados a sua condição pessoal” (FREITAS, 2019, p. 1). Essa codificação tem um caráter importantíssimo para garantir os direitos de sujeitos que durante tantos séculos foram restritos de direitos.

## **VIVÊNCIAS EXTENSIONISTAS: ANÁLISE DO CÁRCERE NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL FEMININO SANTA LUZIA E NO CENTRO PSIQUIÁTRICO JURÍDICO PEDRO MARINHO SURUAGY (CPJ)**

### **Extensão ou comunicação? O projeto Reconstruindo Elos como espaço de discussão**

O Reconstruindo Elos é um projeto de extensão da Universidade Federal de Alagoas, pertencente à unidade acadêmica de Direito, orientado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elaine Pimentel. A proposta da atividade é simples: realizar visitas semanais a unidades prisionais de maneira a conhecer esses espaços e entender suas dinâmicas, além disso pretende-se atuar com os reclusos em um processo dialógico de conhecimento. As atividades se dão em três espaços distintos, no Presídio de segurança média Professor Cyridião Durval e Silva, no Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia e no Centro Psiquiátrico Jurídico Pedro Marinho Suruagy (CPJ), este último conta com reclusos de ambos os sexos.

A proposta de extensão promovida pelo Reconstruindo Elos aproxima-se da ideia freireana trazida em Extensão ou Comunicação (1983). Os integrantes do projeto que vão semanalmente ao sistema prisional e convivem com as pessoas encarceradas não buscam meramente auxiliar em uma eventual ressocialização, muito pelo contrário, a proposta é que haja mútuo conhecimento e aprendizagem, através de uma relação dialética de troca de conhecimentos e experiências. Desse modo, durante mais de um ano de convivência semanal com o sistema carcerário e com suas dinâmicas foi possível encontrar pontos em comum entre os estabelecimentos visitados, pontos que ficaram gritantemente escancarados em especial no que tange ao encarceramento feminino, nos moldes do que será retratado nos depoimentos a seguir.

### **Triste, louca ou má? A tripla estigmatização sofrida dentro do CPJ e as dinâmicas do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia**

O Centro Psiquiátrico Jurídico Pedro Marinho Suruagy (CPJ) é um presídio misto, de modo que há uma convivência – por mais que tente ser evitada – entre homens e mulheres. O CPJ abriga 80 pacientes dentre os que estão condenados, em prisão provisória ou cumprindo medida de segurança. Destes 80 pacientes, 9 são mulheres, todas alojadas em uma área separada dos pacientes masculinos. Conforme dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (SERIS) de Alagoas em Outubro de 2019, há 163 recolhidas na presidiária feminina.

É possível notar que no Centro Psiquiátrico as pacientes sofrem uma tripla estigmatização: pelo crime, pela condição feminina e pela loucura. Como na maioria dos estabelecimentos prisionais visa-se a docilização e padronização dos corpos. Seguindo a lógica de FOUCAULT (2009),

a intenção é que o corpo seja útil para o trabalho como força produtiva, desse modo, o corpo útil é ao mesmo tempo aquele que é produtivo e submisso.

Dentro do CPJ é possível observar a repressão da sexualidade das pacientes ao passo que estas sofrem constantemente com o preconceito de agentes de ambos os sexos, para além do crime, o descumprimento do papel social de mãe, esposa, mulher do lar, causa repulsa aos olhos dos supostos arautos da justiça. Além disso, em ambos os presídios, há uma grande reprodução da lógica patriarcal em que a mulher deve ser reeducada para sua função doméstica. A maioria dos trabalhos ou atividades oferecidas reproduzem essa condição, são exemplos atividades como: pinturas de tecidos e manufaturas de pequenos artesanatos de utilidade domésticas.

Ao analisar a obra de PIMENTEL (2015) pode-se dizer que a padronização imposta desde as vestimentas utilizadas até o modelo de cabelo que se deve usar, progressivamente culmina na perda do *self* ou seja, na eliminação de subjetividades em todas as esferas possíveis. Durante as visitas do projeto foi possível observar que apesar da imposição de vestimenta as reclusas resistem a mortificação do *self* e desconstróem o estereótipo de mulher criminosa, pois as que desejavam sempre estavam com unhas decoradas, cabelos pintados e bem cuidados. Espera-se encontrar no presídio feminino mulheres fora do padrão que a sociedade deseja, as ditas desleixadas, as mulheres más e de certa forma, masculinas. O que ocorre, na verdade, é que há diversos gostos para cabelos e unhas e cada uma utiliza o que a agrada mais. A partir dessas vivências percebe-se que o cárcere para mulheres é um ambiente cheio de diversidade em que as mulheres resistem diariamente aos padrões estabelecidos.

## CONCLUSÃO

A pena sempre teve uma relação de causa e efeito com a lei e por conseguinte com o direito de uma maneira geral, o brocardo clássico “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” reflete essa relação íntima. Nesses moldes, como bem estudado por RUSCHE E KIRCHHEIMER (2004) as penas e o próprio direito de uma maneira geral, sempre se modelaram para servir e se adequar ao modelo de produção vigente à época.

Cabe salientar ainda que a imputabilidade criminal e a criação de tipos penais pressupõe prerrogativas punitivas. Deste modo, toda lei e em especial a lei penal sempre se apoiou em costumes sociais que lhe deram sustentação. Assim, é parte essencial do estudo criminológico, entender como essas prerrogativas se desenvolveram ao longo da história. Em se tratando de punição feminina, a análise desses pressupostos é de especial relevância posto o seu caráter evidentemente misógino.

Não obstante a punição feminina tenha se iniciado muito antes da Caça às Bruxas - podemos aferir que a primeira punição feminina que se tem relato data da própria criação do mundo, tendo em vista o pecado original cometido por Eva - tal evento se mostra importante pela instrumentalização punitiva até então nunca vista, foi a primeira vez que se preocupou em legislar de fato sobre a punição feminina em um processo que não se prendeu às fronteiras de uma região específica.

Posteriormente, com o advento da escola Positivista a análise da mulher criminosa seguiu um reducionismo biológico, tendência da época. A degeneração moral surgiu como pressuposto principal para determinar a aptidão para a criminalidade, e como é de se esperar, para uma mulher se considerada degenerada, bastava meramente não cumprir um papel social - biológico, como ser mãe, por exemplo.

Com o advento do liberalismo econômico e o desenvolvimento do cárcere como pena por excelência a punição feminina também passou por nítidas alterações, dando os primeiros passos para a atual situação do cárcere feminino. Como foi possível averiguar através de revisão bibliográfica, a prisão, que se configurava como uma mistura de retiro religioso e clínica de reabilitação para as atividades domésticas - cumpriu o papel de docilizar e domesticar os corpos femininos para as necessidades da sociedade vigente. Realocando-as no seu lugar moral, como esposa subordinada, mãe zelosa e filha obediente.

Ao analisar o sistema carcerário atual através das vivências extencionistas proporcionadas pelo projeto Reconstruindo Elos, é possível concluir que apesar de atualmente as mulheres não sejam encarceradas apenas por serem o que são - muito embora haja precedentes em sentido contrário - elas são punidas e estigmatizadas duplamente por descumprirem um papel social patriarcalmente imposto.

Desse modo, ao longo da História e inclusive na contemporaneidade a mulher é criminalizada não apenas por infringir um fato típico de uma norma penal. É criminalizada por desobedecer o papel social patriarcalmente imposto, é punida por não ser mãe, esposa, dona do lar. Ao comparar às bruxas queimadas na idade média, as mulheres degeneradas da escola positivista e as mulheres que encontramos no cárcere atual podemos notar que muito há em comum entre elas.

Não obstante a diferença de séculos entre sua existência e a forma de punição adotada, todas foram punidas, em especial, por não cumprirem um papel social comumente aceito e determinado. De modo que esta infeliz realidade, demonstra que pouco se evoluiu nos séculos passados no que tange a punição feminina, de modo que é possível afirmar que as grades de hoje poderiam ser facilmente, as fogueiras de séculos atrás.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco. 2009.

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil (1930-1950)**. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ALAGOAS, Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (SERIS). **Mapa Diário Da População Carcerária** - Plantão de 01/10/2019 à 02/10/2019. Maceió, 2019. Disponível em: <[http://www.seris.al.gov.br/arquivos/MAPA%2001\\_01.10.2019%20A%2002.10.2019.pdf](http://www.seris.al.gov.br/arquivos/MAPA%2001_01.10.2019%20A%2002.10.2019.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2019.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. **O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal**. Disponível em: <[http://revistapensar.com.br/direito/pasta\\_upload/artigos/a187.pdf](http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a187.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2019.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** 7a Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FARIA, Thaís Dumê. **A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. 2010.

FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. **A mulher delinquente: A prostituta e a mulher normal**. Disponível em: <<http://www.antoniofontoura.com.br/pdf/a%20mulher%20delinquente%20lombroso%20ferrero.pdf>>. Acesso em: 25 Set. 2019.

- FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: história das violências nas prisões**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LARRAURI, Elena (comp.). **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madrid: Siglo veintiuno. 1994. p. 17-41.
- PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX)**. tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- PIMENTEL, Elaine. **As mulheres e a vivência pós-cárcere**. Maceió: Edufal, 2015.
- REMY, Nicholas. **Daemonolatreiae libri tres**. Palthenius. Bavária: 1597. Disponível em: <https://warburg.sas.ac.uk/pdf/fdh198b3224950.pdf>. Acesso em: 25 Set. 2019
- RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Mulheres e controle policial no Recife do início do século XX**. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 659-677, 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

# REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DA DEFICIÊNCIA NA PUBLICIDADE BRASILEIRA: O DIA DAS MÃES DO BOTICÁRIO NO ANO DE 2019

**Lia Beatriz Teixeira Torraca**

Mestre e Doutoranda em Direito (PPGD-UFRJ)

**Alessandra Moraes de Sousa**

Doutoranda em Direito (PPGD-UFRJ)

## INTRODUÇÃO

Em se tratando do tema diversidade e minorias, as pessoas com deficiência formam, provavelmente, o grupo mais heterogêneo<sup>1</sup>. Não somente pelos diferentes tipos de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, mas, sobretudo, pela possibilidade de interseccionalidade da deficiência<sup>2</sup> às perspectivas de gênero, étnica, racial e religiosa. Apesar disso, as pessoas com deficiência são, ainda, discretamente representadas, seja no espaço político, nos debates acadêmicos, ou na grande mídia escrita, televisiva e digital, muito embora este quadro venha se modificando.

Cumprido destacar que no campo publicitário é perceptível o crescimento desta representação. Conforme dados fornecidos pela Gadim Brasil<sup>3</sup> sobre publicidade relacionada às pessoas com deficiência, o número de campanhas vem se ampliando desde 2015. De acordo com a mesma fonte, o ano de 2019 registrou a representatividade de pessoas com deficiência em cinco peças publicitárias, todas veiculadas por ocasião do Dia das Mães<sup>4</sup>. A associação a esta data festiva chamou nossa atenção e nos levou à proposta de analisar o modo como a deficiência foi problematizada no contexto destas campanhas, tomando como caso de análise a campanha da empresa O Boticário para o Dia das Mães no ano de 2019.

É possível observar uma mudança no comportamento empresarial da referida marca a partir de campanhas que buscam associá-la a grupos considerados minoritários em nossa sociedade. Faz-se necessário investigar se esse comportamento está relacionado à estratégia mercadológica para ampliação de mercado consumidor desta empresa ou se a intenção precípua é a visibilidade, inserção e identificação dos integrantes daqueles grupos como potenciais consumidores da marca.

A pesquisa utilizou duas abordagens metodológicas: o método bibliográfico, com referenciais em Colin Barnes, Romeu Sasaki e Lennard J. Davis; o método empírico, empregado

---

<sup>1</sup> As pessoas com deficiência formam a minoria mais numerosa. De acordo com dados divulgados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no Relatório Mundial sobre Deficiência, de 2011, cerca de um bilhão de pessoas no mundo têm alguma deficiência, o maior número delas localizado entre as camadas sociais mais baixas de países pobres. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

<sup>2</sup> De acordo com o conceito de deficiência constante da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), art. 2º, há uma distinção entre impedimentos e deficiência. Impedimentos são limitações de longo prazo, de ordem física, sensorial, mental ou intelectual. Deficiência é o resultado da interação entre a pessoa que tem impedimentos e os fatores ambientais e barreiras sociais que interferem em sua participação plena e igualitária na sociedade. O preâmbulo da Convenção dos Direitos das Pessoa com Deficiência (CDPD), alínea e, ressalta que o conceito de deficiência está em evolução.

<sup>3</sup> A Gadim Brasil é o braço nacional da Aliança Global para Inclusão das Pessoas com Deficiência na Mídia e Entretenimento, que é uma organização da sociedade civil.

<sup>4</sup> Informações disponíveis em: <<https://www.gadimbrasil.org/publicidade-inclusiva>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

como suporte para a interpretação de dados e análise de discurso, a partir de autores como Patrick Charaudeau, Silvan Tomkins, Brian Ott, Brian Massumi, entre outros. Vale registrar que a campanha do O Boticário produziu dois vídeos, um mais longo e outro mais curto. Nosso foco de análise é na peça mais longa, que tem a duração de um minuto e um segundo.

## **A CAMPANHA DO DIA DAS MÃES DO O BOTICÁRIO NO ANO DE 2019**

A campanha do Dia das Mães do O Boticário no ano de 2019 apresentou duas versões: uma peça publicitária com um minuto e um segundo de duração<sup>5</sup>, tendo como mote a frase: "Você sabe o quanto sua mãe é incrível, mas quase nunca fala pra ela."; e uma versão reduzida, de quinze segundos<sup>6</sup>. A versão reduzida se inicia no cenário de uma sala de estar. Há uma família sentada num sofá trocando presentes por ocasião do Dia das Mães: duas mulheres ao centro, uma jovem e uma criança do lado esquerdo, um rapaz do lado direito. O produto objeto da peça é desde logo apresentado. Na cena seguinte, uma das mulheres diz emocionar-se no Dia das Mães, sobretudo com sua irmã que está a seu lado. Constata-se, então, não se tratar de um casal homoafetivo. Logo após, é apresentada a cena da aprovação no vestibular do rapaz, que é imediatamente identificado como uma pessoa com deficiência. Na cena final uma das mãe exhibe, mais uma vez, o produto comercializado e recebe um beijo de seu filho, que declara: "Mãe, eu te amo!". Finaliza-se o vídeo com a logomarca do O Boticário.

A propaganda mais longa é dividida em dois blocos, sendo o primeiro introduzido por uma mulher num espaço familiar, sentada de modo confortável no sofá da sala de estar. Ela introduz a seguinte frase: "Eu sempre me emociono no dia das mães. Principalmente com a minha irmã." A câmara abre. A irmã é focalizada e diz: "Meu filho é incrível. Há um tempo ele me disse que queria ser advogado. Eu achava que o dom dele era outro. Mas aí eu pensei: eu sempre o encorajei a tomar as próprias decisões. A correr atrás dos seus sonhos. E foi isso que ele fez. Passou em Direito."

As imagens apresentadas durante a narração da versão longa trazem situações típicas da infância: a criança desenhando sozinha em uma escrivania decorada por dinossauros de brinquedo enquanto a mãe o observa; aprendendo a andar com os pés sobre os de um adulto; passeado ao sol nos ombros de sua mãe; sozinho no galho de uma árvore; caminhando em um deck com sua mãe; explorando sozinho um lago, vestido de bota e máscara; sentado à beira do lago com sua mãe, encostando os pés na água; acarinhando uma vaca junto de pessoa não identificada; correndo ao lado de alguém; mergulhando com óculos de natação, sozinho. Em nenhum momento é mostrado com clareza o rosto da criança. As cenas nas quais não se identifica quem a acompanha, nos leva a presumir que se trate da mãe.

O segundo bloco introduz a imagem de um rapaz buscando seu nome em uma lista de aprovados no vestibular. Ele se vira para saudar a mãe, com um sorriso no rosto diante do seu sucesso. Constata-se que o jovem é uma pessoa com deficiência intelectual, mais especificamente, Síndrome de Down. Mãe e filho se abraçam. Retorna-se ao cenário inicial, onde o filho entrega um presente à sua mãe e diz: "Mãe, eu te amo!". Ambos se abraçam, a mãe com lágrimas nos olhos. Uma fotografia em preto e branco é projetada na tela, informando ser a propaganda inspirada numa história real, mostrados seus protagonistas. Em seguida, o produto objeto da publicidade é apresentado sob o slogan da campanha. A cena final é retorna ao cenário inicial, exibindo as duas irmãs e seus respectivos filhos. A propaganda se encerra com a logo da marca.

<sup>5</sup> Vale registrar que o termo usado para impulsionar a campanha na rede mundial de computadores foi "#Contapraela". Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=U60mFjqsTLw>>. Acesso em 14 jun. 2019.

<sup>6</sup> Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NsUIQw2U3hQ>>. Acesso em 14 jun. 2019.

Cumprir destacar que a marca O Boticário é propriedade de uma empresa de cosméticos e, portanto, trabalha com imagem e o sensorial. Ao longo de toda a propaganda, observa-se que o intuito é capturar a percepção do consumidor. Resta saber qual dosimetria da emoção será impressa.

## REPRESENTAÇÕES SOCIAIS E DEFICIÊNCIA

As representações sociais<sup>7</sup> da deficiência como resultado da cultura e práticas de uma comunidade são o tema de investigação do chamado *Cultural Disability Studies*<sup>8</sup>, ou modelo cultural. Shakespeare (2014) pontua que este modelo nasce das análises da deficiência a partir da visada das Ciências Sociais, adentrando em campos como imaginário cultural, corpo, afetos. Assim, dialogariam com teorias feministas, de raça e *queer*, estabelecendo paralelos com as experiências de opressão e marginalização desses grupos. Ainda segundo o autor, as investigações deste modelo questionam o sentido e significado de deficiência, deslocando a análise do corpo e suas limitações para focar o discurso, as práticas e a cultura da sociedade na qual o sujeito está inserido. Logo, as reflexões colocam-se para além dos fatores individuais, buscando compreender os processos de exclusão e discriminação experienciados pelas pessoas com deficiência a partir do contexto social. A exploração dessa perspectiva permitiria, ainda, observar como a deficiência é vista de modo diverso no tempo e no espaço, assim como é relativa e contingente.<sup>9</sup>

Um dos recursos de análise empregados nesta vertente de estudo é a observação do modo como as pessoas com deficiência são retratadas no domínio das Artes: no cinema, literatura, artes plásticas, teatro, telenovelas, entre outros. As manifestações culturais e artísticas podem ser tidas como reflexo espontâneo da maneira como uma sociedade significa uma categoria. Nesse sentido, mesmo a ausência de obras é significativa e eloquente. Demonstra que a categoria encontra-se invisibilizada, sequer se inscreve na autoimagem da comunidade, o que significa ver-se representado nessas produções, ainda que estas evoquem percepções negativas.

Analisando produções de teledramaturgia e cinematográficas exibidas na Inglaterra, Barnes (1992) nelas identificou 12 formas recorrentes de se retratarem pessoas com deficiência, as quais costumam ser, muitas vezes, combinadas. São elas: como alguém patético, destinatário de pena e piedade; objeto de violência; uma pessoa diabólica ou má; peças singulares e exóticas; portadores de super capacidades e habilidades; alvo de piadas e exposição ao ridículo; como seu único e próprio inimigo; fardos para os familiares ou pessoas próximas; pessoas cuja sexualidade é anormal ou exacerbada; incapazes de participar da vida em comunidade; pessoas normais.

O autor identifica essas representações como estereótipos, os quais acabariam por desumanizar ou medicalizar a condição de deficiência e, até mesmo, associá-la à criminalidade. Mesmo o estereótipo da pessoa com deficiência enquanto sujeito comum e ordinário sofre críticas de Barnes (1992, p.18-19), embora reconheça o valor destas iniciativas. Sua desaprovação está no fato de ser apresentada a pessoa com deficiência de modo unidimensional, quer por desfocar os

---

<sup>7</sup> O conceito está aqui utilizado segundo Jodelet (2001), entendido como o conjunto de concepções socialmente compartilhadas acerca de categorias, institutos, práticas etc., capazes de conferir intelegibilidade à realidade social.

<sup>8</sup> *Disability Studies* ou Estudos de Deficiência é um campo transdisciplinar, que se dedica a investigar a deficiência, enquanto fenômeno complexo e multifacetado, a partir da perspectiva de diferentes áreas do saber. Os estudos culturais seriam uma de suas vertentes de pesquisa, além das abordagens materialistas, com base no Marxismo, e o realismo crítico. Ver Shakespeare, 2014.

<sup>9</sup> Sousa (2017, p.12-13) destaca que o objeto hoje denominado por deficiência não corresponde, exatamente, a categorias do passado que com ele encontrem semelhança, pois estas concepções são determinadas pelos saberes prevalentes em cada época. Daí, serem registradas diferentes nomenclaturas ao longo do tempo. Por conseguinte, não se deve encarar as questões pertinentes à deficiência sob uma ótica unilinear de progresso.

impedimentos, que são parte fundamental da identidade do sujeito; quer por enfatizar elementos simbólicos, como é o caso da cadeira de rodas ou o cão guia, os quais não servem a traduzir a experiência de todas as pessoas em ter um impedimento e uma deficiência. Outra consequência vislumbrada por Barnes (1992) quanto a se retratar pessoas com deficiência sob uma aparente neutralidade é encobrir a opressão por elas experienciada no dia a dia, os obstáculos que enfrentam para participação e respeito a sua condição em atividades basilares, como educação, mobilidade urbana e trabalho. E alerta para os possíveis efeitos negativos daí advindos, que poderiam levar a uma naturalização da deficiência enquanto especificidade acolhida e reconhecida numa sociedade que, em verdade, ainda não é inclusiva. A visibilização das diferenças e a importância em destacá-las objetiva oferecer às pessoas com deficiência as mesmas oportunidades que conta o restante da sociedade, reforçando a necessidade de ações afirmativas com cunho anti-discriminatório e de redução de barreiras sociais.<sup>10</sup>

Por conseguinte, ao reforçarem percepções negativas ou equivocadas, aqueles estereótipos seriam prejudiciais tanto para pessoas com deficiência como não deficientes. Consoante Barnes (1992), não é suficiente apenas retratar pessoas com deficiência nas mídias de massa. É preciso estar atento à linguagem, aos valores e percepções nela evocados sobre a deficiência:

“Ao retratar pessoas com deficiência na mídia, é importante lembrar que o grande público possui poucas informações sobre as barreiras ambientais e sociais que impedem as pessoas com deficiência de viver uma vida plena e ativa. Viver com deficiência significa ser confrontado diariamente com barreiras ambientais e sociais; qualquer forma de retratar pessoas com deficiência, em qualquer contexto, que não mostre esta experiência é grosseiramente imprecisa e causa maior para que esta situação continue a existir.”<sup>11</sup> (BARNES, 1992; p.22 - livre tradução).

A estereotipação também foi identificada na pesquisa de Santos e Silva (2017) em imagens representando pessoas com deficiência constantes de livros didáticos integrantes do Plano Nacional do Livro Didático (PNLD), indicados para uso do sexto ao nono ano do Ensino Fundamental no Brasil. A partir da análise de noventa e duas imagens, as autoras identificaram a predominância de imagens de pessoas cadeirantes, denotando uma associação simbólica entre deficiência física e cadeiras de rodas, por ser esta um equipamento familiar ao público. Além disso, as pessoas com deficiência foram retratadas sorrindo, estudando, em duplas ou grupos. A conclusão das autoras é de que essas representações são padronizadas e niveladas, contribuindo

---

<sup>10</sup> De acordo com o art. 3º, inciso IV da Lei 13.146/2015, barreiras são: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

<sup>11</sup> No original: *“When portraying disabled people in the media it is important to remember that the general public have little insight into the environmental and social barriers that prevent them from living full and active lives. Living with disability means being confronted with environmental and social barriers daily; any portrayal of disabled people, in whatever context, which does not reflect this experience is both grossly inaccurate and a major cause of their continued existence.”*



em homogeneizar as pessoas com deficiência e propagar estereótipos, como o não trabalho e a falta de autonomia.

Para Miquel Alsina<sup>12</sup>, o estereótipo tem origem no procedimento de impressão denominado estereotipia, que é a reprodução a partir de um molde. Seria, então, “a aplicação do conceito a uma circunstância, a uma determinada realidade, partindo de um molde pré-configurado, sem levar em conta se está se tratando de molde certo ou não, para a interpretação de tal fenômeno” (ALSINA, 2009; p. 275). Alsina defende que o preconceito tem uma noção mais abrangente, porque alguns preconceitos socializados acabam por se tornar estereótipos (p. 275-276); ressaltando que os dois conceitos se relacionam com a criação de sentido, ou seja, uma operação complexa, cognitiva e emotiva. Esta operação se traduziria em um “processo contínuo de socialização” que, segundo Alsina, “é um fato determinante na construção do universo referencial, um processo biográfico, seja ele social ou individual” (p. 273). Ele ressalta que preconceitos e estereótipos fazem parte do nosso universo referencial e permitem a construção do nosso sentido das coisas e do mundo<sup>13</sup>. Essa construção projeta nossa intenção em reduzir a complexidade da realidade, ou dar sentido a realidades das quais temos pouca informação, ajudando a tranquilizar nossa ansiedade e nossa incerteza diante da falta de sentido de uma situação, defende Alsina, explicando a criação e manutenção de preconceitos e estereótipos (p. 274). Por isso, “antes de mudarmos os nossos preconceitos, preferimos converter o que não se ajusta a eles, numa exceção.” (p. 277). Alsina enfatiza que os preconceitos são responsáveis por uma percepção seletiva da realidade, “que só se ajusta aqueles elementos que constata o estereótipo ou simplesmente interpreta, através de um viés, o acontecer nesse mesmo sentido” (p. 277).

Walter Lippmann estruturou sua teoria sobre opinião pública a partir dos estudos sobre estereótipo como uma imagem construída sócio-culturalmente. Lippmann, em seu livro *Opinião Pública*, dedica um capítulo sobre estereótipos, enfatizando que estes projetariam imagens pré-concebidas. Imagens produzidas a partir de um relato que, segundo o autor, é “o produto conjunto do conhecedor e do conhecido, no qual o papel do observador é sempre seletivo e usualmente criativo” (LIPPMANN, 2008; p. 84). Lippmann destaca que os fatos que vemos dependem do nosso ponto de referência e “dos hábitos de nossos olhos” (p. 84), e na maioria dos casos, ressalta, “nós não vemos em primeiro lugar”, “nós definimos primeiro e então vemos” (p. 85), aí residiria a confusão do mundo exterior e a dificuldade em se permitir a novas experiências (p. 91), pois neste mundo estereotipado, apesar de não ser o ideal, “é aquele que esperávamos que fosse” (p. 103), o que implica em um mundo “seguro”, aquele que já conhecemos.

Lippmann admite que a estereotipização<sup>14</sup> é capaz de provocar uma mudança mental, que se daria por intermédio da afetação, por uma alteração na maneira de se perceber a partir da “imitação” um modelo, e “quando a inoculação é bem sucedida” há mudança de visão, ou seja, seus olhos veriam diferente (p. 88), veriam outra imagem, mas isto não significa que o estereótipo nos deixa *olhar* (p. 110), pois ele produz um automatismo cego a partir da fixação de uma imagem na mente (p. 122), um “esquema construído para você não ver o outro lado” (p. 121). Lippmann defende que nosso padrão moral ao se encaixar às nossas experiências, acabam nos fazendo “ver o fato como realidade”, não mais como “interpretação”, o que passa a ser percebido como uma

---

<sup>12</sup> Cumpre registrar que alguns trechos sobre estereótipo a partir de autores como Patrick Charaudeau, Walter Lippmann, Norman Fairclough e Miquel Alsina, fazem parte da tese de doutorado em Direito de Torraca, intitulada O Espetáculo da Violência no Rio de Janeiro e o Olhar Estético do Afeto (2019) e do livro O Olhar Estético do Afeto (prelo).

<sup>13</sup> Ver Alsina (2009, p. 274).

<sup>14</sup> Lippmann cita como exemplo a americanização dos europeus (LIPPMANN, 2008, p. 88).

experiência real, tal como na construção de um retrato. O autor ressalta que todo o esquema é construído para que você não veja o outro lado, para que se tenha apenas uma versão dos fatos a partir da fixação de uma imagem na mente (p. 121-122). O autor ressalta que quanto menos for treinada a mente, mais rapidamente ela elabora a teoria que duas coisas que chamam sua atenção ao mesmo tempo estão casualmente conectadas (p. 143); afinal, o presente perceptivo seria suplementado pelo presente idealizado, daí sua afirmação que o espaço real, o tempo real, os números reais, as conexões reais, os pesos reais estariam perdidos, porque a perspectiva, o contexto e as dimensões da ação estariam cerceados e congelados no estereótipo<sup>15</sup> (p. 145), sendo estes “carregados de preferência, cobertos de afetos ou aversão” (p. 115).

Por seu turno, Norman Fairclough defende que a prática discursiva contribui tanto para reproduzir a sociedade, quanto para transformá-la; afinal, o discurso como prática política, “mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas entre as quais existem relações de poder. [...] o discurso como prática política é não apenas um local de luta de poder, mas também um marco delimitador na luta de poder” (FAIRCLOUGH, p. 94), o que implica na importância das campanhas que abordem questões invisibilizadas por estruturas de poder<sup>16</sup>. Este viés de conscientização de peças publicitárias veiculadas na grande mídia televisiva e digital é, inclusive, estabelecido como dever dos Estados-parte signatários da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) que, em seu art.8º, destaca a necessidade de serem veiculadas campanhas públicas de sensibilização e fomento ao reconhecimento das capacidades e habilidades das pessoas com deficiência, no intuito de promover uma percepção positiva e de respeito a este grupo. Por isso, voltar a atenção ao modo como as pessoas com deficiência são retratadas na mídia é de grande importância, pois o modo como são representadas pode servir como instrumento de conscientização da sociedade em favor da desestigmatização da deficiência como doença ou desvantagem ou reforçar estereótipos negativos.

## **ANÁLISE DA CAMPANHA DO BOTICÁRIO PARA O DIA DAS MÃES NO ANO DE 2019**

Para iniciarmos nossa análise, faz-se necessário destacar que O Boticário é uma empresa de cosméticos, o que acaba priorizando o foco na imagem e no sensorial, refletindo-se na divulgação dos seus produtos e, portanto, nas campanhas publicitárias. Como o principal canal de divulgação da campanha do O Boticário para o Dia das Mães em 2019 foi em meio televisivo, vale apontar, preliminarmente, algumas reflexões de Patrick Charaudeau, que construiu uma robusta obra sobre a comunicação televisiva e seus reflexos na sociedade, seja a partir dos seus estudos sobre análise de discurso, seja sobre opinião pública.

O primeiro ponto destacado pelo autor é que a televisão é ao mesmo tempo um meio de divulgação para consumo e um produto de consumo estruturado a partir da imagem, que se dá “como um bloco semântico compacto, quer pela transparência, quer pela opacidade” (CHARAUDEAU, 2006; p. 112). Charaudeau destaca que “a imagem televisionada tem uma origem enunciativa múltipla com finalidade de construção de um discurso ao mesmo tempo referencial e ficcional” (p. 110),

A televisão é a mídia do visível, afirma Charaudeau; ela proporciona dois tipos de olhar: o olhar de transparência, que também é um olhar de ilusão de transparência ao “pretender desvelar, descobrir o oculto, mostrar o outro lado do espelho”; e o olhar de opacidade, “quando impõe sua própria semiologização do mundo, sua própria intriga, sua própria dramatização.” (p. 112). Se por um lado há a “ilusão de representar o mundo dos acontecimentos tal como ele é” (p.

---

<sup>15</sup> Sobre estereótipo de percepção, ver Lippmann (2008, p. 155).

<sup>16</sup> Sobre metadiscursos, ver Torracca (2019; p. 87-88).

111), esta intenção acaba criando um mundo em que tudo é possível produzir, como se fora, segundo Charaudeau, “um efeito de autenticação do acontecimento (é o que a expressão “eu vi na televisão” significa)” (p.111). Esta produção de realidade, além de direcionar o olhar do telespectador, tem um efeito de fascinação e alienação, fazendo com que reduza o mundo à imagem que vê na telinha, explica o autor (p. 111-112). É um olhar “orientado” sobre “os dramas do mundo”, daí o autor defender a tese de que a televisão cumpre “um papel psíquico de reconhecimento de si através de um mundo que se fez visível.” (p. 112).

Outro aspecto importante destacado por Charaudeau é o sentido que, segundo ele, é construído após um duplo processo de semiótica: de transformação e de transação. A linguagem representaria o ciclo da vida deste processo discursivo, em que o “‘mundo a significar’ (lugar onde se encontra o ‘acontecimento bruto’) pode ser considerado um ‘mundo a descrever e comentar’, e o ‘mundo significado’, um ‘um mundo descrito e comentado’” (p. 40-ss; 114). Desta forma, há que se observar a questão do sentido a partir da imagem. Charaudeau pensa uma “imagem-sintoma”, se referindo a uma “pregnância de emoção”, ou seja, “uma imagem já vista, que remete a outras imagens, seja por analogia formal, seja por intermédio de discurso verbal” (p. 245)<sup>17</sup>. Charaudeau explica que todas as imagens portam sentido, mas nem todas tem necessariamente um efeito sintoma, pois nem todas são imagens que tocam o indivíduo, ou seja, nem todas afetam. Esta imagem-sintoma é “uma imagem dotada de uma forte carga semântica” (p. 246). Toda imagem, segundo Charaudeau, “tem um poder de evocação variável que depende daquele que a recebe, pois é interpretada em relação com outras imagens e relatos mobilizados por cada um” (p. 245), por isso, acredita ele, “o valor dito referencial da imagem, o valor de substituição da realidade empírica, é enviesado desde a origem, pelo fato de uma construção que depende de um jogo de intertextualidade, jogo que lhe confere uma significação plural, jamais unívoca” (p. 245).

Para ser considerada uma imagem-sintoma é preciso que ela seja preenchida com o que mais toca os indivíduos, suas experiências e emoções, ou seja, as relações de afeto estabelecidas durante a vida, mas que precisam ser simplificadas, “reduzida a alguns traços dominantes, como sabem fazê-lo os caricaturistas, pois a complexidade confunde a memória e impede a apreensão de seu efeito simbólico”, devendo ter, segundo Charaudeau, uma aparição recorrente e sem interferência de tempo (p. 246). Charaudeau acredita que “a imagem em movimento, por força da repetição, acaba por fixar-se como se estivesse parada, tornando-se fotografia; sabe-se bem que é a fotografia que fixa melhor nas memórias os dramas da vida” (p. 246). Essas imagens “carregadas semanticamente, simplificadas e fortemente reiteradas”, acabam ocupando as memórias coletivas, como sintomas das experiências dramáticas (p. 246).

A peça publicitária do O Boticário para o Dia das Mães de 2019, em sua versão completa, é carregada de nuances, perceptíveis a partir de seu detalhamento. Podemos observar que a sua versão longa, de um minuto e um segundo, é dividida em dois momentos. O primeiro bloco pretende modular a percepção do espectador voltando-o para a imagem de uma criança comum, sem deficiência. O segundo bloco faz parte de uma estratégia dos produtores em surpreender o espectador. O elemento surpresa acontece quando se percebe que a criança do primeiro bloco é uma pessoa com deficiência, ou seja, a propaganda é estruturada para um momento de virada, o que é possível identificar como a utilização da surpresa como um *resetting affect*, de acordo com a conceituação de Silvan Tomkins<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre imagem-sintoma e imagem dialética, ver Torraca (2019; p. 274-277).

<sup>18</sup> Sobre a teoria do afeto de Silvan Tomkins, ver resumo em Torraca (2019; p. 94; 163-165).

## A surpresa como *resetting affect*

A partir da análise da peça ampliada, aquela com 1 minuto e 1 segundo, observa-se a utilização da surpresa com o objetivo de surpreender o espectador. Ao utilizar o afeto surpresa na campanha é aberta a possibilidade de quebra de estereótipo e da formulação de uma outra imagem sobre a pessoa com deficiência, além de redimensionar o foco da própria campanha. Abre-se a possibilidade de produzir um novo sentido.

Ainda que o vídeo explore as emoções que envolvem a relação das mães e seus filhos com deficiência, estimulando a emotividade do espectador, a propaganda do O Boticário oferece uma chance ao espectador de *ver* a pessoa com deficiência sob outra perspectiva a partir do afeto da surpresa. Este afeto é elemento essencial e pode servir para desafiar os espectadores a repensarem sua própria reação ao constatar que o coadjuvante da peça publicitária é uma pessoa com deficiência. Assim, surgem alguns questionamentos: a surpresa teria sido desencadeada por terem esperado que o filho tivesse o estereótipo heteronormativo? A surpresa derivaria da constatação de que qualquer mulher pode ter um filho com deficiência, o qual demandará dela os mesmos cuidados e atenção despendidos a qualquer criança? Ou esta surpresa advém ao se confrontar com o fato de que pessoas com deficiência partilham dos meus planos e anseios dos demais, buscando trilhar os mesmos caminhos em busca da satisfação desses desejos?

Mas antes da surpresa, o primeiro bloco da peça publicitária explora afetos que restam associados à maternidade buscando despertar a emoção do espectador/consumidor. No caso em tela, foi explorada a experiência perceptiva relacionada à memória. Vale registrar que Brian Massumi<sup>19</sup> descreve afeto como uma dimensão energética ou “capacidade”, e esta é a estratégia do primeiro bloco, qual seja, capturar esta dimensão que está inserta na memória afetiva da relação com a mãe. É esta a emoção que se busca despertar, como atividade seletiva ou expressão de afeto, conforme Massumi explica o afeto, a partir de uma “co-presença virtual” de potências com base na memória, experiência, pensamento e hábitos. Para que se alcance este efeito, o roteiro foi articulado a partir da personalização, ou seja, a conversa entre duas mulheres, uma situação de intimidade, de aconchego e de memória afetiva que inspira a identificação, aproximando o espectador daquela “conversa”. Esta aproximação permite afetar o receptor da mensagem. Esta configuração nos ajuda a pensar na potência de contágio dos afetos.

Torraca (2019) enfatiza em sua tese de doutorado a potência da palavra “afeto”, expressa em sua raiz, *afficere*, traduzida nessa capacidade de fazer algo, agir sobre algo. No processo de construção daquilo que seria uma vida ideal, guiada pela ética, pela razão, pelas ideias adequadas, Spinoza parte do pressuposto que primariamente existem 3 afetos: a alegria, a tristeza e o desejo (SPINOZA, 2017; p.107). Segundo ele, “todos os afetos estão relacionados ao desejo, à alegria ou à tristeza” (p. 137-138). A partir destes três afetos, somos afetados ou afetamos, fazendo surgir novas formas de afetos<sup>20</sup>, descritos por Spinoza em seu livro *Ética*, dividido em cinco capítulos, os quais pretendem guiar o indivíduo no caminho em busca da felicidade, de uma vida tranquila perante o encontro espiritual com a existência de Deus.

Segundo a *Oxford Encyclopedia of Communication*, afeto tanto é a capacidade contínua do corpo agir (*affectus*), quanto ao estado particular da reação de um corpo a outro corpo que o afetou (*affectio*). Segundo o autor do verbete, Brian L. Ott, afeto envolve duas forças intensas que um corpo exerce sobre outro corpo, aumentando ou diminuindo sua capacidade de agir; uma

---

<sup>19</sup> Sobre a teoria de Brian Massumi sobre afeto, ver resumo em Torraca (2019; p. 179-180; 256-257).

<sup>20</sup> Spinoza demonstrou que os principais afetos e as principais flutuações de ânimo derivam da composição dos 3 afetos primitivos: desejo, alegria e tristeza (SPINOZA, 2017; p. 139). Segundo o filósofo, “os afetos podem compor-se entre si de tantas maneiras, o que faz surgir tantas variações, que se torna impossível determinar seu número” (p. 140). Ele ressalta que o ciúme e outras flutuações de ânimo provém de uma composição de afetos já definidos, cuja maioria não tem nome (p. 151).

disputa entre produzir força<sup>21</sup> e manifestar emoção. Spinoza, conforme explica Ott, “(re)combina os dois entendimentos dominantes atuais sobre afeto, como estado elemental e força intensiva” (OTT, 2017; p. 13), “estados da mente e do corpo, estendido a emoções e sentimentos para descrever forças condutoras que são sugestões de tendências para agir de várias formas, ou, para não agir” (p. 14). É esta a possibilidade que o segundo bloco da peça publicitária oferece a partir do afeto surpresa: a reflexão, a criação de outra imagem, a sensibilização, a possibilidade de contágio de outro olhar sobre a pessoa com deficiência.

A estratégia de personalizar a peça pode ser pensada como um movimento do individual para o coletivo/social, tal como descrita por Durkheim, conforme Massumi faz referência. O retrato daquela conversa entre duas irmãs projeta as relações de força que envolvem os afetos e o poder da imagem. É este poder da imagem que reabilita a potência da peça publicitária para construir uma outra imagem a partir de outro afeto, um afeto neutro: a surpresa, como conceituado por Silvan Tomkins (1962, 1963); principalmente em uma propaganda que o foco é a imagem, não é a palavra dita.

Para Anna Gibbs (2011), a mídia amplifica os afetos em suas audiências. A mídia direciona os reflexos a partir da edição, daí a importância da divisão dos dois blocos e a virada a partir da surpresa, como afeto neutro, que possibilita esta modificação de padrão. Segundo Gibbs, a difusão midiática da emoção humana produz um *feedback* complexo de *loops* entre imagem-indivíduo-audiência, no qual, causas e efeitos se tornam intercambiáveis. Ainda que a resposta seja individual, essa experiência perceptiva a partir dos afetos permite o contágio social, principalmente se pensarmos no fluxo comunicativo preconizado por Tomkins, afinal, o afeto é essencial para a sociabilidade humana. O contágio social, portanto, dar-se-á a partir da ativação social provocada pela experiência perceptiva proporcionada pela peça publicitária.

Tanto Sara Ahmed quanto Lauren Berlant e Teresa Brennan (The Transmission of Affect) entre outros autores, admitem e defendem a transmissão de afeto. Sara Ahmed (AHMED *IN* GREGG, 2010; p. 36-ss) acredita que o contágio esteja relacionado à sua possibilidade de restar manifesto no corpo, e pensar os afetos sob esta perspectiva, como contagioso, pode nos ajudar a desafiar o modelo de afeto “de dentro para fora”, mostrando como os afetos passam de um corpo ao outro e este contágio porta consequências, ainda que este contágio seja contingencial. Para Ahmed este contágio não significa que um afeto simplesmente passe ou “salte” de um corpo para o outro. Segundo a autora, os afetos se tornam um objeto somente dado pela contingência de como somos afetados, ou somente como um efeito de como os objetos são dados, demonstrando que a autora associa afeto e efeito.

Torraca ressalta que, ao contrário do estereótipo, o afeto não é uma construção social, mas tal como define Tomkins, é um fenômeno bio-psico-social. Por isso a propaganda do O Boticário pode ser indicada como um exemplo do funcionamento do despertar das emoções ordenadas, e nada mais potente que esta elaboração a partir da imagem, afinal, como afirmava Sontag, a imagem reúne o ver, o acreditar e o sentir (2004). Segundo, Tomkins o afeto pode ser um elemento recodificador quando associado à surpresa, ou melhor, quando o afeto nesta comunicação é a surpresa.

É justamente este efeito de recodificação que se estabelece ao constatar-se que o filho é uma pessoa com deficiência, um rapaz com Síndrome de Down, sendo que por toda a primeira parte da propaganda da versão estendida somos levados a não perceber a deficiência da

---

<sup>21</sup> Ott fala sobre afeto como ressonância a partir da concepção deleuziana sobre afeto (OTT, 2017; p. 10-ss), compreendendo três sensações produzidas pelo material estético, quais sejam, vibração, o envolvimento e a distensão (p. 10).

personagem. De acordo com Tomkins, a surpresa é um afeto neutro que pode funcionar como um *reset button*, um botão que faz reiniciar o sistema, redefinindo e criando um novo código. No caso em tela, o afeto da surpresa funcionaria como um *reset button* para o rompimento com um padrão de preconceito, no sentido de não ser esperado que o filho, aprovado para ingresso à graduação numa faculdade de Direito, seja uma pessoa com Síndrome de Down. No momento em que é apresentado o rapaz, ou seja, no momento da virada da experiência perceptiva, a surpresa reinicia essa experiência. A partir de um afeto neutro, que é a surpresa, o espectador é despertado para ver de forma diferente uma determinada imagem e, assim, formar uma outra imagem, ou manter a anterior, o que pode acontecer quando deixar de se afetar pela surpresa, quando esta perdeu seu impacto transformador.

Pode parecer que a propaganda tem como único fim despertar a emoção, mas o recurso de lançar mão da surpresa como afeto acaba carregando a possibilidade da peça publicitária ter uma função educativa. O despertar a partir do *resetting affect* comprova a potência dos afetos, da possibilidade de formar outra imagem a partir da experiência perceptiva, que também pode ser uma experiência afetiva, contribuindo para a conscientização e a quebra de preconceitos. Portanto, a virada na peça publicitária provoca a reflexão sob a perspectiva positiva da campanha em colaborar para a inclusão das pessoas com deficiência. Por outro lado, a perspectiva de Tomkins ratifica a existência das múltiplas possibilidades a partir da comunicação, das inúmeras possibilidades da recepção de uma mensagem, inclusive efeitos diversos à intenção daquele que a produziu, representando um fator relevante que merece atenção no momento da elaboração da propaganda. O presente caso não é diferente, sendo certo que o receptor pode interpretar a mensagem da peça publicitária de maneira diversa daquela intencionada pelo emissor, não sendo possível prever e controlar a recepção.

### **Inclusão transversal**

Apesar de retratar uma pessoa com deficiência, a temática da campanha em análise não é a diversidade e a inclusão. O paradigma da inclusão social<sup>22</sup> parte da compreensão de que o ambiente social é composto por pessoas de diferentes constituições físicas, etnias, capacidades, hábitos e cultura, as quais sinalizam a diversidade humana. Numa sociedade inclusiva as diferenças não são marcadas e todos tem igual oportunidade para florescer, buscar e desenvolver de forma autônoma e independente seus projetos de vida, bem como gozar dos seus direitos.<sup>23</sup> Diversidade e inclusão são, portanto, conceitos intercambiáveis: a diversidade demanda a inclusão de todos; para haver inclusão há que se reconhecer a diversidade.

---

<sup>22</sup> Em oposição à inclusão, como ensina Sasaki (2003), está a ideia de integração, que surgiu em substituição ao paradigma da exclusão, no qual os diferentes eram, simplesmente, rejeitados pela sociedade e segregados. Segundo o autor, o paradigma da integração remontaria aos anos 60 do século XX e teve como objetivo inserir as pessoas com deficiência nos sistemas sociais de educação, trabalho, família e lazer, contando como pressuposto o princípio da normalização, no sentido de proporcionar às pessoas com deficiência uma vida mais próxima aquela considerada comum. Na prática esta inserção social foi parcial e condicionada, na medida em que não se operou qualquer mudança ideológica para acolher as diferenças, adaptar o meio social e permitir a participação das pessoas com deficiência. O melhor exemplo para o paradigma da integração são as escolas especiais ou mesmo as classes especiais em escolas regulares: os estudantes parecem inseridos na comunidade escolar, mas constituem, em verdade, um grupo à parte.

<sup>23</sup> Para Sasaki (2003), o paradigma da inclusão seria norteado pelos seguintes conceitos, por ele chamado de inclusivistas: autonomia, independência, *empowerment*, equiparação de oportunidades, inclusão social, rejeição zero e vida independente. Vale destacar a distinção do autor quanto a definição dos conceitos de autonomia e independência dentro dos Estudos de Deficiência: a primeira pressuporia o controle do ambiente físico e social; a segunda a liberdade de decidir sem depender de outras pessoas.

Em ambas as versões da campanha do O Boticário para o Dia das Mães de 2019, a pessoa com deficiência, é apresentado como mero coadjuvante, funcionando como suporte para a afirmação dos atributos e qualidades da mãe. Ela é a protagonista e o foco principal da propaganda. O papel da mãe e a relevância dela na trajetória de um filho são o objeto da visibilidade. Além disso, observamos que a pessoa com deficiência não é apresentada como consumidora potencial da marca, o que refletiria um direito desse sujeito como consumidor. Por se tratar de uma campanha para o Dia das Mães, o produto ofertado não é para o filho, muito embora a empresa comercialize cosméticos para o público masculino, ensejando o questionamento sobre motivos para não se retratar uma mãe que seja pessoa com deficiência.

Desta forma, o tema inclusão foi tratado de modo transversal, na medida em que o personagem com deficiência, o filho, é o coadjuvante e o papel da mãe é o foco primordial. Ainda assim, a versão completa da campanha de Dia das Mães 2019 da empresa O Boticário provoca a reflexão sobre importantes particularidades atinentes aos direitos das pessoas com deficiência, tais como: livre desenvolvimento das capacidades da criança com deficiência; igualdade de oportunidades; acesso ao Ensino Superior. No entanto, ao optar tematizar de maneira indireta tópicos tão relevantes, a campanha deixa ao escrutínio do espectador dar significado àquilo que não é dito nem mostrado.

Na versão reduzida da propaganda, a narrativa referente à infância foi suprimida e o filho, a pessoa com deficiência intelectual, é retratado em sua fase adulta em situações cotidianas comuns: presenteando a mãe e expressando seu afeto, constatando a aprovação ao ingresso para cursar o Ensino Superior. Ainda assim, é pertinente a crítica de Barnes (1992) quanto a retratar-se a pessoa com deficiência como um sujeito comum, sob uma aparente neutralidade que mascara as barreiras sociais que lhe teriam sido opostas ao longo da formação educacional, onde um sistema único de ensino é imposto a todos os alunos, desconsiderando suas especificidades.

Na versão longa da campanha, os espectadores são surpreendidos pelo fato do filho, aprovado no vestibular para cursar uma faculdade de Direito, ser uma pessoa com Síndrome de Down. O risco é que a mobilização da surpresa fique restrita à deficiência intelectual, e que esta seja entendida pelos receptores como sendo o obstáculo ao atingimento do objetivo do filho de ser advogado e cursar uma graduação em Direito. Note-se que a propaganda não faz qualquer alusão aos desafios e barreiras enfrentados pelas pessoas com deficiência para verem-se plenamente participantes da sociedade. O que constitui entrave para acesso ao Ensino Superior são as dificuldades que as pessoas com deficiência têm para serem efetivamente incluídas no ambiente escolar e universitário, escolarizadas em turmas regulares ao lado de qualquer criança ou jovem.<sup>24</sup> Porém, na peça a pessoa com deficiência é retratada sob uma suposta neutralidade. Dessa maneira, a campanha pode contribuir em naturalizar a percepção de ser o acesso ao Ensino Superior algo extraordinário para pessoas com Síndrome de Down ou outras deficiências intelectuais devido a seus próprios impedimentos.

Outro aspecto a ser destacado se refere às cenas de infância. Nela a criança é mostrada brincando sozinha ou apenas com sua mãe. Mesmo os primos ou tia, assim como outros familiares, não integram as imagens relativas a este período, muito embora a cena final da propaganda remeta ao núcleo familiar, mostrando a protagonista e sua irmã, ambas recebendo presentes de seus filhos. Logo, a percepção que pode ser evocada pelos espectadores é de que a criança com deficiência cresce isolada, sem contato com outras crianças. As razões para tanto

---

<sup>24</sup> Cabe mencionar que foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5357, a constitucionalidade de dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência que tratavam da obrigatoriedade de inserção de crianças com deficiência no ensino regular. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ficariam por conta do espectador, que as preencheria de sentido a partir de suas próprias representações sobre a deficiência. Portanto, nesse ponto, a campanha pode reforçar um paradigma de integração.

Apesar do esforço dos produtores em retratar a pessoa com deficiência de maneira positiva, neutra e igualitária, é possível dizer que acabaram por deixar transparecer na peça suas próprias representações acerca da deficiência. Daí a necessidade de treinamento e assessoria de acessibilidade, que deve ser prestada por pessoa com deficiência, na linha do lema “Nada sobre nós, sem nós”, como sugere Barnes (1992). Em razão dessas múltiplas possibilidades de recepção, a propaganda do O Boticário pode, também, acabar ratificando estereótipos negativos.

## EXEMPLOS DE CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS QUE PROMOVEM INCLUSÃO

Não são poucos os exemplos de caminhos mais vigorosos e diretos para promover a inclusão e fazer ver a pessoa com deficiência como parte da autoimagem da sociedade e potencial consumidor. Ao contrário da propaganda em tela, a empresa Johnson e Johnson, em sua tradicional campanha do Bebê Johnson, veiculada em 2017, traz a pessoa com deficiência como potencial consumidor. Ao representar seu Bebê Johnson como uma pessoa com deficiência, a propaganda não só consegue emocionar e surpreender, mas contribui para a inclusão e a conscientização dos espectadores através da campanha publicitária. Sob uma música de fundo instrumental, partes do corpo de um bebê vão sendo mostradas: olho, mãos, pés, barriga, costas. Ao dirigir a câmera para o rosto do bebê, o espectador constata se tratar de uma criança com Síndrome de Down. A cena final traz o *slogan*: “Para nós e para todas as mães, todo bebê é um bebê Johnson.” Nesta campanha também houve apelo às emoções, apostando igualmente no afeto decodificador da surpresa ao apresentar-se, ao final, um bebê com Síndrome de Down como representante do produto. Porém, o modo como a narrativa foi construída não abre margem à leituras equivocadas. Todo bebê, independentemente de suas especificidades ou características pessoais, é um consumidor e destinatário dos produtos comercializados pela marca, sem qualquer distinção ou discriminação.

Vale citar, também, a campanha veiculada pelo Banco Bradesco por ocasião do Dia das Mães do ano de 2019. Intitulada: “Mães são todas diferentes” e impulsionada nas redes sociais pelo termo #Pratodasmães, o canal da empresa no sítio *Youtube.com* traz a seguinte descrição: “As histórias desse vídeo se passam no mesmo horário: às 6h da manhã. Enquanto uma gestante, ao acordar, se mostra apreensiva diante das incertezas do mundo novo que se apresentará com sua primeira maternidade, outras mães seguem o curso de suas rotinas. A mãe com seu bebê de colo que se desloca em transporte público para um compromisso, a mãe que leva a criança na escola, as mães que dão banho na filha enquanto se preparam para o trabalho, a mãe que cuida do corpo pós-gestação, a mãe que auxilia o filho no café da manhã. Realidades diferentes, amores diferentes. Apesar da insegurança em torno da maternidade, todas representam a força da mulher que se torna mãe.”<sup>25</sup>

A propaganda do Banco Bradesco mostra mulheres de diferentes idades, raças, complexões físicas, classes sociais, orientação sexual etc.. Elas são retratadas em diferentes situações cotidianas de gravidez ou cuidado aos filhos. As pessoas com deficiência também foram representadas, tanto na qualidade de mãe como de filho. É retratada uma mãe cadeirante levando seu filho para a escola. É mostrada uma cena familiar de refeição entre mãe e filho, este pessoa com Síndrome de Down. A campanha contribui para promover a diversidade, porque apresenta as

---

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ti4p5qSaPkl>>. Acesso em: 26 nov. 2019.



diferenças como componente ordinário da vida social. Da mesma forma, quaisquer dos sujeitos visibilizados podem ser tidos como potenciais consumidores dos produtos bancários da empresa.

É importante levar em consideração que o objetivo de campanhas publicitárias é a oferta e apresentação de um produto ou serviço ao mercado consumidor. Contudo, quando a marca opta por abordar questões que são objeto de luta política de minorias, abre margem para críticas e de ver-se cobrada a agir de maneira responsável e não, simplesmente, explorá-los por um viés lucrativo.

## CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo analisar o modo como a pessoa com deficiência foi problematizada no contexto da campanha publicitária da marca de cosméticos O Boticário, veiculada em maio de 2019, por ocasião do Dia das Mães, que contou com duas versões, uma com um minuto e um segundo e outra reduzida, com apenas 15 segundos. Apesar da campanha ter buscado visibilizar a pessoa com deficiência, em ambas as versões apresentou-a na posição de coadjuvante, na medida em que o foco da propaganda foi a figura da mãe, protagonista das peças publicitárias. A pessoa com deficiência não foi o alvo enquanto consumidora, o que gera alguns questionamentos sobre o próprio modo de visibilizar a deficiência e a capacidade de provocar inclusão. Neste sentido, a propaganda da empresa O Boticário apostou numa abordagem da inclusão de forma transversal.

Assim, são vários os indícios que poderiam nos levar a concluir que a peça publicitária em sua versão original, sem cortes, não consegue avançar na própria sensibilização da deficiência e das barreiras sociais que lhe são opostas; afinal, a pessoa com deficiência não é o objeto nem o objetivo da propaganda; porém, também foi possível observar outros aspectos que podem ser considerados positivos e que poderiam indicar a possibilidade de quebra de estereótipo e conscientização a partir do afeto da surpresa como *resetting affect* utilizada na peça publicitária original, sem cortes. É a partir deste afeto decodificador que o espectador pode construir uma outra imagem da pessoa com deficiência.

A escolha em retratar uma pessoa com deficiência parece seguir uma pretensa estratégia da empresa em associar sua marca ao tema diversidade e, com isso, ampliar mercado consumidor. Logo, retratar uma pessoa com deficiência seria uma ferramenta mercadológica para acionar a emoção dos espectadores e não a conscientização e sensibilização para a inclusão, projetando um movimento comunicativo inócuo. Apesar da campanha ter impresso uma estética eminentemente emotiva, explorando afetos muitas vezes associados à maternidade, essa mesma estética abriu a possibilidade do rompimento dessa trajetória ao introduzir o afeto da surpresa. É a partir do conceito de *resetting affect*, desenvolvido por Silvan Tomkins, que encontramos a potência da campanha em romper o estereótipo em relação às pessoas com deficiência e formular outra imagem sobre essas pessoas. A surpresa é o afeto neutro que é capaz de recodificar a percepção e transformar o próprio afeto e a maneira de afetar-se, permitindo que se construa uma nova imagem. Esta potência também carrega uma enorme capacidade de contágio, afinal, segundo Sarah Ahmed (AHMED, 2004), os afetos são contagiantes, seja para o bem ou para o mal.

É certo que o acionamento da surpresa abre a possibilidade de provocar outros afetos e fazer com que se amplifique a experiência, ampliando a possibilidade que esse *deixar-se afetar* e criar novas imagens, permitindo que se atinja um maior número de pessoas a partir efeito contagiante comum ao afeto, estabelecendo novas experiências e novas relações. A propaganda pode funcionar como um despertar de emoções e como sugestão, carregando a força do convencimento, lembrando que percepção e afeto não são chaves de convencimento. É a emoção

que exerce esta função de convencimento, através da relação estabelecida através da imagem, ainda que não seja possível afirmar que tenha sido essa a intenção da campanha analisada neste trabalho.

## REFERÊNCIAS

- AHMED, Sarah. **The Cultural Politics of Emotion**. New York: Routledge Ed.; 2004.
- ALSINA, Miquel. R. **A Construção da Notícia**. Tradução de Jacob A. Pierce. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- BARNES, C. **Disabling imagery and the media: an exploration of the principles for media representations of disabled people**. Halifax: The British Council of Organizations of Disabled People and Ryburn Publishing, 1992.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº. 186**, de 09 de julho de 2008. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jul 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm)>. Acesso em: 08 ago 2016.
- BRASIL. **Lei nº. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 07 jul 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 05 jul 2016.
- CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das Mídias**. Tradução de Angela M. S. Corrêa. São Paulo: Editora Contexto, 2006.
- FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Editora UNB, 2001.
- GIBBS, Ana. **Affect Theory and Audience**. In: NIGHTINGALE, Virginia. *The Handbook of Media Audience*, chapter 12. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2011.
- GREGG, M. e SEIGHWORTH, G. J. (org.). **The Affect Theory Reader**. Durham: Duke University Press, 2010.
- JODELET, Denise. Representações Sociais: um domínio em expansão. In: JODELET, Denise (org.) **As representações sociais**. Trad. Lilian Ulup. Rio de Janeiro: UERJ, pp.17-29.
- MASSUMI, Brian. **The Autonomy of Affect**. Disponível em: <<http://www.brianmassumi.com/textes/Autonomy%20of%20Affect.PDF>>. Acesso em: 11 set 2017.
- OTT, Brian. L. **Affect**. In: *Oxford Encyclopedia of Communication*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- SASSAKI, R. K. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 2003.
- SANTOS, O. S.; SILVA, A. F. L.. Corpo, deficiência e representações. In: **Revista Educação e Cultura Contemporânea**. Ano 2017, v.14, nº.37, p.446-464.
- SHAKESPEARE, T. **Disability rights and wrongs revisited**. London: Routledge, 2014
- SONTAG, Susan. **Sobre Fotografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- SOUSA, Alessandra Moraes. **O significado da (in)capacidade de pessoas com deficiência intelectual – uma questão de biopoder**. Dissertação de Mestrado– Programa de Pós-Graduação em Direito – FND – UFRJ.
- TOMKINS, Silvan. **Affect Imagery Consciousness – Volume I – The positive affects**. New York: Springer Publishing Company, 1962.

TOMKINS, Silvan. **Affect Imagery Consciousness** – Volume II – The negative affects. New York: Springer Publishing Company, 1963.

TORRACA, Lia B. T. **O Espetáculo da Violência no Rio de Janeiro e o Olhar Estético do Afeto**. 2019. Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito – FND – UFRJ.

WALDSCHMIDT, A. Disability goes cultural: The Cultural Model of Disability as an Analytical Tool. *In*: WALDSCHMIDT, Anne; BERRESSEM, Hanjo; INGWERSEN, Moritz (Org). **Culture - Theory – Disability**. Encounters between Disability Studies and Cultural Studies. Bielefeld: Transcript, 2017, p. 19-27.

# TRAVESTIS EM ACÓRDÃO PENAI: INFLUÊNCIAS DA IDENTIDADE DE GÊNERO EM DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS ANALISADAS SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA QUEER

**Maria Victória Menezes de Mesquita**

Graduanda no curso de Direito (CESMAC/AL)

## INTRODUÇÃO

A expressão “identidade de gênero” comumente está associada ao aspecto da identidade humana, cujo gênero com o qual se identifica a pessoa pode ou não concordar com um “sexo biológico”. É o termo frequentemente utilizado para designar a construção social feita sobre esse suposto sexo. Joan Scott, afirma que “esse uso do termo ‘gênero’ constitui um dos aspectos daquilo que se poderia chamar de busca de legitimidade acadêmica para os estudos feministas, nos anos 80” (1995, p. 75).

Nas lições de Carvalho (2012), a teoria *queer*, semelhante com o feminismo e após dialogar com as teorias desse movimento, vem com o intuito de criticar a inferiorização das identidades de gênero que se distanciam do padrão de masculinidade heterossexual.

É perceptível que a violência, marginalização e discriminação para com as travestis são crescentes, estando o preconceito na sociedade enraizado. Desse modo, magistrados – que naturalmente também fazem parte da sociedade – nem sempre conseguem afastar opiniões de cunho moral e subjetivo ao conduzir a narração dos fatos, estando sujeitos à utilização de expressões equivocadas para qualificar a parte ou ignorando a diversidade de gênero.

O artigo objetivou, portanto, discutir as inter-relações entre identidade de gênero, criminalização e punição, observando o lugar social, relações de poder e a política criminal que cercam as travestis. De forma mais específica, buscou-se analisar como o discurso judicial representa essas pessoas, verificando se há uma relevância da menção às travestis nos acórdãos criminais e se o fato de ser travesti acaba por ser um indicativo para caracterizar uma potencial delinquente ou vítima.

Para tanto, o presente artigo constitui-se em quatro seções. A primeira delas vem a tratar da criminologia *queer*, inaugurando com a teoria e sua história de surgimento, bem como conceitos e resistências.

Em seguida, a segunda seção se destina aos delineamentos do corpo/ser travesti, a fim de entender quem é a travesti, o local que ela ocupa, sua trajetória e sua inserção numa sociedade ainda marcada pela norma dominante heterossexual.

A terceira relaciona-se ao discurso judicial e seu afastamento para com a temática das travestis, seja por desconhecimento – inclusive, isso é inadmissível, vez que o jurista necessita acompanhar os fatos sociais – seja pela intenção de manter distância ao “anormal”.

Por fim, a quarta seção dedica-se à parte prática da pesquisa a partir da realidade do judiciário alagoano frente à diversidade de gênero, sendo analisada através dos acórdãos levantados, entrevistas e declarações.

## QUEER: ENTRE A TEORIA E A CRIMINOLOGIA

*“Queer é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina.”  
(LOURO, 2000, p. 7, apud ALKMIN, 2016, p. 231)*

Discussões sobre identidade de gênero, LGBTQIA+ e orientação sexual em um bom tempo foram pouco mencionadas, pois na sociedade da época esses “comportamentos” ou “padrões” eram considerados desvios e/ou até mesmo uma afronta à “unicidade” heteronormativa.

Com isso, surge a teoria *queer* que é um termo criado pela autora Teresa de Lauretis, em 1991, publicado em seu artigo intitulado *“Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities”* numa revista chamada *Differences*, em referência aos LGBTQIA+ com o intuito de caracterizá-los para além das distinções que a sociedade fazia a partir da heteronormatividade. Inicialmente, o termo foi recepcionado como um xingamento devido à resistência quanto ao que a teoria trazia como ideia, mas, posteriormente, caiu nos estudos tanto de pessoas que estudavam a temática do gênero, sexualidade e afins, quanto foi apropriado pelos próprios *queers* (OLIVEIRA, 2016).

Para Salih (2015, p. 20), “[...] a teoria *queer* empreende uma investigação e uma desconstrução [...] afirmando a indeterminação e a instabilidade de todas as identidades sexuadas e “generificadas”.

Ora, essa teoria tem seu surgimento, portanto, da resistência, seja quanto ao próprio termo e suas significações, como ao binarismo vigente e imposto à sociedade. Para Alkmin (2016), o termo deixa de ser meramente guarda-chuva que visava tão somente caracterizar aqueles que não se enquadram na heteronormatividade, passando a ter um sentido mais amplo, perpassando uma nova maneira de pensar, ser e sentir.

Destarte, o seu objetivo não se baseia simplesmente em diferenciar hetero/homossexuais, uma vez que sendo somente essa a intenção, estaria a teoria sendo restringida do todo além que se pretende com seu estudo.

A essência de ser *queer* estaria, pois, no resistir aos enquadramentos pré-estabelecidos que moldam os corpos tão somente pela genitália de seu nascimento; uma resistência que vai além do normal ou anormal, haja vista a ausência de parâmetro legal para definir, de fato, quem são os anormais.

Essa teoria deságua na criminologia quando se verifica que o sistema penal tendenciosamente promove uma inversão de papéis e de ônus da prova quando uma das partes é LGBTQIA+, no qual há uma tentativa do acusado em tentar incriminar a própria vítima se valendo do estereótipo de criminoso – as travestis sendo vistas como pessoas afeitas ao crime – vigente no imaginário popular e propagado através da criminalização secundária que as agências policiais executam.

Importantes autoras e autores ressignificaram o estudo acerca da homossexualidade com a chegada da teoria, porquanto os questionamentos foram modificados. As lentes utilizadas quando do estudo da temática era num viés de que tudo que fugia à normalidade era problemático e, conseqüentemente, vinha a busca incessante para solucioná-lo como, por exemplo, a patologização. Por outro lado, com um novo olhar, se debruça analisar os motivos pelos quais aqueles que não seguiam a norma masculino-feminino possuíam uma vida marcada pela discriminação, marginalização, estigmatização e violência.

Ainda que alguns autores sustentem não ser possível definir a criminologia *queer* – fruto da teoria – ao menos o termo pode ser traduzido, ainda que unanimemente se tenha dado preferência que esse permaneça na língua inglesa. Para Carvalho, a criminologia *queer* poderia,

portanto, ser traduzida como “criminologia estranha, criminologia excêntrica, criminologia homossexual, criminologia gay ou, simplesmente, criminologia bicha” (2012, p. 3).

A heteronormatividade, de acordo com Carvalho (2012), apesar de ter sido por muito tempo a ordem natural dos fatos, ela vai muito além disso, porquanto a incessante necessidade de impor que sexo e gênero eram as mesmas coisas fizeram prosperar desigualdades de gênero, dominação e processos de violência.

Em se falando da norma dominante – a heteronormatividade –, vale destaque também ao chamado heterossexismo. Esse último, parte da ideia de que todo ser diferente é chamado de desviante ou desviado. É, nesse sentido, que se dá margem à uma criminologia *queer*, visto que a partir dessa desconformidade com o padrão hetero haveria a criminalização dos desviantes, aliado com a violência institucional que, dentre muitos outros marcadores, fazem com que os *queers* se tornem também clientes preferenciais do cárcere por resistir aos movimentos assimilacionistas e, porque não, revitimizando-os (CARVALHO, 2012).

Ou seja, uma vez que o indivíduo se aproxima e assume a homossexualidade, este também teria que suportar o ônus de ser considerado mais perigoso que qualquer hetero, simplesmente por não atender às expectativas do seu sexo biológico, bem como da sociedade heterossexual.

Oliveira (2016) afirma que mesmo após a sodomia<sup>1</sup> perder sua força, alguns autores continuavam defendendo que a homossexualidade estaria atrelado à uma psicopatia ou até mesmo à criminalidade sexual. Além disso, acrescenta que mesmo após manifestações pela despatologização dos homossexuais, verifica-se a invisibilidade deles na criminologia, porquanto essa não trabalhava num viés interacionista baseada no gênero (apud WOODS, 2014).

Ademais, a teoria aqui discutida surge com o auxílio do feminismo e dos movimentos que tratam das sexualidades, visto que ambos abarcavam a temática de gênero, conforme Oliveira sustenta (2016, apud WOODS, 2014).

Nessa senda, a criminologia *queer* faz parte das criminologias alternativas críticas que, com muito esforço, vem com o objetivo de superar as regulações sociais quanto ao sexo e ao gênero. Verifica-se, ainda, a necessidade da teoria ser analisada pela criminologia, em razão especificamente aos crimes de homofobia e transfobia (MASIERO, 2016).

Para Masiero (2016), a teoria deixa de ser tão somente um termo guarda-chuva para caracterizar homossexuais e passa a possuir também uma pluralidade de identidades: travestis, bissexuais, transexuais, transgêneros, intersexo, assexual e demais.

O reconhecimento de uma criminologia voltado à essa temática parte quando a análise volta-se aos crimes de homofobia e, inclusive quanto à esse ponto, depreende-se que só haverá sua incidência de fato se houver pelo menos o mesmo engajamento e esforço que outrora foi despendido para criminalizar a homossexualidade, sendo, nesse caso, para a estudar a homofobia (MASIERO, 2016).

## **CORPO/SER TRAVESTI**

### **A montagem como meio de expressão das travestis**

As travestis são aquelas que se denominam e/ou se intitulam como “mulheres”. São, desse modo, aquelas que se montam e se travestem como mulher, fazendo uso desde as mais simples

---

<sup>1</sup> Tratava-se de um crime, em que era previsto severas sanções àqueles que mantinham relações sexuais com indivíduos do mesmo sexo biológico, pois tal ato era considerado uma infração ou transgressão às normas.

características – maquiagens, roupas e acessórios femininos – até as mais complexas como o uso de hormônios femininos e a colocação de silicones (Davi e Bruns, 2015).

No entanto, travestis não possuem interesse na cirurgia de transgenitalização, pois não se incomodam com a genitália de seu nascimento. Devido a isso, as travestis utilizam como principal meio de se reinventar o que é chamado de montagem. Através da montagem, elas reconstróem gêneros, deixando explícito que – ao menos para elas – não há essa questão binária e limitada. A montagem de um corpo é, na verdade, a essência para o “tornar-se” travesti (Davi e Bruns, 2017).

A montagem é a ferramenta pela qual se pode visualizar o “construir” e “desconstruir” identidades, porquanto é a partir dela que acontece a desconstrução do corpo “natural”, ou seja, do sexo, para a fabricação do corpo que atua, no caso, o gênero. Inclusive, é nesse montar-se que o problema recorrente e latente de sempre – confusão entre sexo e gênero – deixa de ter vida para dar lugar exclusivamente ao gênero (Jayme, 2010).

Para Davi e Bruns (2017), a noção de se “montar” traz consigo a construção de um corpo dia a dia com prazer e com vontade, mas também com muita dor e luta, vez que, apesar de decidido em se tornar aquilo que sente, muitas delas passam por dor física, psicológica, além do enfrentamento no que concerne aos novos olhares que serão voltados para ela, afinal ser travesti é assumir um lugar de “praticamente mulher”.

A partir dessa montagem, diferenças perceptíveis são vistas entre travestis, transgêneros, transexuais e afins quando comparados com heterossexuais ou homossexuais que não se travestem e é, com isso, que surge o termo “encorporação”. Esse termo se refere – de forma sucinta – à construção corporal com a presença da imitação e/ou representação, situação em que as travestis selecionam aquilo que desejam reproduzir em seus corpos.

A autenticidade de ser travesti está na produção e encorporação não só do corpo, mas também da pessoa e da mente. Assim, vale um destaque também para a atuação das bombadeiras que possui legitimidade para com as travestis, pois são basicamente outras travestis, porém mais experientes, que injetam os hormônios femininos nas chamadas “iniciantes” (Davi e Bruns, 2017).

A busca pelo “ser travesti”, a fim de que sejam visibilizadas pela sociedade, é um processo que não acaba totalmente, está sempre em mutações, em busca de aperfeiçoar os traços femininos para aquilo que elas pretendem e idealizam. Essa visualização só acontece quando elas passam por profundas mudanças, como: tirar a barba, fazer o corpo, colocar aplique no cabelo, se maquiar e afins.

Ademais, outro ponto importante trata-se da temporalidade. Esse mecanismo funciona para distinguir as travestis das demais categorias de gênero, tendo o tempo como um dos marcadores básicos das categorias. Desse modo, tem-se, de forma a exemplificar mais dinamizada: a) vinte e quatro horas – tempo em que as travestis são travestis; b) para sempre – destinado às(aos) transexuais; e c) dia-noite – transformistas e drag-queens. Essa questão da temporalidade é tão respeitada que, por isso, é um dos elementos definidores de que categoria determinada pessoa está ou é (Jayme, 2010).

Um exemplo desse marco de tempo é trazida no artigo de Jayme (2010) com o caso de Henrique que no começo se fez chamar por Cindy quando ainda era transformista. Henrique se montava na casa dos amigos, escondido da família e somente por algumas horas em boates e pontos de prostituição dando vida à Cindy. Posteriormente, de Henrique também nasceu Michelle, agora travesti, com traços femininos devido à ingestão de hormônios femininos, se

vestia todos os dias com adereços femininos e, conseqüentemente, não mais só para os amigos e clientes, mas também para a família.

Vale citar que as diferenças entre as categorias não são só marcadas pela temporalidade, têm-se ainda outros 2 principais marcadores: a incorporação – referente à construção do “ser travesti” a partir da corporalidade, especificamente com a finalidade do que for exteriorizado se aproxime do feminino ou masculino “natural” – e a teatralidade – parte do modo de andar, de se portar, o comportamento, devendo se moldar às expectativas do sexo – (Jayme, 2010).

Acredita-se que na situação das travestis o masculino deve ficar oculto e elas devem se reafirmar 24h por dia, deixando explícito a categoria que se inseriu, além de que elas tratam-se, conforme Davi e Bruns (2015, p. 528) de “[...] de seres do sexo masculino que abdicaram do “privilégio da masculinidade”.

Como forma de se inserir na categoria de travesti, alega-se, especialmente as próprias travestis, que além de assumirem um mundo-vida 24 horas por dia, faz-se necessário ter peito de verdade, seja por silicone industrial, hormônio ou água marinha, não podendo ser preenchido por objetos móveis, ou seja, tem que ser fixo. O corpo é, dessa forma, o “ser-estar” no mundo para as travestis (Davi e Bruns, 2015).

### **As travestis e a rua: acolhimento, experiência e inserção**

É na rua que toda a experiência toma forma, é nela que as novatas são acolhidas e nela também que os procedimentos para feminilizar as travestis acontecem tanto com as novas como para as da “velha guarda”.

Além disso, é na rua que adaptam seus corpos ao gosto dos futuros clientes; é na rua que elas capturam comportamentos, traços e trejeitos femininos, além de ser lá o local em que geralmente começam a possuir um nome feminino ou também conhecido como cognome (Davi e Bruns, 2015).

É válido ressaltar que as travestis ao escolherem seus “outros” nomes preferem ser chamadas por eles, e justamente devido a essa preferência, verifica-se a dificuldade para que isso aconteça dentro de casa, sendo mais comum nas ruas e, assim, começa a surgir um sentimento de pertencimento.

A rua é o local, sobretudo, onde elas se sentem confortáveis para explorar os próprios corpos e onde se abrem para aprender com as que já são da pista (as mais velhas). É lá que começa o uso de hormônios, a colocação do silicone, o uso de roupas mais sensuais e também onde a linguagem muda.

Por fim, é na rua também que começam a se prostituir. A prostituição acaba sendo um dos meios mais procurados pelas travestis com a finalidade de se inserir na sociedade, assim como é um dos poucos meios através do qual elas têm contato com o sexo e a experiência.

Para Pelúcio (2009, apud Davi e Bruns, 2015, p. 523) “[...] o universo das ruas é fundamental na construção do sujeito travesti”.

Desse modo, ainda que muitas travestis estejam fora do mercado do sexo, é quase irrisório o número de travestis que se quer nem chegaram perto da prostituição, pois acaba sendo uma fase pela qual a maioria passa para, principalmente, construir e aperfeiçoar o “ser travesti” (Davi e Bruns, 2015).

Segundo Davi e Bruns (2015, p. 522), as travestis “[...] constroem sua identidade de gênero através da vivência no mercado do sexo, obtendo também algum tipo de prazer nestas experiências.”



A rua é como uma fase em que elas têm contato com outras travestis e, por isso, se sente acolhida por saber que não é a primeira nem a última a passar por todas as transformações acima relatadas; com elas, encontra conforto e acolhimento, se sentem confortáveis por partilhar das mesmas situações e/ou experiências que as demais.

O efeito das ruas na vida das travestis chega a ser fundamental, pois se acredita que lá é o único lugar em que elas se sintam verdadeiramente desejadas e bonitas, além de ser onde geralmente começam a ter seus primeiros contatos e relações sexuais com “homens de verdade” (Davi e Bruns, 2015).

Em algumas situações, no geral, é na própria rua que elas entram em relacionamentos amorosos, em que se baseia, geralmente, numa troca, a qual de um lado tem-se os homens com a mera pretensão de uma noite ou algumas horas e do outro lado ficam as travestis que dando isso recebe em troca a confirmação de sua feminilidade e a sua capacidade de sedução. Resume-se, desse modo, em um relacionamento de trocas de expectativas (Davi e Bruns, 2015).

Assim como a rua é fundamental para a construção da identidade travesti, o ambiente doméstico também tem sua importância, visto que é neles que elas se reproduzem, se montam e se reafirmam cotidianamente em seu gênero, além de ser o local em que a montagem passa por suas maiores dores e lutas, pois é no seio familiar que maior parte das vezes não encontram o acolhimento que suprem com as experiências das ruas.

## **UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DO DISCURSO JURÍDICO**

No presente artigo, é de suma importância a análise dos discursos jurídicos, em razão da temática proposta, apresentada e discutida, vez que parte da perspectiva de entender quais olhares são lançados por magistrados quando estão frente à minorias sexuais.

Preliminarmente, se observa os aspectos sociais e históricos nos quais o sujeito/objeto de estudo – aqui, a travesti – está inserido. O lugar de fala dos envolvidos na promoção do direito é rico em política e sentidos que, sem dúvidas, conduzem interpretações a serem realizadas.

Quando se trabalha no campo jurídico, é de se esperar que haja uma íntima ligação com a verdade e, por conseguinte, com a justiça. Dessa maneira, é viável questionamentos que partem de uma análise preocupada em saber se o judiciário anda empregando um aparato histórico correspondente à linguagem jurídica atualizada, bem como aos fatos sociais.

Ao observar as produções da magistratura brasileira, é possível encontrar facilmente diversos que se ausentam em mencionar e ressaltar os estudos crescentes sobre a tríade gênero/sexo/sexualidade. Isto é percebido principalmente na linguagem inadequada empregada, tornando-a incoerente com a realidade, bem como pelo próprio silenciamento acerca da temática.

Tais narrativas demonstram o desconhecimento, a discordância ou mesmo o afastamento do magistrado para com as diferentes necessidades dos(as) *queers*.

Segundo Rabenhorst (2010), os juristas estariam à margem das normas jurídicas a fazer o transporte do que a sociedade produz, pois é da sociedade que nasce o Direito. Logo, por vincularem Sociedade e Direito devem observar o outro e a si mesmos de forma objetiva e científica. Contudo, ao olharem para si veem de forma subjetiva, ao mesmo tempo em que enxergam o próximo de acordo com o sexo que nele é projetado.

Tendo em mente que há expressão de opiniões na narração de muitos dos juristas – apesar do princípio da imparcialidade – é necessário identificar as influências subjetivas existentes, suas crenças e/ou (pré)conceitos.

Nesse contexto, os vocábulos são indicativos do obscurantismo científico ou da discriminação, ambos corroborando com um sistema de marginalização pautado na exclusão de proteção dos que são estigmatizados em seu meio.

Para além, Rabenhorst (2010) aponta que tais situações podem ser resultados de um receio por parte, especificamente, dos magistrados às temáticas que não se mostram tradicionais no saber jurídico. É corriqueiro o afastamento desses sujeitos na temática *queer*.

Desse modo, Rabenhorst acrescenta que mesmo com essas inovações que subvertem a norma dominante, os magistrados tendem ignorá-las, sob os seguintes ângulos de abordagem:

[...] continuam a suscitar desconfiança, sobretudo quando lançam suspeitas sobre o significado de conceitos basilares do direito, tais como a igualdade ou a imparcialidade, ou sobre o modo tradicional de expressão do conhecimento jurídico. (RABENHORST, 2010, p.7)

Logo, os juristas podem se identificar favoravelmente com as inovações da abordagem sobre gênero, sexo e sexualidade e, ainda assim, não desenvolver os conteúdos no seu cotidiano para preservar sua reputação fundada na fixidez da linguagem convencional. Afinal, segundo Davi e Bruns (2015, p. 528) “para muitos, as travestis são uma categoria de pessoas abjetas, marginais e perigosas”.

Sob essa perspectiva, não adiantaria conhecer as normas sem observar as relações sociais nem sem a auto avaliação dos magistrados nacionais.

Os discursos do sistema criminal, de acordo com Serra (2017), acaba por ser conivente quando propaga a ideia de marginalização e vitimização da travesti pelo fato de muitas vezes utilizar tais expressões como: “personalidade deturpada” e “pessoa afeita ao crime”, quando se refere aos LGBTQIA+, além de contribuir para o fenômeno da revitimização, que se traduz pela seleção e estigmatização da vítima. Numa perspectiva vitimológica, as travestis são submetidas a filtros no sistema penal, que as vitimiza na mesma medida em que as criminalizam.

## **SILENCIAMENTO E INVISIBILIDADE: REALIDADE DO JUDICIÁRIO ALAGOANO FRENTE À DIVERSIDADE**

O presente artigo advém da pesquisa feita através do site do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas especificamente na sessão de consulta jurisprudencial completa, cuja pesquisa é livre, podendo filtrar por termos como alguns dos utilizados: “travestis”, “transexuais”, “travestismo”, “transexualidade”, “transexualismo”, “transgênero”, “homofobia”, “prostituição” e dentre outros.

Ademais, o artigo conta com as elucidações de alguns autores, como: Victor Siqueira Serra, Thiago Coacci, Judith Butler, Guacira Lopes Louro, Larissa Pelúcio e Eduardo Rabenhorst.

No entanto, do resultado das pesquisas no TJAL houve surpresa, haja vista não conseguir encontrar uma razoável quantidade de acórdãos quando comparado a pesquisas semelhantes em outros Estados como São Paulo – na pesquisa de Victor Siqueira – e Minas Gerais – na de Thiago Coacci – as quais foram quantidades consideráveis, tendo o primeiro conseguido alcançar 380 acórdãos utilizando somente o termo “travestis”, apesar de limitar 20 acórdãos para análise, e o segundo 23 acórdãos.

Em síntese, todos os recursos analisados tiveram provimento negado. Foi alcançado o número de apenas 5 acórdãos envolvendo travestis no site do Tribunal de Justiça de Alagoas, sendo: 3 (três) desses com travestis na posição de ré; 1 (um) com travesti na posição de vítima; e 1 (um) com travesti em posição de testemunha.

Devido a isso, foi produzido um Ofício e protocolado no TJAL, a fim de obter mais processos ou tomar conhecimento se haveria melhores filtros dentro do próprio Tribunal.

Em resposta ao Ofício, o secretário da Câmara Criminal emitiu declaração, na qual constava não possuírem filtros específicos, além de mencionar que, inclusive o 1º grau de jurisdição, geralmente quanto ao preenchimento em suas plataformas dos dados do processo, somente se apresenta espaço para nomes, ou seja, não há lugar para cognomes e quanto ao gênero só há as opções do binarismo: feminino e masculino.

Além dessa resposta, foram entrevistados o presidente do GGAL (Grupo Gay de Alagoas) e um defensor público do 2º grau. Primeiramente, com Nildo Correia, presidente do GGAL, o intuito era o de saber se o mesmo tinha conhecimento de processos em que travestis foram vítimas e que não houve condenação, bem como outros aspectos que pudessem justificar a discrepância entre crimes praticados contra travestis e o número quase irrisório de acórdãos encontrados no site do TJAL.

O presidente do GGAL relatou que os casos de homicídios de travestis são tratados como irrelevantes. Com isso, ele exemplifica sua fala com um caso de uma travesti conhecida como Luma que foi assassinada na Vila dos Bancários, Bairro do Poço, Maceió/AL, onde nem suspeito existia, imagine réu. Nesse caso, segundo Nildo, a impunidade novamente reinou e nenhuma providência foi tomada:

O medo da represália, do que virá depois dessa denúncia...eu acredito também que a falta de informação, a demora da Justiça, a descrença que as pessoas têm na justiça, na segurança pública, é o que fazem com que elas acabem não procurando ajuda; é a certeza da impunidade. (CORREIA, 2019, 5'43" – 6'05")

Dentre várias de suas falas, outra que se destaca é quando Correia fala sobre a violência que a travesti sofre na infância. Nessa situação, outro exemplo que ele traz é de um menino de 13 anos que era homossexual e que foi vítima de homicídio com 37 tiros na cabeça. Além disso tudo, dentro de casa a própria mãe o empurrava para a prostituição, utilizando-se de expressões como *“esse viado tem que se sustentar”*. Para o presidente do GGAL, aquilo que travestis e até mesmo transexuais e transgêneros vivenciam na infância, bem como o meio no qual estão inseridos torna a violência algo natural.

Por outro lado, foi entrevistado também um defensor público que, por sua vez, entende não haver nenhuma discriminação ou influência relacionados à identidade de gênero para a análise de processos judiciais.

O defensor afirma que não há discriminação por parte do Judiciário e o fato de que em alguns acórdãos prevalecer o silenciamento do magistrado quanto à identidade de gênero do réu/vítima/testemunha, ele acredita que isso pode ser uma preferência do Judiciário em ser neutro e se omitir para não utilizar um termo que possa soar ofensivo; ou, ainda, eles podem preferir utilizar um termo *“técnico”* – no caso, homossexual por ser o mais utilizado – enquanto que os outros são termos novos, podendo o Judiciário não ter conhecimento.

Para ele, o gênero em nada interfere no discurso nem nas decisões dos magistrados. Afirma que o julgamento moral não interessa no mundo jurídico e, portanto, as decisões são pautadas na imparcialidade mesmo que a identidade de gênero não seja a predominantemente aceita.

O que interessa na minha opinião, o que eu vejo, nos debates, nos acórdãos é a vida criminosa anterior... se é travesti, se é homossexual, se é prostituta isso aí não tem... isso aí eles reservam para um julgamento moral que é de cada um, mas não interessa para o mundo jurídico. (SOUZA, 2019, 8' 15" – 8' 27")

Quanto aos acórdãos propriamente dito, apesar da pouca quantidade, ainda assim se pôde obter uma visão – ainda que superficial – de como o Judiciário alagoano se “comporta” frente à diversidade de gêneros, através dos pilares que os magistrados utilizam para fundamentar seus argumentos, do pronunciamento do secretário da câmara criminal do TJAL e de entrevistas com defensor público e com o presidente do Grupo Gay de Alagoas.

Ainda sobre a análise dos acórdãos, uma das muitas indagações levantadas ao analisá-los é a presença de termos diversos para designar a identidade de gênero correta do réu/vítima/testemunha, bem como a omissão. Essa última fez surgir as seguintes indagações: 1) essa omissão decorre da inexperiência com o recorte de gênero no Tribunal e os magistrados acabam tendo receio em utilizar termos que possam soar pejorativos?; ou 2) essa omissão é porque em nada interfere a identidade da pessoa parte do processo?

Quanto às indagações feitas acima, algumas pessoas acreditam – geralmente as que também estão dentro do meio jurídico – que para o Judiciário é indiferente ou irrelevante ter conhecimento do gênero da parte integrante do processo. Entretanto, a própria plataforma do TJAL possui apenas filtros correspondentes ao sexo biológico do indivíduo, ignorando sua identidade de gênero. Diante disso, já se pode considerar uma certa discriminação quanto às identidades não dominantes, visto que essa categoria é invisibilizada e silenciada.

Vale mencionar também que o acórdão mais antigo é datado de 2013 e o mais atual é de 2018. Além disso, salta aos olhos que todos os acórdãos tratam de crime de roubo e se utilizam de vocábulos masculinos ao mencionar as travestis.

A análise dos acórdãos feita nesta pesquisa permite não só perceber a criminalização de subjetividades, mas também o que assevera Serra (2017) quando relata que a partir disso tem-se uma compreensão das narrativas judiciais pautadas na reabilitação das travestis.

O silenciamento seja por falta de conhecimento, seja por receio de utilizar termos inapropriados, ensejam um caráter discriminatório quando o próprio Poder Judiciário não tem interesse em qualificar as partes de acordo com seu gênero, mas somente quanto ao seu sexo.

O efeito omissivo ocasiona um grande espaço para interpretações, pois ao silenciar, coloca em voga a imparcialidade dos julgamentos. Ora, se julgar com base em hipóteses abstratas e genéricas da lei já é considerado inapropriado, quiçá quando julgado a partir de critérios subjetivos de cunho meramente opinativo.

Percebe-se também duas realidades distantes das falas do presidente do GGAL e do defensor público – ainda que cada um tenha sua opinião, ambas aqui sendo respeitadas –, pois o primeiro sustenta a impunidade dos crimes quando a parte não é de gênero predominante, enquanto que o segundo assevera que há o mesmo empenho e utiliza-se dos mesmos parâmetros para julgar os casos ainda que seja uma das partes seja travesti, por exemplo.

Contudo, a partir de uma análise crítica, afirmar que há o mesmo empenho para julgamento de casos homofóbicos e demais crimes que envolvam travestis, tendo, em contrapartida, descuido e desinteresse em simplesmente qualificar a parte de acordo com seu gênero não demonstra igual tratamento.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que, se de um lado ainda há resistência dos magistrados no sentido de reconhecer os indivíduos por seu gênero, estigmatizando as minorias sexuais como desviantes e criminosos, por outro lado também há o outro sentido da resistência com a teoria *queer* aos padrões convencionais.

Ademais, percebe-se o olhar e o discurso do judiciário, ousando dizer que o mesmo acaba servindo como reproduzidor da homofobia e das questões heteronormativas.

Esse sistema se mostra não só ineficaz na proteção das travestis, como também duplica a sua vitimização, na medida em que atua de forma seletiva e desigual, determinando os “merecedores” do status de vítima, em contraposição aos “não merecedores”, e neste processo, conduz a travesti violentada a vivenciar novamente toda cultura da discriminação e humilhação.

Finalmente, é necessário afastar os subjetivismos, crenças e opiniões inerentes ao magistrado como indivíduo inserido no meio social para que se dê a devida relevância à temática *queer*, vez que a igualdade só se vê atingida quando há reconhecimento.

## REFERÊNCIAS

ALKMIN, Gabriela. **O que é teoria queer?** In: RAMOS, Marcelo Maciel; BRENER, Paula Rocha Gouvêa; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá (Orgs.). *Gênero, Sexualidade e Direito – uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B. “Tá lá o corpo estendido no chão...”: a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2006.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2012.

COACCI, Thiago. A transexualidade no/pelo judiciário mineiro: um estudo dos julgados do TJMG correlatos à transexualidade no período de 2008 a 2010. **Revista três [...] pontos**, Minas Gerais, p. 81-92.

DAVI, Edmar Henrique Dairell; BRUNS, Maria Alves de Toledo. Compreensão fenomenológico-existencial da vivência travesti. **Rev. Nufen: Phenom. Interd**, v. 9, n. 3, p. 57-76, 2017.

DAVI, Edmar Henrique Dairell; BRUNS, Maria Alves de Toledo. Mundo-vida travesti: abordagem fenomenológica das travestilidades. **Trends in Psychology/Temas em Psicologia – 2015**, Vol. 23, nº 3, p. 521-533.

JAYME, Juliana Gonzaga. Travestis, transformistas, dra queens, transexuais: montando corpo, pessoa, identidade e gênero. In: Ana Lúcia de Castro (Org.). **Cultura contemporânea, identidades e sociabilidades: olhares sobre o corpo, mídia e novas tecnologias**. 1. ed., São Paulo: Editora UNESP, 2010, v. 1, p. 167-196.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. 1. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MASIERO, Clara Moura. Criminologias queer. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Criminologias alternativas**. 1 ed., Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 153-166.

OLIVEIRA, Manuel Rufino David de. Interdisciplinaridade e estudo criminológico da violência homofóbica: tensões entre criminologia e teoria queer. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal UFRGS**, v. 4, n. 1, p. 61-71, 2016.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Encontrando a Teoria Feminista do Direito**. *Prima Facie*, João Pessoa, v. 9, 17, Jul-Dez, 2010.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Trad. Guacira Lopes Louro, 1. ed., 2. reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. **Educação e realidade UFRGS**, v. 20, n. 2, 1995.

SERRA, Victor Siqueira. **Travesti e prostituta**: gênero, violência e interfaces da vitimização. O lugar da vítima nas ciências criminais, São Paulo, p. 193-207, 2017.

SERRA, Victor Siqueira. **Por uma criminologia travesti**: (des)construções de gênero no discurso judicial criminal paulista. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, p. 1-12, 2017.

# UMA ANÁLISE DO FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA DE HOMICÍDIO: A NECESSIDADE DO ESTUDO ACERCA DA INEFICÁCIA DAS LEGISLAÇÕES PROTETIVAS ÀS MULHERES DIANTE DA OMISSÃO DO ESTADO

**Mariana Candido dos Santos**

Graduanda em Direito. Pesquisadora do Grupo de Estudos Avançados GEA (IBCCRIM). Pesquisadora e Coordenadora do Grupo de Estudos em Gênero e Direito (CESMAC).

**José Afrânio Alves de Santana Filho**

Graduando de Direito (SEUNE). Membro da LAPEC e do Grupo de Estudos e Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.

Na construção de um projeto político-criminal, as questões que envolvem a violência e o medo são carregadas por certo distanciamento das questões que envolvem as dinâmicas de gênero, na sua real mudança de estruturas, ficando apenas ao cabo de medidas superficiais com a missão de dissimular os problemas sociais, econômicos e raciais existentes na sociedade brasileira.

São várias as discussões no âmbito institucional que nos trazem determinadas dúvidas, sobre se essa é mesmo a trincheira ideal para os enfrentamentos nas lutas contra aquilo que fundamenta o sistema de justiça criminal brasileiro, pois, nossa sociedade se baseia com a sua formação sócio cultural, nos ditames patriarcais, racistas e capitalistas, e não seria diferente, que o mais alto nível de controle social, se instrumentalizaria de forma distante dessa base.

Em sociedades capitalistas, principalmente, as que se encontram no sul global nos moldes do capitalismo dependente, como o Brasil, encontram no patriarcado e no racismo, uma forma de recrudescimento das desigualdades que estão postas nas estruturas de poder. Nessa perspectiva, a raça e o patriarcado são dominações sobre os corpos das mulheres, e, são categorias sociológicas que precisam estar presentes nas análises de conjunturas na tomada de um comportamento insurgente, quanto, principalmente, nos espaços disputados nos ambientes institucionais.

E assim, as situações de vulneração são postas para aqueles que se encontram à margem das relações, ou seja, são bombardeados nos corpos e subjetividades, aquilo que faz com que o sistema continue na sua eterna manutenção. Sobre as mulheres negras, especificamente, se recai todas as formas de violência, sejam desde as que matam a alma, e deixam os corpos vivos para a plena reprodução desumana dos moldes hegemônicos, com o seu epistemicídio até a morte física em que se escolhem quem deve viver e morrer, com suas políticas de morte.

Fugindo das concepções universais da categoria mulher, o feminismo negro vem para contribuir com a perspectiva de que as experiências concretas colocam todas as mulheres em posições diferentes para o enfrentamento e o recebimento dessas pressões externas, em que a maior descoberta epistemológica da modernidade, consegue nos revelar as engrenagens que estão aplicadas no sistema de justiça criminal, que é a interseccionalidade.

Para compreender esse aporte metodológico que nos revela abertamente as relações que se operacionalizam entre os sujeitos, a interseccionalidade nos mostra a inseparabilidade do racismo, capitalismo e do cisheteropatriarcado, que coloca a mulher negra na dinamicidade neocolonial, conforme AKOTINERE (2019, p. 19) nos expõe. Ela ainda traz que a interseccionalidade coloca para as feministas o poder da criticidade política com a perspectiva de olhar para além das compreensões hegemônicas, “levando em consideração as insubordinações

de gênero, classe e raça e as opressões estruturantes da matriz colonial moderna” AKOTINERE (2019, p. 38).

Tomando como ponto de partida a análise de que o feminismo negro carrega em si a necessidade de uma produção epistemológica que esteja mais perto da realidade daquelas que estão submetidas a esse sistema de opressões. E para, além disso, pensando como uma produção epistemológica latino americana ou decolonial, que tende a romper em primazia com os aportes coloniais eurocêntricos, em que nessa visão, o termo “colonial” pode ser utilizado para referenciar diferentes tipos de opressão, que não precisam se limitar àqueles oriundos de fronteiras geográficas, podendo perpassar por fronteiras de gênero, étnicas, sociais e raciais, especialmente diante do fato de que algumas dessas categorias podem levar a outras relações de colonialidade, umas dentro ou decorrentes das outras.

Sendo assim, tomando emprestado de Gramsci o conceito de subalternos, apresentado por DEL ROIO (2008), que são grupos sem autonomia e sujeitos à hegemonia do grupo social dominante. Porém, sendo subalterno, este apresenta a capacidade de superação da sua condição, utilizando-se dos meios necessários, desde a tomada de produção de conhecimentos até a forma de enfrentamento mais contundente. É nessa possibilidade de insurgência, que encontramos o coração da decolonialidade, a diáspora africana com seu atravessar epistêmico negro, nos trazendo a dupla consciência de vivências que rompe com o padrão colonial hegemônico.

Porém, trazendo a contribuição de SPIVAK (2010) que critica a ênfase gramsciana nessa autonomia e questiona se, como tal, o subalterno pode falar e ser ouvido. Assevera que todo ato de resistência em nome dos subalternos é feito através do discurso hegemônico, que a fala do subalterno é sempre intermediada por outrem, e conclui que, no atual modelo social, o subalterno não se autorepresenta porque não pode ser ouvido no discurso dominante. Critica a cumplicidade do intelectual que assume a função de agenciar o subalterno e ressalta o dever de criar espaços nos quais o subalterno possa falar e ser ouvido.

Nesse contexto a mulher subalterna encontra-se em posição especialmente delicada. A estrutura sexuada da sociedade mantém as mulheres de qualquer camada social subordinadas aos homens de sua mesma camada e mesmo aos homens em geral. A marginalização do mundo do conhecimento, da cultura, da política, da produção e do público constrói mulheres com conhecimento reduzido da realidade, levando-as à dependência econômica, social e pessoal. Essa mesma interpretação sobre como as mulheres são postas diante das instituições, que como dito no começo dessa análise, apresentam em seu bojo uma tradição patriarcal, racista e de opressões de ordem colonial.

Os debates feministas sobre interações entre classe e gênero, ou entre raça e gênero, ou mesmo outras formas de marginalização, parecem demonstrar que as pessoas são mais frequentemente marginalizadas como mulheres do que como membros de qualquer outro grupo, de modo que a identificação conceitual de gênero como o principal obstáculo para a democracia parece adequada.

Pensando nessas contribuições teóricas, atenta-se então a experiência brasileira na passagem pelo projeto de lei original sobre a lei nº 13.104, conhecida como a lei do feminicídio e o que se tornou a sua plena efetividade sobre a realidade das mulheres brasileiras, no sentido de que os movimentos feministas com suas epistemologias e sentimentos de insurgência buscaram ecoar suas vozes, para que pudessem colocar nos holofotes a realidade que transpassava com gosto de sangue, a vida de mulheres brasileiras, porém, o que era um aporte de discussão, se tornou algo simbólico, meramente institucional e sem muita funcionalidade para a vida das mulheres, pois, o discurso do subalterno não pode ser ouvido no contexto hegemônico de dominação.



Nesse sentido, a mulher que é vítima de feminicídio, e toda a carga representativa da luta contra a violência de gênero, precisou de vozes que falassem por ela, porque assim funcionam as engrenagens do sistema de dominação, e foi a Comissão parlamentar mista de inquérito da violência contra mulher, que protagonizou esta representação, mas não conseguiu pelas vias institucionais se manter distantes dos ditames impostos pelo sistema de justiça criminal, pois, a resposta institucional não deve ser considerada o único meio de contenção de um problema social que é enviesado nas estruturas da sociedade.

Em aportes iniciais, em março de 2015, foi sancionada no Brasil uma nova categoria jurídico-penal: o feminicídio, que foi inserido no código penal como uma das modalidades de homicídio qualificado, que implica no aumento de pena em relação ao homicídio comum, e também incorporado ao rol de crimes hediondos, em suma, após a passagem partidária no congresso nacional, o feminicídio compreende-se, como o homicídio praticado contra as mulheres “por razões da condição de sexo feminino”.

Retomando as categorias expostas anteriormente, a voz do subalterno em Gramsci, seria nessa perspectiva a atuação dos movimentos feministas e da advocacia feminista em depositar esforços para trazer para o debate nacional as questões que envolvem a violência de gênero, não atendendo especificamente aos ditames punitivistas e populistas, mas sim chamar a atenção para a luta contra a invisibilização das cifras, pois até então, não se sabia qual era a realidade das taxas de homicídio, e qual destas mortes era resultado da violência de gênero.

O texto original proposto tinha como redação:

Art. 1º o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 121”.

§7º Denomina-se feminicídio à forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias:

I – relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado;

II – prática de qualquer tipo de violência sexual contra vítima, antes ou após a morte;

III – mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte:

Pena – reclusão de doze a trinta anos.

§8º A pena do feminicídio é aplicada sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes a ele conexos.

Com isso, para Soraia da Rosa Mendes (2017), [...] o feminicídio ou femicídio carrega em si a compreensão de que a morte de mulheres em dadas circunstâncias é um fenômeno que está intrinsecamente relacionado aos papéis socioculturais a elas designados ao longo do tempo, e que pode ocorrer de diversas formas, incluindo assassinatos perpetrados por parceiros íntimos, com ou sem violência sexual, crimes em série, violência sexual seguida de morte, ou mesmo o extermínio.

CAMPOS (2015), traz que as discussões para a implementação dessa perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro, destacando o caráter político-jurídico do feminicídio, dessa violência específica, devendo ser vista como um problema de saúde pública e de grave violação dos direitos humanos das mulheres.

E que, a tipificação do feminicídio seria uma continuidade do que a lei maria da penha iniciava, ou seja, um esforço legislativo para o avanço de proteção e discussão sobre a violência de gênero, (CAMPOS, 2015).

E para a fundamentação desse entendimento o projeto de lei do senado nº 292, de 2013, apresentado pela comissão parlamentar mista de inquérito da violência contra a mulher, traz na sua justificção à época, de que no Brasil, entre 2000 e 2010, 43,7 mil mulheres foram assassinadas, e que 41% desses assassinatos foram resultados das relações próximas que se estabeleceram com as vitimas. A comissão trouxe para a discussão, enfatizando o caráter generalista da aplicação da denominação de “gênero”, no texto leal, de que o feminicídio:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele de expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo. Como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Soma-se a essa ideia, a defesa da tipificação do feminicídio, que seria o reconhecimento, na forma da lei, nos níveis altíssimos de vitimação, ou seja, a morte de mulheres por sua condição de gênero, expondo as desigualdades de gênero, por meio do âmbito institucional, e também, essa tipificação de algum modo combateria a impunidade, defendendo que feminicidas não seriam mais beneficiados por decisões que reduzissem a morte de mulheres a “crimes passionais”. E por fim, a dignidade da vítima estaria resguardada, pois a lei desqualifica midiaticamente, a condição das mulheres assassinadas, que para elas é atribuída a responsabilidade de seus crimes de que foram vitimas.

Na leitura de FLAUZINA (2016, p. 96), “é preciso singularizar as mortes de mulheres como parte de uma dinâmica de gênero específica. Ecoar que os corpos se esvaem em relações de poder que ditam quem pode matar e quem deve morrer”. Porém, há uma discussão sobre o real caráter dessa singularidade reduzida a legalidade.

Com isso, vê-se a extrema necessidade de ter uma politica criminal que pudesse conforme ARAÚJO (2019, p. 62) diz que mesmo existindo muitas polêmicas a tipificação, a luta de movimentos feministas se deu em primeiro lugar pela a necessidade de proteção dos direitos humanas das mulheres. Há anos não se tinha uma preocupação ou uma reunião de politicas que envolvessem as discussões de violência de gênero, por parte das instituições. Elita de Araújo ainda contribui que muitos foram os substitutivos, ressaltando que as argumentações foram muitas para que a proposta original não fosse completamente esvaziada.

No esforço legislativo conforme os moldes da agir dominante hegemônico, o projeto de lei sofre uma alteração que esvazia o conjunto de significados que entornam o que é feminicídio, e o que acompanhou durante toda a trajetória do esforço emancipatório dos movimentos feministas. OLIVEIRA (2017, p. 129), diz que a palavra “gênero” esteve presente em todo o debate, mas foi excluída no último momento do processo legislativo, por meio de uma emenda de redação, e o que explicou esse resultado, foi a configuração do congresso nacional.

Sendo assim, OLIVEIRA (2017, p. 130) enfatiza em sua tese, que fez entrevistando parlamentares, à época, é que houve uma real “guerra contra a palavra gênero”, no campo das ideias, limitando então, o avanço institucional contra a violência de gênero.

OLIVEIRA (2017, p. 130) traz um importante dado sobre essa questão de guerra a palavra gênero, e destaca mais uma vez o que Spivak, demonstra na sua contribuição sobre que todo ato de resistência em nome dos subalternos é feito através do discurso hegemônico, e com isso, demonstra que os discursos entram nos moldes hegemônicos. O debate originário nasceu nosso (dos movimentos e ativismo feministas) e se tornou deles (dos congressistas, homens brancos privilegiados complacentes).

É... é a guerra das ideias. No terreno das ideias, nós temos uma hegemonia do pensamento conservador e reacionário. Em tudo que represente uma visão nova da sociedade, há uma guerra absoluta, realizada pelas mídias, que, no Brasil, especificamente, são extremamente monopolizadas, na horizontal e na vertical [...]. A disputa no sistema educacional, ela se expressou na guerra contra a palavra gênero. Aqui, no Plano Nacional de Educação, nós tivemos que enfrentar um debate insano, irreal. Desvirtuaram o próprio conceito de gênero. É como se fosse uma palavra... um palavrão, uma palavra pecaminosa, você botar a palavra gênero. Vários projetos para serem aprovados, e eu creio que no debate sobre o feminicídio nós enfrentamos isso, a palavra gênero era um grande empecilho. [...] O foco do debate em todos os lugares foi a palavra gênero. (Parlamentar C, entrevista, 2017, grifos meus).

OLIVEIRA (2017, p. 130) aponta que nesse contexto de guerra declarada de alguns setores do congresso contra o gênero, o foco do debate não é o conteúdo dos projetos de lei em discussão, mas sim a questão da utilização ou não da palavra gênero. No caso da lei do feminicídio, as interlocutoras relatam que essa interdição da palavra gênero foi imposta pelo então presidente da Câmara, o deputado Eduardo Cunha, como uma condição para a aprovação da lei.

CAMPOS (2015), aponta que principal inovação dessa modificação foi o aumento da pena em 1/3 à metade se o crime fosse praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 anos e maior de 60 anos e na presença de descendente ou ascendente da vítima. E finalmente na Câmara a expressão por razões de gênero foi substituída por razões da condição de sexo feminino.

O texto que hoje se apresenta no debate institucional sobre o que será punido como prática de feminicídio, e o que foi aprovado no congresso é:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Homicídio simples**

Art. 121.

**Homicídio qualificado**

§ 2º

**Feminicídio**

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

**Aumento de pena**

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.”

Campos (2015), continua a apontar que a discussão legítima de feminicídio, era —como atos ou condutas misóginas que levam à morte, ou a morte por razões de gênero ou ainda como uma forma extrema da violência baseada no gênero busca proteger um bem jurídico considerado penalmente relevante (a vida)”. ARAÚJO (2019, p. 66), demonstra citando campos (2015), que “o

femicídio seria uma adequação típica contraposta à figura do homicídio, visando diferenciar e nominar a especificidade das mortes de mulheres”.

Para a jurista brasileira, “se por um lado é legítimo reconhecer juridicamente a violência feminicida por outro, a definição legal escolhida não parece ter sido uma boa escolha, pois reduziu o conceito de gênero” (CAMPOS, 2015).

Com isso, os anos se passaram, e mais uma vez a trincheira institucional demonstra-se restritiva para a disputa de narrativa que se busca ter, e, além disso, a busca por um fim punitivista e interventor, por parte de determinados setores dos movimentos feministas, que buscam incessantemente, a atuação severa do direito penal, esquecendo que redutos não irão ser capazes de resolver as questões que envolvem a emancipação nas discussões de violência de gênero.

Flauzina aponta que há um dilema de fronteiras, em que se há uma aposta no recrudescimento penal, a contribuição de um discurso emancipatório pode não contribuir, pois contribuirá, mesmo que indiretamente, para os discursos carregados de lei e ordem que estão no eterno processo de hegemonização, “ativando com vigor pautas reacionárias [...] a problemática aponta para o fato de a proposta do feminicídio não somar com alternativas situadas num horizonte que tenha o direito penal mínimo como referencia numa abordagem que intervenha, na questão da cifra oculta em torno do crime”. (FLAUZINA, 2016, p. 98).

A saída legislativa, e o depositário esforço no texto de lei como única fonte de proteção as mulheres, demonstra uma eterna contradição, pois o Estado, que em sua origem é fundamentado em não estar disposto a suportar as pautas populares, não consegue conduzir políticas públicas que sejam suficientes, apenas políticas criminais autoritárias que vislumbram o aprisionamento, e o populismo, mesmo que em seu bojo inicial o projeto de lei em análise, não objetivasse essa drástica redução.

Nesse sentido, basta observar que a constância dos dados apresenta a violência latente contra a mulher de modo institucionalizado. Ainda em 2018 o Nexa jornal publicou uma pesquisa do Inter-Parliamentary Union, cuja ideia era estabelecer um ranking dos países que mais promovem a igualdade entre os gêneros, em seus respectivos parlamentos. Na referida pesquisa, o Brasil se encontra na posição 132ª, de aproximadamente 190 países.

A lamentável posição diz respeito às 84 mulheres que, à época, contemplaram seus mandatos parlamentares, sendo 77 deputadas federais e 7 senadoras, segundo o tribunal superior eleitoral- TSE. Apesar dos 594 cargos disponíveis à disputa no parlamento, as mulheres não são vistas como aptas a ocupar esses espaços de deliberação e administração pública de modo igualitário, sendo a elas reservados apenas a tutela dos espaços privados.

Foi diante dessa conjuntura que a ONU Mulheres, em parceria com a União Interparlamentar (UIP), lançou em 2017 um ranking de participação de mulheres no executivo, analisando aproximadamente 174 países, no qual, com apenas uma ministra, à época, o Brasil ocupou a posição 167ª. Consoante a isso, ANDRADE (2005, p.85) entende que:

A esfera privada, configurada, a sua vez, como a esfera da reprodução natural, e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico) tem seu protagonismo reservado à mulher, por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este, como veremos, o eixo da dominação patriarcal.

Ainda nesse contexto, na edição do atlas da violência, o IPEA constatou a morte de aproximadamente 5000 mulheres, sendo esse o maior número dos 10 anos anteriores. Nessa pesquisa, o grande alarde é a apresentação de um alvo bem definido, contra o qual os índices de

violência estão em crescente velocidade, a mulher negra. Essas eram 66% das vítimas de homicídio na época e contra elas, no intervalo 2007-2017, as taxas de violência cresceram 29,9%, enquanto a violência contra mulheres não negras cresceu apenas 4,5%.

Assim, as mulheres negras, para além da violência de gênero reproduzida de modo estrutural- estatisticamente ilustrada acima na figura das parlamentares e chefas do executivo- sofrem ainda a violência racial, que também incide sob uma perspectiva institucionalizada e estruturante de poder, impondo uma barreira ainda maior de preconceitos e intolerâncias raciais, que as recorta, inclusive, de ocupar tais espaços no ambiente público.

Direcionando a análise da eficácia do dispositivo legal para o estado de Alagoas, que durante muitos anos liderou em matéria de violência, os números de feminicídios são assustadoramente crescentes. Em observância às estatísticas da secretaria do estado e segurança pública, em 2018 (em 12 meses), foram registrados 20 casos de feminicídio; já em 2019, somente até o mês de agosto, 33 casos de feminicídio foram atestados. Tal crescimento de 45% (em apenas 6 meses) atesta a completa ineficácia em desacelerar a problemática estrutural da violência contra a mulher, apenas com uma lei, cujas medidas são meramente circunstanciais.

Para além do exposto, a ideia vendida pelo sistema de justiça criminal de que a mulher passará a ser protegida através do aumento do poder penal é, apesar de sedutora, determinante ideológica. O sistema criminal apenas reforça toda a perspectiva segregacionista supracitada quando passa a controlar seus corpos, numa perspectiva biopolítica. O sistema punitivo, como exposto por FLAUZINA (2016, p.98): “[...] a matriz central da punição tem nas mulheres negras seu maior sustentáculo.” Marginaliza a mulher e dela se utiliza para estruturar a violência contra corpos negros. Assim, de acordo com ANDRADE (2005, p. 78):

Estamos perante uma ideologia extremamente sedutora, também para as mulheres, e com um fortíssimo apelo legitimador (da proteção, da evitação, da solução) como se à edição de cada lei penal, sentença, ou cumprimento de pena, fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da barbárie ao paraíso. Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que Alessandro Baratta denomina o “mito do Direito Penal igualitário”

Desse modo, quando se deixa levar por essa ideologia, o resultado é um maior recrudescimento penal para punir e controlar aqueles que são vistos, historicamente, como inaptos para ocupar o Estado e assim ameaçar o *status quo* de dominação, mas nunca a tutela do bem jurídico desses, como a garantia de seus direitos fundamentais- e que de fato se pretende. Nesse interim, o sistema penal ganha mais força ao passo em que são minados os direitos e garantias fundamentais dos “tutelados”. Para ANDRADE (2005, p. 79):

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).

Nessa perspectiva, Flauzina chama por “feminismo bélico” aquele que, desligado das premissas criminológicas críticas, busca a responsabilização das violências masculinas, legitimando o gatilho penal sobre aqueles já marginalizados, com mais cárcere e mais violência. O produto dessa equação já se conhece, é a multiplicação dessa mesma violência e desse mesmo cárcere que, para se sustentar, precisam ainda mais da presença dos corpos femininos. É essa a estrutura cíclica reprodutora de sexismos, a qual se busca combater, e jamais multiplicar. (FLAUZINA, 2016, p. 98).

Nesse sentido, entende-se que o dispositivo legal de proteção a mulher vigente desde 2015 não apenas é ineficaz, como submete a mulher a um segundo processo de violência simbólica, reproduzindo o sexismo estruturais e institucionalizando seus corpos para sustentar o processo cíclico de estigmatização. Exemplo disso são os presos que, para dar conta de suas atividades ilícitas dentro do sistema carcerário (geralmente ligadas a droga) se utilizam das mulheres para que as encaminhem. Assim, a mulher deixa de ser apenas provedora da família, como também do apenado, bem como no acompanhamento judicial de todo o processo. (FLAUZINA, 2016, p. 100)

[...] Do ponto de vista do sustento material dos presos, por exemplo, há, claramente, uma expectativa de que as mulheres assumam esse encargo solidariamente com o Estado. Sabe-se que cabe a muitas delas o papel de provedoras de seus companheiros e filhos durante o tempo de pena (FLAUZINA, 2016, p. 99)

Outro adendo nesse encadeamento exemplificativo é a revista vexatória às quais as mulheres precisam se submeter para poder entrar no sistema carcerário. A humilhação a qual elas precisam passar representa, simbolicamente, a violência institucionalizada em seus corpos pelo âmbito público, sobretudo em matéria penal. Para além disso, se há de convir que a administração do cárcere funciona de modo menos conflituoso em função da disponibilidade sexual das mulheres, uma vez em que a visita íntima é tida como mecanismo de controle e recompensa. (FLAUZINA, 2016, p.100)

O que torna a questão da descolonização da mulher peculiar é o fato de que a baixa presença feminina em espaços públicos e de decisão não é particularidade de países do terceiro mundo ou da América Latina. Ainda que aqui esse fenômeno seja dotado de especificidades, a mulher foi/é colonizada no mundo inteiro. A adoção de uma perspectiva e de argumentos decoloniais, portanto, mostra-se um meio de questionamento da legitimidade dos espaços ditos democráticos que funcionam sem incorporar metade da população, que dentro de uma sociedade binária sofre com distinções homem-mulher essencializantes.

Convivemos, portanto, com um direito que é apresentado como instrumento imparcial apto a resolver os conflitos da sociedade prometendo tratar a todos de maneira igual, mas que desde sua elaboração à aplicação protege as experiências masculinas, abordando as necessidades femininas pelo ponto de vista masculino.

A contínua exclusão de setores subalternizados do poder perverte a soberania popular, tornando a palavra “cidadania” nada mais do que uma armadilha da linguagem que redundando em um déficit democrático.

E assim, qualquer que seja a abordagem de democracia adotada, majoritária ou constitucional, empirista ou normativista, ela é comprometida ante o afastamento das mulheres dos espaços de decisão, afinal, a cidadania não consiste na adesão a uma comunidade política instituída à sua revelia. A esse respeito, diz Dworkin: “É ilegítimo aplicar leis contra mim, qualquer que seja sua justeza ou sabedoria, se o papel de parceiro no debate político que as produziu não me é reconhecido”.

## REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **O que é interseccionalidade?**. Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

ALMEIDA, Rodolfo; ZANLORENSSI, Gabriel. **A presença de mulheres no Legislativo no mundo em 2018**. Nexo Jornal. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2018/11/09/A-presen%C3%A7a-de-mulheres-no-Legislativo-no-mundo-em-2018?ref=datahackers>>. Acesso em 29 nov. 2019

Andrade, Vera Regina Pereira de. **A Soberania Patriarcal: O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER.** Revista Seqüência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005

ARAÚJO, Elita Isabella Morais Dorvillé de. **Sobre as mortes das dandaras: gênero, raça e classe como aportes para pensar uma criminologia feminista e interseccional.** (mestrado em direito), Universidade Federal De Alagoas. Programa de pós-graduação em direito, 2019.

**Atlas da violência 2019.**/ Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf)>. Acesso em 29 nov. 2019.

BRASIL fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU. **Nações Unidas Brasil.** Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>> . Acesso em 29 nov. 2019.

CAMPOS, Carmem Hein de. Violência, crime e Segurança Pública. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico feminista. **Sistema Penal e Violência:** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre , v. 7, n. 1, p. 103-115, janeiro-junho 2015.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: Teoria feminista e crítica às criminologias.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Regina. Cresce o número de mulheres mortas este ano em Alagoas: 33 vítimas. **Portal Gazetaweb.com.** 1 out. 2019 Disponível em: <[https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/10/sobe-para-33-numero-de-vitimas-de-femicidio-em-alagoas\\_86994.php](https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/10/sobe-para-33-numero-de-vitimas-de-femicidio-em-alagoas_86994.php)>. Acesso em 29 nov. 2019

DEL ROIO, Marcos. “Introdução” In: **Marxismo e Oriente:** quando as periferias tornam-se os centros. Marília, SP: Oficina Universitária da FFC – Unesp Marília, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **O feminicídio e os embates das trincheiras feministas.** Discursos sediciosos, crime direito e sociedade. Ano 20 números 23/24, 1º e 2º semestres de 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

OLIVEIRA, Clara Flores Seixas de. **Do pensamento feminista ao código penal:** o processo de criação da lei do feminicídio no Brasil. Mestrado (dissertação) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Salvador, 2017.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?.** 1. ed. Trad. Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.



**Coordenação:**

Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP/UFPE)

Roberto Efrem Filho (UFPB)

Mariana Pimentel Fischer Pacheco (UFPE)





## MACHISMO: UMA CEGUEIRA SOCIAL – UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FATORES HISTÓRICOS, SOCIAIS E CULTURAIS QUE DESENCADAIAM A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

**Ângela Maria Monteiro da Motta Pires**

Doutora em Educação (UFPE). Professora do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

**Laura Tereza Nogueira Mariano**

Mestranda em Direitos Humanos (UFPE). Professora (CEFOSPE).

### INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres persiste como uma violação dos direitos humanos e um impedimento na conquista da igualdade de gênero (ONU, 2006). No Brasil, em 2018, a taxa era de 04 mulheres mortas para cada grupo de 100 mil mulheres, ou seja, 74% superior à média mundial (MONITOR DA VIOLÊNCIA, 2019).

A crescente inserção do debate de gênero tem como finalidade coibir a violência, seja buscando aumentar o rigor da lei ou implantando de forma eficaz medidas assistenciais e preventivas às vítimas. Acontece que existe uma lacuna no que tange à pesquisa e ao estudo aprofundado da masculinidade, quando se trata da desconstrução de mitos, preconceitos e tabus, sendo estes fatores bastante relevantes para a discussão desta problemática.

Afinal, entender esta questão requer aprofundar estudos relativos à vítima como também ao agressor, na medida em que supomos que ambos precisam de ajuda, como bem descreve Heleieth Saffioti, (2004): “É por esta razão que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima. Sofrendo esta algumas mudanças, enquanto a outra parte permanece o que sempre foi, mantendo seus *habitus*, a relação pode inclusive, tornar-se ainda mais violenta”.

A partir do exposto e em face destas lacunas, a maior motivação para a elaboração deste artigo surgiu a partir da necessidade de estudar o machismo e a relação do patriarcado como fatores que ‘perpetuam’ a violência de gênero, uma vez que os números de violência não diminuem mesmo com o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), como por exemplo, no Estado de Pernambuco, conforme Relatório nº 570/2018 – GACE fornecido pela Ouvidoria da Secretaria de Defesa Social de PE (SDS), de 2012 até os dias atuais.

Outro aspecto relevante a ser destacado é que os estudos acerca da violência doméstica contra a mulher são recentes e, na maioria das vezes eles são realizados a partir das vítimas. Nesse sentido, as pesquisas que tratam sobre gênero a partir da figura do agressor são bastante incipientes, o que muitas vezes dificulta a fundamentação teórica e a revisão bibliográfica sobre a

temática. Além de não contribuir para a compreensão do problema e a construção de possíveis intervenções no combate a esse mal.

Como é sabido, no ano de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340/2006, conhecida mundialmente como a 'Lei Maria da Penha' que instituiu medidas protetivas para a mulher vítima de violência doméstica. A referida lei trata de medidas punitivas para o agressor, bem como medidas preventivas e assistenciais para este.

Acontece que, entidades da sociedade, como organizações não governamentais e o poder público se engajam nesta luta, que é de todos, porém, os números ainda são alarmantes, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Defesa Social de Pernambuco.

E não é diferente em nível nacional. Dados alarmantes da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2018) demonstram que: "o Brasil é o país com a quinta maior taxa de feminicídio no mundo".

Segundo a OMS, o número de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres. O Mapa da Violência de 2015 aponta que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher. As mulheres negras são ainda mais violentadas. Apenas entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex parceiros (33,2%) os que cometem os assassinatos.

A Lei Maria da Penha (LMP, 2006) define a violência doméstica e familiar contra a mulher como: "(...) qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica (...) II - no âmbito da família (...) III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".

Chama-nos a atenção que a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340, 2006), de certo modo, reconhece que para intervir no contexto da violência doméstica e familiar contra as mulheres, a partir da perspectiva de gênero, é preciso implementar ações que possam também incluir os homens.

Porém, as ações propostas na Lei apresentam algumas lacunas: (a) não fazem nenhuma alusão a trabalhos de prevenção com população masculina; (b) não apresentam uma definição clara sobre a estrutura e organização dos centros de atendimento aos autores de violência, cuja finalidade, conforme a lei seria "educação e reabilitação" (segundo o artigo 35 da Lei) ou "recuperação ou reeducação" (segundo artigo 45 da Lei).

É bem verdade que a igualdade entre os sexos é um princípio cogente e inderrogável, inclusive encontra-se insculpido na própria Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Acrescenta ainda Flávia Piovesan (2016), em seu livro Temas de Direitos Humanos: "A igualdade e a não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo sistema internacional de proteção dos direitos humanos."

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará – Decreto nº 1973, de 01.08.1996) define violência como: "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada."

Dentro desse contexto, presume-se a real necessidade de se trabalhar, na prática, com homens e com masculinidades, já que a própria Lei Maria da Penha prevê essa condição.

O silêncio relacionado à temática homem e violência tornou a população masculina invisível como objeto de investigação e intervenção. Pesquisas recentes demonstram que o machismo é o preconceito mais praticado pelos brasileiros, ficando acima do racismo e da homofobia, ou seja, o preconceito de gênero também chamado de misoginia é responsável por grande parte dos crimes de feminicídio e de outros tipos de violência contra a mulher (IBOPE INTELIGÊNCIA, 2017).

Este preconceito é um dos mais praticados pelos brasileiros, incluindo homens e mulheres, mas diferentemente dos demais, é um preconceito velado, haja vista que muitos homens não o admitem.

Tratar a questão do preconceito requer combater a discriminação existente na sociedade e, neste sentido, vale lembrar que em 1979 é promulgada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, pela ONU. A discriminação ocorre quando somos tratados de maneira igual, em situações diferentes; e de maneira diferente, em situações iguais.

É o que vemos no tocante às relações de gênero, uma verdadeira discriminação, principalmente após a emancipação feminina, na qual algumas mulheres tiveram o seu direito de voto apenas no ano de 1932 e, mesmo assim, com algumas restrições, pois apenas mulheres casadas (com autorização do marido), viúvas e solteiras e com renda própria, podiam votar e assim começar a exercer a plena cidadania.

Hoje as mulheres participam efetivamente da política, mesmo assim ainda é minoria. No entanto, estas têm lutado, incansavelmente, exercendo papéis relevantes e de destaque na sociedade, ao ponto de elegermos a primeira mulher presidente do Brasil, no ano de 2010, a qual exerceu o seu mandato de 2011 a 2016.

Porém, tal emancipação e empoderamento parece incomodar grande parte dos homens, uma vez que fatores históricos, culturais e sociais, como por exemplo, a relação patriarcal e o machismo ainda estão impregnados na sociedade brasileira.

Acrescenta Bobbio (2013): “[...] é de considerar que o movimento pela emancipação das mulheres e pela conquista, por elas, da paridade e das condições, seja a maior (eu estaria até mesmo tentado a dizer a única) revolução do nosso tempo.”

O presente artigo é resultado de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, desenvolvida através de uma análise qualitativa, considerando que a pesquisa qualitativa é um meio para explorar e para entender o significado que os indivíduos ou os grupos atribuem a um problema social ou humano. (CRESWEEL, 2007).

E, para a compreensão da problemática em estudo, este artigo está pautado na Teoria Feminista com base nas posições de Heleieth Saffioti e Joan Scott, porém, outros autores que tratam de masculinidade são citados ao longo deste trabalho, tais como, Connell, Bordieu, Kimmel, dentre outros. Além de autoras como Judith Butler e Ângela Davis.

Portanto, o objetivo deste artigo é compreender a complexa natureza da violência do homem contra a mulher e apreender como os componentes históricos, sociais e culturais, decorrentes do machismo influenciam a violência de gênero, violência esta física, moral, sexual, simbólica e patrimonial do homem contra a mulher, dentro de um contexto de relações doentias, de dominação e exploração.

## AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE GÊNERO E A BUSCA DA IGUALDADE COMO UMA LUTA DOS DIREITOS HUMANOS

Entende-se que estudar gênero é um debate complexo, uma vez que não há consenso em muitas pesquisas nesse campo, principalmente entre os estudos feministas, sobretudo no que tange a sua conceituação.

Para compreendermos os princípios dos Direitos Humanos *mister* se faz estudar o passado, o presente e o futuro, compreender como os Direitos Humanos foram abordados em cada fase da história, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que nasce após uma trajetória de lutas pela igualdade de direitos, haja vista seu surgimento ter sido logo após a 2ª grande Guerra Mundial.

Para Saffioti (2004), “o gênero está longe de ser um conceito neutro. Pelo contrário, o gênero carrega uma dose apreciável de ideologia, que seria justamente a ideologia patriarcal, que cobre uma estrutura de poder desigual e violenta dos homens sobre as mulheres”.

A tensão em torno dos estudos de gênero fica mais evidente ao observarmos o desenvolvimento de análises empreendidas a partir das distintas correntes de pensamento. Algumas autoras (SCOTT, 1995; BARBIERI, 1993; LOURO, 1997; PISCITELLI, 2004) reconhecem três principais correntes: teoria do patriarcado, tradição marxista e teorias psicanalíticas (estas divididas entre pós-estruturalismo francês e teorias das relações objetais).

Joan Scott (1995) define gênero como “elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos (e como) uma forma primária de dar significado às relações de poder”.

Esta ainda acrescenta que gênero é a organização social da diferença sexual. O que não significa que gênero reflita ou implemente diferenças físicas fixas e naturais entre homens e mulheres mas sim que gênero é o saber que estabelece significados para as diferenças corporais. (Joan Scott, 1995). Esses significados variam de acordo com as culturas, os grupos sociais e no tempo, já que nada no corpo, incluídos aí os órgãos reprodutivos (...), determina univocamente como a divisão social será definida. Não podemos ver a diferença sexual a não ser como função do nosso saber sobre o corpo e este saber não é ‘puro’, não pode ser isolado de suas relações numa ampla gama de contextos discursivos (...)

Com base nas ideias mencionadas de Joan Scott podemos concluir que: 1) Gênero é uma construção social; 2) Há uma dimensão relacional na construção social do gênero; 3) Gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos; 4) “Gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 1995, p. 88) ou, melhor, é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado (SCOTT, 1995).

Em síntese, o que essa proposição pretende é desnaturalizar os padrões e modelos de feminilidade e masculinidade socialmente construídos, mostrando que nenhuma pessoa nasce com os significados do que é ser homem e/ou ser mulher, mas aprende com as experiências em sociedade.

A dimensão relacional nos alerta principalmente para o fato de que homens e mulheres, feminino e masculino, são fruto de um contexto social e histórico, em que a definição de um e de outro está intimamente ligada às relações recíprocas entre eles em dado contexto, além da intersecção de outros marcadores sociais como raça/etnia, classe, idade, orientação sexual etc., que influenciam diretamente nesse processo de construção social.

Admitir essa dimensão significa considerar que não se pode estudar apenas as mulheres, visto que a construção social do gênero se dá a partir das relações entre homens, entre mulheres, e entre homens e mulheres.

Além disso, adotar tal dimensão é entender que as análises dessas relações devem ser feitas em todos os níveis, levando-se em conta a realidade histórica, social, política e cultural na qual estão inseridas.

Além dessas autoras mencionadas, outras como Judith Butler (2003), Donna Haraway (1995) e Beatriz Preciado (2011) que hoje é Paul B. Preciado, embora influenciadas pelo pós-estruturalismo e ou produção teórica pós-moderna, têm sido classificadas como “autoras pós-gênero”, por radicalizarem a crítica ao conceito/categoria “gênero” e a outras categorias centrais para a crítica feminista tais como sujeito, identidade, mulher etc.

Fazendo uma manobra semelhante à Joan Scott, Butler pretende historicizar o corpo e o sexo, dissolvendo a dicotomia sexo x gênero, que fornece às feministas possibilidades limitadas de problematização da “natureza biológica” de homens e de mulheres. Para Butler, em nossa sociedade estamos diante de uma “ordem compulsória” que exige a coerência total entre um sexo, um gênero e um desejo/prática que são obrigatoriamente heterossexuais.

*Para Butler (2010)* o gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado. Como todas as oposições binárias do pensamento ocidental: macho x fêmea, homem x mulher, masculino x feminino, pênis x vagina etc. Daí, a autora ter se tornado uma unanimidade nos estudos dos transexuais e travestis.

Vale a pena destacar Adriana Piscitelli (1998) a qual expõe que, numa leitura de gênero, o importante é procurar explorar as complexidades tanto das construções de masculinidade quanto as de feminilidade, percebendo como essas construções são utilizadas como operadores metafóricos para o poder e a diferenciação em diversos aspectos do social.

Contudo, embora existam diversas correntes de pensamento acerca do estudo de gênero vamos aqui tentar compreender ao longo deste artigo como o homem absorve a cultura machista de exploração-dominação sobre a mulher, com base na ideia do patriarcado.

Desde a infância, os indivíduos são condicionados a seguirem um conjunto de normas e padrões comportamentais socialmente determinados e tidos como normais, tanto na esfera domiciliar quanto na vida em sociedade, como exemplo, os homens devem exercer atividades de força física, dispêndio de energia, trabalho e manutenção das despesas da casa, enquanto as mulheres são concebidas enquanto figura frágil, inferior, que possuem o dom para as atividades do lar, cuidado com a casa e com as crianças, a maternidade, dentre outras atividades tidas como frágeis, inferiorizantes e subalternizantes (LOBO; LOBO, 2015).

Assim, a desigualdade de gênero tem seu início muito cedo na vida dos indivíduos e abre espaço para que o homem exerça sua força e supremacia em detrimento da figura da mulher.

Portanto, deve-se ressaltar que as relações desiguais de poder se expressam também na divisão social e sexual do trabalho, em que as mulheres, mesmo desempenhando atividades historicamente masculinas, continuam recebendo salários menores que os homens, enquanto o “macho detentor do poder” na esfera dos domicílios, nessa busca por autonomia e independência financeira ocasiona efeitos psicossociais nefastos á vítima, que acaba vivendo uma relação de submissão, dominação e exploração.

Assim, se sublinhou até aqui que há uma ausência em problematizar e estudar os homens como objeto de estudo na promoção da equidade e igualdade de gênero. Desse modo e em face dessa ausência, como pensar numa transformação cultural das relações de gênero se não houver

um plano sério de ação que envolva também os homens nesse projeto de sociedade ao mesmo tempo em que os torne objeto de estudo das relações de gênero?

Dessa maneira, ainda que concordemos que as políticas para as mulheres sejam necessárias, é preciso avançar no sentido de uma abordagem de gênero radicalmente relacional, que aponte estratégias de atuação inovadoras na transformação de modelos e padrões de masculinidade e feminilidade prejudiciais a um projeto de sociedades mais igualitárias para mulheres e homens, afinal, o intuito é indicar caminhos que concorram, de fato, para uma transformação cultural das relações de gênero.

Em um contexto histórico, social e cultural, o que se pode perceber é uma opressão e uma dominação masculina sobre as mulheres, todavia, não podemos desconsiderar que os homens também são vítimas dessa sociedade machista e patriarcal, que impõe papéis sociais a serem seguidos, a exemplo, não poderem chorar, expressar suas emoções, pois devem manter-se enquanto uma figura forte, ativa e máscula. Pesquisas demonstram isso, conforme será mencionado na próxima seção deste artigo.

Em decorrência das socializações desiguais entre os gêneros na década de 1990, um conjunto de autoras e autores (GREGORI, 1993; GROSSI, 1995; MEDRADO, 1997; CONNELL, 1997; LYRA, 1997; GARCIA, 1998; ARILHA et al, 1998; BOURDIEU, 1998; OLIVEIRA, 1998) já sinalizavam que, diante de uma construção histórica, social e cultural arraigada no machismo, é preciso atuar em diversas frentes, não se restringindo apenas às mulheres.

## **O MACHISMO COMO FATOR HISTÓRICO, SOCIAL E CULTURAL QUE PERMEIA AS RELAÇÕES SOCIAIS E DESENCADEIA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

O machismo e suas formas de manifestação estão presentes na narrativa sociocultural das sociedades desde os primórdios da humanidade, ressalvadas as sociedades matriarcais. Dessa forma, grande parte das relações estabelecidas entre homens e mulheres, especificamente as afetivo-sexuais são permeadas pela subordinação e opressão, em que o gênero masculino exerce sua supremacia sobre o feminino.

Vale ressaltar que homens e mulheres estão envoltos nessa sociedade culturalmente machista e patriarcal, logo, o agressor é antes de qualquer concepção um sujeito construído socialmente que acaba reproduzindo nas suas relações sociais, afetivas e sexuais, os traços machistas postos e impostos ao longo do seu desenvolvimento.

Daí, não dá para falar da masculinidade tóxica sem falar de como ela acaba afetando também as mulheres. Quer um exemplo histórico? O machismo. Um comportamento contrário à igualdade de gênero que até hoje afeta milhares de mulheres em todo o mundo. Nesse sentido, o feminismo nasce como uma reação ao machismo e como luta contra as desigualdades de gênero.

Fala-se também nos estudos de gênero, da masculinidade hegemônica, esta que faz parte da teoria de gênero de Raewyn Connell que reconhece múltiplas masculinidades que variam ao longo do tempo, da cultura e do indivíduo. A masculinidade hegemônica é definida como a configuração atual da prática que legitima a posição dominante dos homens na sociedade e justifica a subordinação das mulheres e outras formas marginalizadas de ser um homem. Conceitualmente, a masculinidade hegemônica propõe-se explicar como e por que os homens mantêm papéis sociais dominantes sobre as mulheres e outras identidades de gênero que são percebidas como "femininas" em uma determinada sociedade.

Matéria recente veiculada na Folha de São Paulo, no dia 30.08.2019, revela: “Nova geração revê ‘masculinidade tóxica’”.

Foram entrevistados mais de 19 mil pessoas do sexo masculino o que acabou virando o documentário “O Silêncio dos Homens”.

Esta enquete de âmbito nacional mostra que 72% dos quase 20 mil homens brasileiros que responderam foram ensinados a não demonstrar nenhuma fragilidade. O problema continua: 60% dos entrevistados também foram instruídos a não expressar emoções.

E o que seria, portanto, essa masculinidade tóxica?

Entende-se por masculinidade tóxica um conjunto de hábitos que impõem o machismo, como esperar que mulheres assumam as tarefas de casa, buscar controlar suas roupas e ações, impor a palavra final e tratar mulheres com agressividade física ou psicológica, reduzindo-as (ou tentando reduzi-las) a um papel subserviente.

Além disso, homens vivem cerca de sete anos a menos que as mulheres e se suicidam quatro vezes mais, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Ministério da Saúde.

Para a equipe do documentário, isso pode ser explicado pela ausência da busca por diagnóstico por homens, por medo de aparentar vulnerabilidade e por dificuldade de entender os próprios sentimentos.

Um estudo da Associação Americana de Psicologia aponta que 80% dos homens têm alexitimia, ou seja, são incapazes de reconhecer o que sentem. Na prática, isso quer dizer que medo, frustração, dor, ansiedade são uma única coisa inominável e, portanto, difícil de lidar. Essa dificuldade para expressar sensações pode levar à violência.

Os homens são os que mais matam e os que mais morrem. Segundo o Atlas da Violência de 2017, 92% das vítimas dos 61.283 assassinatos no país em 2016 eram homens, e, destes, 74,5% eram negros.

Nessa mesma matéria veiculada na Folha de São Paulo, no dia 30.08.2019, perguntou-se ainda a um dos entrevistados: “E quanto aos homens trans e não hétero sexuais?” E este respondeu: “Quando eu me coloco como homem para a sociedade, ela me cobra uma postura de homem. É muito recorrente entre homens trans que começam a assumir papéis masculinos que parem de chorar. Eu parei de chorar, me vejo obrigado a seguir um padrão para ser aceito como homem.”

Segundo o pensamento de Connell (1998), há uma diversidade de tipos de masculinidades, que correspondem a diferentes inserções dos homens na estrutura social, política, econômica e cultural e a trajetórias e estágios diferentes do seu ciclo vital, por isso não podemos falar em masculinidade, no singular, mas sim em masculinidades.

Portanto, estas estatísticas por ora mencionadas demonstram claramente alguns efeitos colaterais desta masculinidade tóxica. Para o sociólogo americano Michael Kimmel, fundador e diretor do Centro de Estudos dos Homens e das Masculinidades da Universidade Stony Brook (NY), esse ideal de masculinidade imposto está diretamente ligado à dificuldade masculina em falar de sentimentos e aos indicadores de suicídio serem muito mais altos entre homens do que entre mulheres.

No entanto, é necessário frisar que reconhecer esse aspecto não serve como justificativa para a dominação e violência exercida pelos homens contra as mulheres em qualquer forma de expressão (seja física, psíquica ou patrimonial) ou de espaço.

Sendo assim é fundamental estudar o agressor, que muitas vezes aparenta ser criminalizado, inferiorizado e invisibilizado no ciclo da violência, quando na verdade ele é sujeito ativo na relação, pois exerce sua supremacia e opressão sobre o gênero feminino.

Segundo autores como Medrado(1997) e Arilha (1998), o interesse pela masculinidade como objeto de estudo tem uma relação próxima à instituição do movimento feminista, na década de 1960, bem como com os movimentos gay e lésbico. Segundo esses autores, há uma grande influência da história política e acadêmica das feministas, gays e lésbicas na forma como as ideias sobre a masculinidade se constituíram ao longo das últimas décadas.

Em pleno século XXI, a sociedade ainda é dominada pelo poder patriarcal, pois os costumes sociais, por muito tempo, consentiam este tipo de violência e o homem acabou se tornando alvo dos padrões de subjetividade orientado pelas relações desiguais de poder.

Infelizmente, ainda existem pessoas que acham que falar do feminismo ou explicar questões de igualdade de gênero é “chover no molhado”.

Outros veem o feminismo como uma "guerra de sexos", desconhecendo que, na verdade, trata-se de um movimento em prol de condições de igualdade de gênero em que todos saem ganhando, tanto mulheres como homens.

Acontece que o machismo virou uma cegueira social decorrente de fatores históricos, sociais e culturais impregnados na sociedade, pois o homem foi educado para reprimir as suas emoções, e, muitas vezes, até a agressividade torna-se uma conduta moralmente aceita para provar a masculinidade.

No entanto, devemos suprimir ou acabar de vez com essa ideia de “história, tradição, costumes” que utilizamos muitas vezes como uma forma, quiçá, de desculpa ou de conformismo para “justificar” esse preconceito e até mesmo essa violência que vemos diariamente na mídia.

Portanto, é nessa cultura de paz que devemos seguir firmes neste propósito, objetivando erradicar ou pelo menos minimizar a violência de gênero, favorecendo processos de democratização e de ideias, através de políticas públicas no combate a este mal.

Em resumo, devemos compreender sim, o machismo como um dos fatores que desencadeiam a agressividade física, moral, sexual, patrimonial e psíquica do homem contra a mulher, mas não se omitir ou ignorar este problema, achando-o “natural”. Além disso, devemos combater estas práticas trabalhando também com os autores da violência, obviamente porque se estes são parte do problema, consequentemente devem fazer parte da solução.

## CONCLUSÃO

E quanto aos resultados destas pesquisas chega-se a conclusão de que é importante compreender e trabalhar a figura do homem de forma socioeducativa para que ele passe a compreender a mulher como sujeito de direitos iguais na relação, flexibilizando essa lógica machista e patriarcal de que esta é objeto ou propriedade privada deste, pois do contrário, esta “lógica” acabará sendo uma das “razões” (infundadas, obviamente), para “justificar” a violência.

Vale ressaltar que, quando se fala em violência, não devemos pensar tão somente na violência física, como pensa a grande maioria dos homens agressores, mas também na violência simbólica, que segundo Pierre Bourdieu (2012), é uma forma de violência exercida pelo corpo sem coação física, causando danos morais e psicológicos, uma forma de coação que se apoia no reconhecimento de uma imposição determinada, seja esta econômica, social, cultural, institucional ou simbólica.



Portanto, para desmistificar e acabar com essa cultura patriarcal deve-se partir a priori da Educação, que aqui é entendida, basicamente, como a formação do ser humano para desenvolver suas potencialidades de conhecimento, de julgamento e de escolha para viver conscientemente em sociedade, conforme suscita Maria Victoria de Mesquita Benevides (1996) quando diz que o processo educacional, em si, contribui tanto para conservar quanto para mudar valores, crenças, mentalidades, costumes e práticas.

Sendo assim, não devemos utilizar destes aspectos sociais e culturais mencionados ao longo deste artigo como uma forma de “justificar” e até mesmo excluir a responsabilidade pessoal do agressor em relação à violência perpetrada e com isso manter esta relação de dominação-exploração de que a mulher é propriedade do homem, sob pena, de contrariar padrões, como bem afirmou a autora Pasinato, (2018) em ensaio a Revista Galileu quando disse que “as mulheres são vítimas de violência porque são mulheres.”

Pelo contrário, devemos colocar em evidência a necessidade de se desenvolver um olhar crítico sobre a masculinidade de forma a romper com a lógica dominante do patriarcado que infelizmente, ainda, impera na sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação e Democracia**. Lua Nova, n. 38, São Paulo, Dec. 1996. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000200011&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000200011&script=sci_arttext&tlng=es). Acessado em 28.08.2018.
- BOBBIO, N. - **O futuro da democracia**, S.P., Ed. Paz E Terra, 1986.
- BOBBIO, N. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.
- BOBBIO, N. **Democracia, direitos humanos e relações internacionais**. v.1. João Pessoa, Editora UFPB, 2013.
- BORIS, G.D.J.B. **Falas de Homens: A Construção da Subjetividade Masculina**, lançado em 2002, pelo convênio Annablume/Secretaria da Cultura e Desporto do Estado do Ceará.
- BRASIL. **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos**. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, Diário Oficial da União, Brasília, 02 ago. 1996.
- BRASIL. **Lei nº 11.340/2006**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/8/2006, Página 1 (Publicação Original).
- BRASIL. **Lei nº 11.340/2006**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/8/2006, Página 1 (Publicação Original).
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- CANDAU, Vera Maria. **Educação em Direitos Humanos e diferenças culturais: Questões e Buscas**. Revista Múltiplas Leituras, v.2, n. 1, p. 65-82, jan. / jun. 2009.
- CONNELL, R. **“La organización social de la masculinidad”**, in: Tereza Valdés y José Olavarría (eds.), Masculinidad/ES, Santiago, FLACSO/ISIS Internacional, Ediciones de Iãs Mujeres, 1997, p. 31-48.
- CRESWEL, J. W. **Projeto de pesquisa: método qualitativo, quantitativo e misto**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- GROSSI, Miriam Pillar; MINELLA, Luzinete Simões; PORTO, Rozeli – orgs. **Gênero e Violência: pesquisas acadêmicas brasileiras**. Florianópolis, Ed. Mulheres, 2006b.

LÔBO, G. A.; LÔBO, J. T. **Gênero, machismo e violência conjugal**: um estudo acerca do perfil societário e cultural dos agressores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. Revista Direito & Dialogicidade - Crato, CE, vol.6 , n.1, jan./jun. 2015.

MARTINS, H. **Taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo**. Disponível <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo> / Acesso em 27.08.2018.

MAZZOTTI, A. J. A; GEWANDSZNAJDER, F. **O método nas Ciências naturais e Sociais**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. 203 p.

NASCIMENTO, M. **Desaprendendo o silêncio**: uma experiência de trabalho com grupos de homens autores de violência contra a mulher. 2001. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social da UERJ, Rio de Janeiro, 2001.

PERNAMBUCO. **Relatório nº 570/2018 - GACE**. Pernambuco: Sistema de Ouvidoria do Estado de Pernambuco, 2018, p. 01.

PIOVESAN, Flávia. 9ª Edição, rev. amp. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO, R. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** Disponível em [tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20%20Textos%20Complementares/Livro%20Justiça%20Restaurativa.pdf#page=19](http://tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20%20Textos%20Complementares/Livro%20Justiça%20Restaurativa.pdf#page=19). Acessado em 29.08.2018.

PISTICELLI, Adriana. **“Gênero em perspectiva”**. Cadernos Pagu, Campinas, (11), pp. 141- 155. 1998. Adriana.

PISCITELLI, Adriana. **“Reflexões em torno do gênero e feminismo”**, in: Claudia de Lima Costa e Simone Pereira Schmidt (orgs.), Poéticas e Políticas Feministas. Florianópolis, Editora Mulheres, 2004. pp. 43-66.

RIBEIRO, Elisa Antônia. **A perspectiva da entrevista na investigação qualitativa**. Evidência: olhares e pesquisa em saberes educacionais, Araxá/MG, n. 04, p.129-148, maio de 2008.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-30, jan./abr. 2005.

SCOTT, Joan Wallach. **“Prefácio a Gender and Politics of History”**. Cadernos Pagu, Campinas, (3), p. 11-27. 1994.

SCOTT, Joan Wallach. **“Gênero: uma categoria útil para a análise histórica”**. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

# ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA A PARTIR DA INTERSECCIONALIDADE FEMINISTA

**Aryádne Elias de Melo**

Bacharelanda em Direito (UNICAP). Pesquisadora do Grupo Asa Branca Criminologia (CNPQ).

**Bianca Lucena Simões**

Bacharelanda em Direito (UNICAP). Pesquisadora do Grupo Asa Branca Criminologia.

## INTRODUÇÃO

Para Flauzina uma das marcas mais impiedosas dessa imbricação entre sexismo e racismo que assinam a digital no Brasil é o silenciamento de um contingente de mulheres tomadas por incapazes de opinar sobre as conjunturas, mesmo quando estas dizem respeito às suas questões mais caras. Nesse diapasão, ao longo do artigo discute-se a necessidade de aprofundamento da discussão da participação das mulheres, na construção da legislação brasileira, utilizando-se, para isso, de fatores não só de gênero mas também raça e classe para servir de aparato à análise do caráter exclusivista e seletivo do sistema de justiça criminal.

Tomando como cenário a discussão acerca da aplicação da Lei Maria da Penha, far-se-á um enfoque com intuito de analisar as diferentes opiniões acerca da aplicação do instituto utilizando-se como base as diferentes concepções feministas. Pois, de acordo com Sueli Carneiro, “ as mulheres negras tiveram uma experiência histórica diferenciada que o discurso clássico sobre a opressão da mulher não tem reconhecido, assim como não tem dado conta da diferença qualitativa que o efeito da opressão sofrida teve e ainda tem na identidade feminina das mulheres negras”. Quando fala-se da Lei Maria da Penha não é diferente.

## DESENVOLVIMENTO

### Movimentos Feministas e construção da Lei Maria da Penha (LMP)

O feminismo no Brasil, começou a ganhar força a partir da década de 70. Nas palavras de Sueli Carneiro:

O movimento de mulheres do Brasil é um dos mais respeitados do mundo e referência fundamental em certos temas do interesse das mulheres no plano internacional. É também um dos movimentos com melhor performance dentre os movimentos sociais do país.[...] A luta contra a violência doméstica e sexual estabeleceu uma mudança de paradigma em relação às questões de *público* e *privado*. A violência doméstica tida como algo da dimensão do *privado* alcança a esfera pública e torna-se objeto de políticas específicas.

Assim, o feminismo, de forma mais incisiva na década de 70, trouxe inúmeros avanços sociais acerca, dentre outros, dos problemas de violência doméstica e familiar. Um deles, foi tirar as agressões do âmbito privado e instituir o conflito como responsabilidade da esfera pública, mais especificamente Estadual. Tratando-se, portanto, a violência como um problema social, uma das respostas para inibi-la foi a apropriação do conflito pelo Estado, tirando da mulher a capacidade de direcionar a solução do conflito, assim critica Vera Andrade delineando que “correr dos braços violentos do homem (seja marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do Estado,

institucionalizado no sistema penal”(ANDRADE, 1999a, p. 116). Dessa forma, a principal estratégia do movimento feminista, foi criminalizar a conduta do agressor, através do medo da privação da liberdade. Ademais, a Lei 11.340/2006 legisla em caráter não só físico mas também psicológico, sexual e patrimonial, trazendo medidas protetivas de urgência, além de vedar a aplicação da lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Por conseguinte, em 2006 foi promulgada a legislação de enfrentamento a violência doméstica e familiar contra mulher, conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio pelo seu companheiro, que posteriormente a deixaria paraplégica. Eis aqui um problema, tendo em vista que a legislação foi “personificada”, na pessoa de Maria da Penha, fator este responsável por uma comoção social muito grande quando se trata desse tipo de conflito. Isso ocorre por que quando associado à gravidade do caso, não se cogita a individualidade de cada conflito, sendo assim, atribui-se à relação o caráter “geral”, uma problemática, se analisado que as relações interpessoais são únicas.

A partir da consolidação desse instituto, o sistema de justiça criminal toma para si o conflito e o resolve utilizando-se dos meios que dispõe, sempre fundamentado em nome da proteção da vítima e visando a penalização e afastamento do acusado. Ocorre que, no âmbito da criação da LMP, é necessário observar o conflito em duas perspectivas: gênero e raça, que são as colocadas em pauta na pesquisa. Tendo em vista que não é novidade o caráter dissipativo dos movimentos feministas e do sistema de justiça criminal para com os grupos minoritários inseridos nesse agrupamento.

No entanto, apesar da importância do movimento feminista nos avanços das questões de gênero, o feminismo carece de atenção às questões raciais. Infere-se que há uma “omissão” acerca da questão racial também como uma consequência do mito da democracia racial, que por ter um caráter formalista, presume que não há racismo sob o argumento de que todos serão tratados igualmente na incidência da legislação. Assim, de acordo com Ana Flauzina, analisar as perspectivas de mulheres negras quanto as potencialidades e as limitações dos desdobramentos da Lei maria da penha significa tocar no ponto central dos dilemas de um marco jurídico inovador operado a partir de um sistema conformado por padrões históricos discriminatórios.

### **Movimento Feminista Negro: A necessidade de atuação de forma autônoma**

Por conseguinte, avançando para os dias atuais, é indiscutível a identidade com esse cenário que aparenta estar tão distante. A partir da observação da atuação do Movimento Feminista Negro (MFN), identifica-se a similaridade nos aspectos anteriormente citados. Ou seja, 1) ainda há um caráter subalterno, em que pese a questão de raça, onde a observância das especificidades ainda ocorre de maneira muito precária. Exemplo disto é a verificação de que uma das pautas mais importantes do MFN é o sentimento de não pertencimento, reconhecimento e inclusão no MF. Não há escuta. 2) As mulheres retintas só encontram esse sentimento de equidade e pertencimento quando se inserem em movimentos com pautas raciais 3) Às mulheres brancas ainda é reservado o caráter patriarcal e às retintas o caráter sexual. (GONZALES, 2011, online)

A identidade nacional brasileira - estruturada pelo mito da democracia racial - tem um papel singular para as mulheres negras. De acordo com Gilliam apud Carneiro :

“O papel da mulher negra é negado na formação da cultura nacional; a desigualdade entre homens e mulheres é erotizada; e a violência sexual contra as mulheres negras foi convertida em um romance”. (CARNEIRO, 2011)

Assim, a violência à mulher negra ganha diferentes contornos ao longo da história do Brasil, não é diferente quando se fala do sistema de justiça criminal. O mito da democracia racial, desmistificado fortemente por Luiza Barros, perpassa pelas estruturas do sistema de justiça criminal de forma inerente e contínua, para ela, não há como se pensar uma política brasileira sem pensar na população negra. Assim, esse mito impede a implementação de políticas públicas, quando nega a existência do racismo intrínseco na estrutura social. Dessa forma, parte-se do pressuposto de que não podemos subestimar o racismo, principalmente quando inserido em movimentos sociais.

Isto posto, o único espaço onde as mulheres negras encontravam equidade nas relações, era na senzala haja vista a identidade daquelas pessoas, homens e mulheres, com relação às opressões sofridas (DAVIS, 2016). Verificando-se, assim, a atribuição de masculinidade e sexualidade à essas mulheres. Desde então, estão fadadas à subalternidade. Já a mulher branca, sempre reservada ao privado e associada à características de delicadeza e fragilidade, atribuindo-se à essas, qualidades femininas. De uma forma ou de outra, às mulheres era reservado o papel privado, sendo atribuídas as tarefas de cuidadoras do lar e dos filhos. Restando aos homens o caráter público/social. (GONZALEZ, 2011, online)

Com relação ao movimento feminista, para Débora de Lima:

“apesar de alguns pilares podem ser comuns, como por exemplo, a consciência da subordinação feminina - pois, embora haja diferenciação em razão do lugar e do tempo, o papel subordinado da mulher parece ocorrer em todos os períodos e partes das civilizações - válido salientar que o pensamento feminista está longe de ser homogêneo”. (FERREIRA, 2016)

De acordo com o Anuário da Violência 2019, 60% das mulheres vítimas de feminicídio são negras. (TREVISAN, 2019, online) À vista disso, e diante de inúmeras realidades inseridas no movimento feminista, iremos focar na questão relativa à raça, pois, nos dizeres de Sueli Carneiro ser mulher negra é estar localizada estrategicamente nesse lugar de onde se tem que compreender todos os processos de exclusão, desigualdade e marginalização social, é a partir desse conceito de Sueli que entende-se interseccionalidade. Nesse diapasão, questões de gênero, raça e classe são fatores que influenciam diretamente a política criminal brasileira.

Dessa forma, indispensável a criticidade diante do olhar racista e seletivo resultante do processo de colonização em que o Brasil foi construído. Há necessidade de urgência na busca de um movimento feminismo com um olhar anti-racista e a partir disso, enfrentar questões contraditórias na jurisdição brasileira. De acordo com Carneiro:

“Enegrecer o movimento feminista brasileiro tem significado, concretamente, demarcar e instituir na agenda do movimento de mulheres o peso que a questão racial tem na configuração, por exemplo, das políticas demográficas, na caracterização da questão da violência contra a mulher pela introdução do conceito de violência racial como aspecto determinante das formas de violência sofridas por metade da população feminina do país que não é branca”. (CARNEIRO, 2011)

Haja vista que as mulheres negras participaram ativamente de discussões que levaram a implementação da Lei Maria da Penha (LMP). Observa-se também, que há um protagonismo maior do feminismo majoritário na condução desses processos, especialmente na seara jurídica, ainda que o Movimento de Mulheres Negras venha pautando há anos nos debates públicos, fator fácil de ser entendido tendo em vista o racismo engendrado na estrutura social do país.

Entretanto, grave erro ocorre quando tenta-se englobar as mulheres como um grupo homogêneo, fator esse provocador de inúmeros equívocos não só na estruturação dos movimentos sociais mas também para com os meios adotados nas soluções de conflito; causador

de contradições nessas resoluções, além disso, responsável por frustrações nos resultados esperados, especialmente pelas vítimas de violência doméstica. Em consenso, Flauzina menciona “há poucas vozes de mulheres negras influenciando aos debates, com a necessária atenção as dinâmicas de raça e gênero imputam as apropriações do referido marco legal.”(FLAUZINA, 2016)

### **Lei Maria da Penha e Lei 9.099/95**

Conforme exposto, o movimento feminista tornou notória essa discussão além de pautar debates sobre sexualidade, divisão doméstica do trabalho e família. Ao trazer à baila tais questões, o feminismo auxiliou a colocar em xeque a família patriarcal, estrutura fundamental da modernidade. (CELMER, 2015, p. 49)

Diante desse panorama, ciente do contexto histórico marcado de postulações patriarcais e homogêneas, e das limitações da aplicação da Maria da Penha, há controvérsias dentro do movimento feminista (devido, claro, às diferentes perspectivas) com relação a aplicação da 11.340/06, uma delas é referente ao instituto da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais(9.099/95) mais conhecidos como JECRINS, que tratam majoritariamente de relacionamentos conjugais, sendo estes, portanto, o objeto do artigo.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha reinseriu, por exemplo, a possibilidade da prisão em flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo. Esse enrijecimento introduzido pela Lei Maria da Penha visou romper o ciclo de violência doméstica contra a mulher, intencionando evitar que crimes de menor potencial ofensivo evoluíssem para crimes mais graves como o homicídio.(CNJ, 2017) A partir disso, questiona-se, se seria o enrijecimento penal a solução obrigatória para os agressores no contexto da LMP. É a única solução plausível e acolhida por essas mulheres? Tendo em vista o contexto de exclusão social de minorias, a frequente ameaça à direitos e encarceramento em massa da população retinta e periférica, a quem essa penalidade atinge? Partindo disto, há duas concepções predominantes acerca desses questionamentos: 1) Uma parte coloca a penalidade como necessária e única alternativa à resolução dos conflitos de violência doméstica e familiar. No entanto, a penalidade deveria ser a ultima ratio, como convencionado pelo Direito Penal; 2) e a outra entende que a escuta das vítimas, a concessão de medidas alternativas, (trazidas pela Lei 9099/95), e a tentativa de que o ciclo de violência cesse, sem necessariamente utilizar-se da Pena Privativa de Liberdade(PPL), são soluções que dialogam com a realidade social do sistema de justiça criminal e com as relações entre os sujeitos nas Varas de Violência Doméstica. Ressalte-se que em alguns casos, é indispensável a aplicação da PPL. Encontra-se assim, o aspecto punitivista e o que caminha para o abolicionismo, onde a resolução do conflito e a satisfação das partes é prioridade.

Assim sendo, questiona-se a aplicabilidade da Lei 11.340/2006, ou seja, à quais sujeitos aplica-se essa legislação? Quais são as consequências da sua aplicabilidade? Em que pese a importância do movimento feminista para a criação da LMP em 2006, e a luta pela efetividade das previsões que ela traz. Cabe verificar se a LMP tem sido efetiva para as mulheres que buscam o auxílio da legislação, na medida em que os conflitos precisam ser tratados de maneira individualizada, de acordo com as possibilidades, objetivos e perspectivas da vítima, e do agressor. Para isso, é necessária a análise desses sujeitos.

### **Sujeitos dos conflitos de violência doméstica e familiar**

O mito da democracia racial tem como consequência subalternizar pré-conceitos vividos e reproduzidos no dia-a-dia, incluindo-se nessa perspectiva o povo negro, mais especificamente as

mulheres negras. Por isso, Lélia Gonzalez afirma que para as amefricanas e ameríndias a conscientização da opressão ocorre, primeiramente através do racial. (GONZALEZ, 2011, online) Além disso, agrega-se à elas o lugar reservado à mulheres, colocando-as no lugar de vítimas da construção estrutural e institucional permeada pelo caráter patriarcal. Assim, mulheres não-brancas convivem com opressões em três perspectivas: a)racial b)biológica e c)social, tendo em vista que a maior parte da população de mulheres negras encontram-se em condições subalternizadas de trabalho e relações conjugais intrinsecamente dependentes do companheiro. No âmbito da LMP, indiscutível é a vulnerabilidade da vítima, no entanto, não é razoável tratar como se iguais fossem as inúmeras mulheres que socorrem às Delegacias da Mulher.

Para Flauzina, a vulnerabilização imposta às mulheres negras, do ponto de vista social e institucional, as fazem mais suscetíveis à vitimização homicida. De acordo com o seu estudo, mulheres negras e pobres, no contexto familiar, são as que mais denunciam a violência. Pode-se inferir que, como parte dos processos que tem preparado o caminho para a perpetuação dos feminicídios do Brasil, a violência familiar acompanha padrões que se assemelham à vitimização perpetuada, socialmente, à mulheres negras. Além de tudo, como já mencionado, os casos que chegam às Delegacias são majoritariamente de relações conjugais - em sua maioria são sujeitos casados ou em união estável. Ou seja, é presente, frequentemente entre vítima e agressor o sentimento de afeto, âmbito este que o Direito Penal não dá conta quando levado o conflito à justiça.

Observa-se, pois, a maioria das mulheres em busca do judiciário como mediador, para a resolução do conflito e do restabelecimento do respeito na relação familiar ou amorosa. Cabe observar também que dentre essas mulheres predominam dois entendimentos:

a) Parte das mulheres entende que é indispensável a penalização dos agressores pois é a única forma possível de sentir-se protegida, causá-lo dor e intimidação. Vera Andrade destaca que na década de oitenta, essas feministas sustentaram não estar somente interessadas no castigo, mas no caráter declaratório do Direito Penal de difundir os valores da moral feminista (2003a, p. 83-84).

b) Outra parcela entende que a tutela do Estado nos conflitos de violências doméstica e familiar contra a mulher, não é a solução, tendo em vista que a resposta esperada por elas não encontra-se na Pena Privativa de Liberdade. Além disso, o maior anseio nessa busca é que a violência não aconteça novamente, e não a punição do companheiro. Inferindo-se que essas mulheres se arrependem de terem prestado a denúncia, ao longo do processo, e utilizam-se de táticas para desconstituí-lo, seja com a retirada da queixa ou com meios de “burlar” os meios de prova contra o agressor. (CNJ, 2017) Ainda, é também muito comum a manutenção da relação afetiva, sendo elas próprias as que prestam suporte aos réus, nos casos em que foram apreendidos. (SALAZAR, 2015)

Destarte, o que se encontrou a partir da análise de diferentes perspectivas à LMP é que a ela incide, na maioria das vezes, para as mulheres não-brancas e homens, em sua maioria, pardos e negros. Nesse diapasão, Flauzina opina sobre a relação de ambiguidade entre os movimentos sociais e a criminologia crítica. Que, na minha opinião, aplica-se também as ao movimento feminista:

“A solidariedade e a troca profícua cedem facilmente espaço para uma espécie de tutoria arrogante dos caminhos a serem trilhados e de censura a qualquer tentativa que transborde fora dos horizontes do ideal a ser alcançado.” (FLAUZINA, 2016, p.95)

O que se observa é a construção da LMP para aplicabilidade à perspectiva não-subalterna (FLAUZINA, 2016, p.95). De forma que ela é pensada por legisladores brancos, com

impulsioneamento de pessoas majoritariamente brancas e incidente em um público que não abarcam essas características. Fala-se aqui na necessidade de avançar no sentido de quebrar a prescrição de homogeneidade presente no movimento feminista, devendo-se observar, nesse sentido, a atuação autônoma das mulheres negras pois nitidamente não se viam representadas nas pautas do feminismo não retinto. Ainda, como se não bastasse, não trata da afetividade presente no conflito tratado. Assim, não se pode deixar de criticar tal estagnação da legislação haja vista o caráter estritamente necessário da inclusão de pautas tão caras.

Ocorre que para o feminilidade branca, a pauta racial nunca foi prioridade, muito menos competiria com a perspectiva de gênero. Angela Davis, em “Mulheres, Raça e Classe” demonstra, em caráter político e social, o desinteresse do movimento sufragista de inserção de pessoas negras como sujeitos de mesmos direitos. De forma que o contexto político tinha como base a premissa “primeiro a mulher, por último o negro” (2016, DAVIS,p.121). No mesmo sentido, Sueli Carneiro aponta:

“Quando falamos do mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estamos falando? Nós, mulheres negras, fazemos parte de um contingente de mulheres, provavelmente majoritário, que nunca reconheceram em si mesmas esse mito, porque nunca fomos tratadas como frágeis. Fazemos parte de um contingente de mulheres que trabalharam durante séculos como escravas nas lavouras ou nas ruas, como vendedoras, quituteiras, prostitutas[...] Ontem, a serviço de frágeis sinhazinhas e de senhores de engenho tarados.”(SUELI, 2011)

A partir disso, verifica-se a - talvez imperceptível - linha de direcionamento do feminismo branco na manutenção do racismo estrutural. Onde, frequentemente, as mulheres negras são vistas como mais fortes e resistentes à situações de violência, fator este não só problemático mas que se relaciona à estrutura escravista. Nos dias atuais, pode-se caracterizar à atuação do sistema de justiça criminal nesse mesmo sentido, tomando-se como base os dados a seguir expostos.

No Sumário Executivo do CNJ, realizado pelo Grupo Asa Branca de Criminologia, com dados socioeconômicos abstraídos da pesquisa realizada nos juizados (ou varas) das cidades de Recife/PE, Maceió/AL e Belém/ PA, constatou-se que os sujeitos da violência doméstica e familiar são, majoritariamente, pessoas com baixa escolaridade (sem nível superior ou grau técnico), com empregos ou ocupações com expectativa de renda habitual baixa e, por conseguinte, de baixo poder aquisitivo. Além disso, encontraram-se presentes pessoas com idades bastante variadas, desde jovem adultos até idosos. Majoritariamente, pardas ou pretas. Concluindo-se assim que, a Lei é aplicada, majoritariamente, à pessoas retintas.

A partir disso, traz-se à baila os questionamentos feitos anteriormente acerca do contexto em que foi criada e quais sujeitos atuaram para instituir essa legislação - destacando-se a participação do movimento feminista, composto majoritariamente por mulheres brancas, já que ao movimento feminista negro não era cedido o espaço político. Além de tudo, a pesquisa verificou que a maioria de mulheres de classe média/alta, em sua maioria brancas almejam como solução do conflito a separação dos corpos e a punição do agressor - seja com pena pecuniária ou com a privação da sua liberdade. Ainda, essas mulheres encontram suporte no âmbito familiar. Diferentemente do que é apontado com solução por mulheres de classe baixa, pardas e pretas, que prezam sempre pela conciliação ou até pedem pela desistência da continuidade do processo penal.

Dessa forma, fica muito evidente para quem a legislação foi pensada, onde a mulher à que se refere a legislação é a mulher frágil, necessitada de um processo penal incisivo e que não encontra tantas dificuldades com a ausência do companheiro pois detém de um suporte familiar para reconstruir. E conseqüentemente, como vem sendo aplicada no âmbito das Varas de



Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher, onde os atores do judiciário, passam a decidir que rumos o processo irá tomar e quais as medidas à serem tomadas.

### **A LMP corresponde às expectativas esperadas pelas vítimas? Se não, por quê?**

Alicerçando-se nessa discussão, a Lei Maria da Penha apresenta respostas para tal dinâmica social e diferentes resultados dependendo do âmbito ao qual a mulher encontra-se inserida, dispondo de contornos (resultados) diferentes para cada inserção. Dessa forma, a verificação da aplicação da Lei 11.340/2006 a partir da análise de diferentes perspectivas - diga-se, o lugar social da mulher vítima de violência doméstica - é o método usado para análise da efetividade do sistema de justiça criminal, tendo em vista os âmbitos e situações nos quais ela se aplica e resultados diante de tais considerações.

O que pode-se observar é uma legislação criada sob a perspectiva de aplicação para determinadas mulheres, sendo no entanto, sujeitos diferentes que preenchem o campo ativo e passivo do processo penal quando relacionados aos conflitos de violência doméstica que chegam às Varas. Não é levado em conta, por exemplo, problemáticas acerca da disparidade de classe e muito menos qual o contexto em que se inserem à vida e relação da vítima e agressor.

Com relação ao aspecto do movimento feminista, acredita-se que há outras experiências e perspectivas, que precisam ser ouvidas e consideradas na construção de pautas. Não só para a inserção, de maneira conjunta, das mulheres não-brancas em políticas sociais e para a busca material da igualdade, pois de nada adiantaria “remar contra a maré” e estacionar quando for conveniente. De forma que, quando apontadas questões a serem repensadas - em que pese para as mais claras na comunidade, observa-se a constante omissão da recepção de avanços em sentido diversos aos estritamente prescritos as necessidades de mulheres brancas e de classes média/alta. Segundo Arraes:

Os problemas causados pelo patriarcado oprimem todas as mulheres: as brancas por não serem consideradas fortes e as negras por não serem consideradas humanas. É essencial compreender que delimitar as diferenças pelas quais o machismo oprime mulheres não é uma questão de pesar sofrimentos. As negras têm uma história diferente e sofrem problemas específicos, que precisam ser reconhecidos e combatidos devidamente. A feminilidade imposta não é composta por um único padrão para todas as mulheres e aquilo que é esperado de cada uma varia drasticamente de acordo com sua origem e sua cor. (ARRAES, 2013, online).

Nesse diapasão, o movimento feminista acaba tornando-se um obstáculo a mais para a desconstrução do racismo estrutural e sistema de justiça criminal acaba sustentando a revitimização da população negra, mais especificamente, de mulheres retintas. Observa-se que isto não é causado só pela falta de observância das inúmeras realidades familiares vividas pelas mulheres. Também não pode-se negar é que o feminismo branco acaba integrando a reprodução desse sistema quando não olha para as individualidades existentes dentro do grupo de mulheres, e como consequência, prevê soluções que não são aplicáveis às minorias ali existentes. Além de tudo isso, para Flauzina, “o senso comum de encontrar o cárcere como solução, torna viável, do ponto de vista operacional e factível como manobra de controle”. Operacionalmente, diz respeito à maneira que se utilizam dos próprios corpos das mulheres para constrangê-las (FLAUZINA, 2016, p.95 - 106).

Outro exemplo, é a naturalização e o estabelecimento da presença de mulheres negras submetidas ao sistema prisional como lugares comuns delas estarem presentes, comuns a um estilo de vida de indivíduos de comunidade, onde não há outra perspectiva e nem criticidade acerca do que está acontecendo a sua volta. Assim, o sistema carcerário rouba dessas mulheres a

condição de cidadãos, o senso de criticidade e participação. Justificando, assim, a eficácia da atuação do Estado quando traz para si o conflito haja vista que essas mulheres não atribuem a si a condição de participantes do meio social, e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

### **Possíveis soluções levando em conta os principais sujeitos abarcados pela LMP.**

Assim, os números acima mostram que o encarceramento não é visto como coibição à prática da violência aos corpos das mulheres. Ademais, na perspectiva das mulheres negras, a procura desse sistema, além do que foi posto nas considerações feitas, proporciona o crescimento da violência perante corpos negros, pelos motivos expostos. Tendo isso em vista, ao que tudo indica, a condenação advinda da LMP, impõe um apenamento duro e ineficiente aos corpos negros ali submetidos, onde provavelmente, a penalidade deveria ser a *ultima ratio*, tendo em vista as condições de vulnerabilidade, dependência financeira e familiar dessas mulheres para com os seus companheiros.

Podendo-se concluir, nesse aspecto, que o feminismo, do jeito que ele vem sendo construído, não dá abertura para que se avance no sentido de entender que: mesmo para as questões de violência doméstica e familiar, o cárcere não é eficaz, e como posto acima, pode piorar a situação de vulnerabilidade das mulheres. (FLAUZINA,2016, p.95-116)

Observa-se, assim, a necessidade de busca de outras formas de responsabilização, para que se atenda: a) a real função do direito penal, qual seja a responsabilização pelo ilícito praticado; b) o atendimento a aspiração da vítima pela resolução do conflito posto e conseqüentemente, c) a sua aplicabilidade como *ultima ratio* d) a prevenção de possíveis revitimizações, especialmente sob corpos negros. Ponderando-se, assim, que a resposta penal foi uma alternativa para a diminuição dos números de violência doméstica e familiar contra a mulher, no entanto, verificou-se que tem sido causador da perpetuação de violência, principalmente, à mulheres negras. Bem como, o cárcere não seria uma opção de responsabilização pois, aparentemente, não é impedimento para que o agressor pratique a violência já que as vítimas, na maioria das vezes, são responsáveis pela manutenção da dignidade do agressor submetido a PPL.

O referido Sumário executivo do CNJ mostra de forma clara que a utilização da Justiça Restaurativa (JR) é uma possibilidade às maneiras que o Judiciário busca a resolução dos conflitos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Levando em consideração que tem como pilar a oportunidade de um ambiente que permite a discussão sobre conflitos subjacentes à agressão denunciada (CNJ, 2017, p. 31), trazendo um caráter auditivo e acolhedor à vítima e suas angústias. Ademais, verifica também o recorrente desejo dessas mulheres, quando procuram o judiciário, é que a violência cesse, ou seja, faz o apontamento, com base em pesquisas vitimológicas, PEMBERTON apud CNJ:

“1) grande parte das vítimas querem outras coisas diferentes da punição; 2) as vítimas de crime, de modo geral, não são mais punitivas que não-vítimas; 3) não há evidência de que ser vítima de crime lhe tornará mais conservador; 4) a maioria das pesquisas de vitimização ( victimisation surveys ) revela preferência das vítimas a medidas alternativas do que encarceramento; 5) não há evidência de que sentenças mais rígidas para infratores têm efeitos positivos sobre a saúde mental das vítimas” (PEMBERTON; VANFRAECHEM, 2015).

### **CONCLUSÃO**

Conclui-se que é imprescindível que o movimento feminista continue com a influência, essencial, vale ressaltar, dentro de políticas criminais que visem vigiar a violência sexista. De forma

que o feminismo trouxe o conflito do privado para o público, conseqüentemente, políticas públicas e particulares passaram a ser implementadas. No ano de 2018, por exemplo, foi criado um aplicativo nomeado “Metete a colher”, através do qual mulheres podem recorrer à socorro em situações de violência. Além disso, no Carnaval de Olinda e Recife em 2019, via-se frequentemente a identificação de mulheres com fitas rosas nos punhos. A campanha chamada “ninguém solta a mão de ninguém” propôs que mulheres que utilizassem de tal identificação estariam disponíveis a ajudar em situações de violência ou vulnerabilidade em público. Portanto, foi comum a visualização de mulheres tirando companheiras de situações de vulnerabilidade.

Além disso, o MF colocou em pauta temas como empoderamento, aceitação e sororidade. Contudo, mesmo com avanços relacionados à movimentação de mulheres para prover segurança para elas mesmas, ao falar de mulheres retintas o que se verifica é um discurso pouco limitado, para não dizer estagnado.

Observa-se assim, o desafio de trabalhar com diferentes vivências e concepções. O que não quer dizer que seja impossível a discussão da questão. Necessita-se que essas dissimilaridades sejam utilizadas de maneira criativa, associadas às necessidades de cada casal (FLAUZINA, 2016, p.116). Ademais, é indispensável que se busque alternativa ao sistema de justiça criminal, tendo em vista que, pelos caminhos que segue - levando em consideração a situação das prisões atuais e das conseqüências advindas da convivência prisional - é visível a crescente inviabilidade de aplicação das medidas penalizadoras. Não se pode negar, dessa maneira, que criminalização não inibe o cometimento do ilícito, transparente esse fator, quando observada a recorrente reincidência ao cárcere, por exemplo.

Além de tudo, em que pese a questão racial e a aplicação da Lei Maria da Penha, é indispensável que o MFN atue incisivamente na busca de possibilidades que sejam eficazes, de fato, à resolução do conflito. Pois foi verificado na pesquisa que, além da continuidade do relacionamento, a culpabilidade é atribuída a vítima quando o agressor é submetido à PPL. E fator relevante é a quantidade de negros dentro desse ciclo vicioso. Pondera-se, assim, que a resposta penal é uma medida importante para a diminuição dos números de violência doméstica e familiar contra a mulher, no entanto, quando utilizado como *ultima ratio* de fato. Bem como, o cárcere não seria uma opção de responsabilização do agressor. Tendo em vista o caráter revitimizador construído por essas instituições, onde acaba-se pela retomada de questões que achávamos já estarem superadas - diga-se o racismo institucional.

Isto posto, verifica-se uma atuação autônoma do feminismo negro, pois, as mulheres retintas, ainda que inseridas no movimento feminista branco, sempre buscaram meios autônomos de enfrentamento aos problemas advindos de questões de classe, raça e gênero. Isso se dá em razão da observância de alguns fatores, como por exemplo, a ingerência do Estado no trabalho de aniquilação da população negra. A partir disso, o Movimento Feminista Negro busca soluções paralelas ao sistema de justiça criminal. Razão esta pela qual deve-se olhar cautelosamente para o instituto e descortinar erros que não podem ser repetidos, diga-se, a utilização da Lei como se de caráter geral fosse.

Diante do contexto social em pauta, encontrou-se na pesquisa mais fatores favoráveis ao estudo da Lei 11.340/2006 de forma individualizada e em constante diálogo com diferentes perspectivas no campo extenso de relações e contextos sociais atribuídos ao público da violência doméstica e familiar. Quem sabe assim, pode-se ter a diminuição dos números de corpos negros submetidos ao sistema de justiça criminal e conseqüentemente, ao fadado cárcere. E, ademais, o apontamento no sentido de que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

## REFERÊNCIAS

A Mulher Negra e o sexo frágil. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/mulher-negra-e-o-sexo-fragil-por-jarid-arraes/>> Acesso em 29 nov de 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999a

BIDASECA, Karina. **Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café**: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial. Revista Andamios, Volumen 8, número 17, septiembre-diciembre, 2011, p. 61-89.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. Estud. av., São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003.

CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo**: A situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero, 2011.

CELMER, Elisa Girotti. **Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva**: uma análise do discurso de integrantes de organizações não governamentais feministas sobre a lei 11.340/06. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2009.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FERREIRA, Débora de Lima. **Lei Maria da Penha**: uma análise crítica da sua aplicação nas cidades do Recife e do Rio de Janeiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. FREITAS, Felipe da Silva. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. In: Ana Luiza Pinheiro Flauzina; Felipe da Silva Freitas. (Org.). **Discursos negros**: legislação penal, política criminal e racismo. 1ed. Brasília: Brado Negro, 2015, v. 1, p. 115-144.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. **Revista Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade v. Ano 20, n. Número 23/24, p. 95–106 , 2016.

Por um feminismo Afro-latino-americano. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271077/mod\\_resource/content/1/Por%20um%20feminismo%20Afro-latino-americano.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271077/mod_resource/content/1/Por%20um%20feminismo%20Afro-latino-americano.pdf). Acesso em: 30 nov 2019.

MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga. **Reflexões sobre o punitivismo da Lei “Maria da Penha” com base em pesquisa empírica numa Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Recife**. Dissertação (mestrado). Universidade Católica de Pernambuco, 2015.

SEGATO, Laura Rita. **Gênero e colonialidade**: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial, 2012.

SUMÁRIO EXECUTIVO CNJ: Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário, Universidade Católica de Pernambuco, 2017.

TREVISAN, Maria Carolina. **Quem são as mulheres negras brasileiras reverenciadas por Angela Davis**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/quem-sao-as-mulheres-negras-brasileiras-reverenciadas-por-angela-davis/>. Acesso em: 26 out. 2019.

# ANTIPROIBICIONISMO: MULHERES QUE SE MOBILIZAM CONTRA A ATUAL POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL

Débora Fonsêca Barbosa

Mestrado em Sociologia (PPGS/UFPE). Advogada na Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas. Articuladora social na Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas.

## CONTEXTUALIZANDO A INVESTIGAÇÃO (OU DESMANTELANDO A PROIBIÇÃO: A LUTA POR EXISTÊNCIA)

### Drogas e proibicionismo

A relação dos seres humanos com substâncias psicoativas, enteógenas ou alucinógenas é tão antiga quanto a história da própria humanidade e envolve diversos gêneros, distintos grupos étnicos, diferentes classes sociais, nos mais diversos territórios do planeta. As possibilidades de relação com todos os tipos de drogas<sup>1</sup> podem ser observadas em variadas situações: como mecanismos para expansão da consciência, que, por exemplo, desde a antiguidade eram usadas pelos xamãs, então responsáveis pela medicina, para fins de cura e consolo; também usadas na Europa da Idade Média na qualidade de especiarias, oriundas dos países quentes e artigos de luxo, eram consideradas estimulantes e afrodisíacas; já no contexto da revolução industrial, drogas com propriedades excitantes passaram a fazer parte do cotidiano dos operários, visando um maior desempenho do trabalho nas fábricas (CARNEIRO, 2014). Para se ter uma ideia, ainda nas primeiras décadas do século XX, no Brasil, os derivados da planta *Cannabis* (popularmente conhecida por maconha, diamba, liamba, fumo de angola, dirijo, entre outros) podiam ser facilmente encontrados em tabacarias e farmácias e, até 1930, eram receitados por médicos e vendidos por herbanários e farmacêuticos, para usos religiosos, terapêuticos, medicinais ou mesmo sociais (VIDAL, 2009)<sup>2</sup>. A morfina, substância extraída a partir do ópio e regulamentada nacionalmente, é até hoje largamente empregada no tratamento de doenças e em procedimentos cirúrgicos no Brasil e em vários países do mundo.

Dentre seus diversos fins, as substâncias psicoativas raramente eram concebidas como ameaçadoras à ordem social e serviam a diferentes camadas sociais, das mais diversas formas, seja como medicamento, alimento ou lazer (ESCOHOTADO, 1994). Contudo, em meados do século XIX, com a intervenção da indústria farmacêutica em larga escala, as drogas foram transformadas em mais uma mercadoria no bojo do processo de expansão e consolidação do capitalismo, passando a movimentar, em nível global, tanto os mercados legais (das drogas vendidas nas farmácias, bares e mercados), quanto os ilegais (de drogas como cocaína, heroína, haxixe, etc.). Foi a partir desse momento que, na opinião de Henrique Carneiro (2014), estabeleceu-se um novo tipo de relação entre indivíduo, sociedade e droga.

---

<sup>1</sup> A ideia agregada à palavra "droga" diz respeito a formas de conhecimento e controle de si (autônomas ou heterônomas), disponíveis na natureza, com sistemas próprios de utilização na forma de signos, ritos, estilos, bem como correspondem, também, às moléculas físicas produtos de laboratórios e instrumentos (CARNEIRO, 2008).

<sup>2</sup> Desde 2015, no entanto, componentes da maconha passam a ser permitidos para usos medicinais pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, primeiro em 2015, quando retirou o *canabidiol* (CBD) da lista de substâncias proibidas no país, e em 2016 foi a vez do *tetraidrocanabidiol* (THC) ser reclassificado, permitindo a prescrição médica e importação de tal produto (BRASIL, 2016), que, no entanto, também é vendido pela rede de farmácias Drogasil sob o nome comercial *Mevatyl*, com classificação tarja preta e que é dez vezes mais caro do que as opções importadas.

As campanhas proibicionistas, do início do século XX, vinculavam de forma explícita o uso das substâncias em xeque a grupos sociais tidos como “diferentes” e, por isso, “perigosos”. Nos Estados Unidos, precursor da *War on Drugs*, o ópio foi associado aos imigrantes chineses, a cocaína e o crack aos negros e a maconha aos imigrantes mexicanos. Com efeito, o racismo, a discriminação e os preconceitos têm orientado as políticas antidrogas desde seu início (KARAM, 2013). No Brasil, temos registros de perseguições a povos tradicionais e grupos sociais específicos, nessa mesma época, sobre o que escreveu Anthony Henman em *A Guerra às Drogas é uma Guerra Etnocida* (1986).

De acordo com Maurício Fiore (2012)

Proibicionismo é uma forma simplificada de classificar o paradigma que rege a atuação dos Estados em relação a determinado conjunto de substâncias. Seus desdobramentos, entretanto, vão muito além das convenções e legislações nacionais. O proibicionismo modulou o entendimento contemporâneo de substâncias psicoativas quando estabeleceu os limites arbitrários para usos de drogas legais/positivas e ilegais/negativas. Entre outras consequências, a própria produção científica terminou entrincheirada, na maior parte das vezes do lado “certo” da batalha, ou seja, na luta contra as drogas. O proibicionismo não esgota o fenômeno contemporâneo das drogas, mas o marca decisivamente (FIORE, 2012, p. 1).

“Não podemos viver em uma sociedade que é tão livre quanto livre das drogas, não se pode ter os dois”, frase do documentário *The Culture High* (HARVEY, 2014) que resume bem a política antidrogas importada dos Estados Unidos em seu equívoco e contradição inerentes, especialmente se estamos sob a égide de governos democráticos. Desta forma, a política antidrogas representa, em sua própria gênese, uma afronta aos direitos humanos, promovendo uma sistemática violação aos princípios da igualdade, da liberdade, da identidade, da autonomia, da dignidade da pessoa humana, da identidade cultural, do direito à saúde, entre outros, inscritos nas declarações internacionais e na Constituição Federal. A expressão “Guerra às Drogas” deixa explícita a moldura bélica a dar a tônica do controle social exercido através do sistema penal nas sociedades contemporâneas, afinal não se declara uma guerra contra objetos, mas sim contra pessoas, em especial contra os mais vulneráveis, entres produtores, comerciantes e consumidores (KARAM, 2013). Finalmente, como dito por movimentos antiproibicionistas, na Guerra às Drogas “a periferia fica com a ‘guerra’ e o centro fica com as ‘drogas’”.

### **A luta contra a proibição é uma questão de mulheres**

Ao estudar o universo das drogas ilícitas, encontramos uma gama de relações e mundos que estão esquecidos em virtude de um discurso moralista da Guerra às Drogas e do foco na proibição, o que vela debates e impede o desenvolvimento científico acerca de tais problemas. Entre as diversas consequências atreladas ao proibicionismo está, sem dúvida, a resistência por parte de grupos que se organizam para mobilizar a sociedade civil e o Estado quanto aos danos da proibição, e também por parte de indivíduos que, pouco a pouco, provocam fissuras nas políticas antidrogas e permitem discussões sobre um caminho plural para uma nova abordagem sobre a questão das drogas (VIDAL, 2010; BRANDÃO, 2017).

O surgimento desses grupos aparece como uma reação sistemática à proibição, percebendo-se que no momento em que uma parte significativa da população<sup>3</sup> (que faz uso de

---

<sup>3</sup> Dados sobre a população consumidora de drogas no Brasil podem ser encontrados no III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira, realizado pela Fiocruz. Disponível em: <https://assets.documentcloud.org/documents/6111419/Relato-Rio-Do-III-LNUD-v2018-07-05-Final.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

drogas ilícitas, alguns por vontade e outros por necessidade) é posta na marginalidade do ilegal, faz-se iminente a postura de se organizar para continuar a fazer os seus usos e legitimar seus direitos.

Nesse cenário, desperta interesse a invisibilidade que os corpos femininos representam<sup>4</sup>, objeto principal desta pesquisa, no qual mesmo diante, por exemplo, de dados estarrecedores sobre a população feminina encarcerada (aumentada 567% nos últimos 15 anos<sup>5</sup>) (INFOPEN, 2017), o que sai no jornal diariamente é o corpo masculino, que, de fato, representa uma parte significativa nessa guerra, mas, no entanto, não é o único grupo atingido por ela, conformando a falta de atenção e cuidado que deveria se dar por meio de políticas públicas às populações específicas<sup>6</sup>. Essa relação de falta de atenção e atuação governamental e aumento da vulnerabilidade social dessas mulheres, faz parte de um contexto de violência mais abrangente, no qual

A violência que irrompe sobre o feminino se manifesta tanto nas formas de destruição corporal sem precedentes como nas formas de tráfico e de comercialização do que estes corpos podem oferecer até o último limite. Apesar de todas as vitórias no campo do Estado e da multiplicação de leis e de políticas públicas de proteção às mulheres, sua vulnerabilidade frente à violência aumentou, especialmente a ocupação depredadora dos corpos femininos ou feminizados no contexto das novas guerras (SEGATO, 2014, p. 342).

A guerra às drogas tem atingido a vida das mulheres de incontáveis formas, é como se no fim das contas sempre sobrasse para nós, que quando não estamos na linha de frente, estamos segurando os corpos de pais, filhos, irmãos e companheiros que tombam pela manutenção dessa política. O caso de Amarildo, bastante divulgado na grande imprensa nacional, é um exemplo nítido desse argumento:

Em 28 de março de 2013 foi **instaurado inquérito policial para apurar crimes de tráfico de drogas** praticados por organização criminosa na favela da Rocinha. [...] Durante as investigações, no dia 14 de julho, o ajudante de pedreiro Amarildo de Souza Dias, também conhecido como "Boi", foi levado para averiguação em uma viatura da UPP para a base da UPP da Rocinha e nunca mais foi visto. **O desaparecimento de Amarildo foi registrado por sua mulher, Elizabeth Gomes da Silva**, na 15ª Delegacia de Polícia, na Gávea (FRANCO, 2014, p. 109).

Mas e depois, o que é que aconteceu com essa mulher? Estamos ali, mas é como se não estivéssemos, talvez porque seja a nossa função social estar sempre nesse lugar e é o que se espera de nós.

Além de velarem os corpos de Amarildo, de Marcos Vinícius (F.B., 2018) e tantos outros que beiram o infinito, muitas passam a vida presas a uma rotina de delegacias, tribunais e presídios, submetidas à revista vexatória (equiparada a um estupro institucionalizado) (IBCCRIM, 2015) para acompanharem e, no que puderem, defenderem os homens detidos da família, mesmo quando são as maiores abandonadas e esquecidas no cárcere (VARELLA, 2017).

Na contramão do ofuscamento das questões acima, um ponto que tem ganhado notoriedade ao pensar a relação entre drogas ilícitas e mulheres é a luta pelo uso de

---

<sup>4</sup> Esse processo de invisibilização tem grande colaboração da mídia, como parte de um "procedimento tradicional da mídia corporativa de ocultamento dos processos sociais de luta e resistência das mulheres", que tem "espetado" o patriarcado provocando fissuras e deslocamentos nas relações de poder (SILVA, 2016, p.10).

<sup>5</sup> Em que 86% desse volume corresponde a mulheres que respondem por delitos enquadrados na lei antidrogas 11.343/2006. Dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária - InfoPen 2015; e se comparados com os demais crimes que mais prendem as mulheres, a discrepância é ainda maior, vejamos: 9% furto, 8% roubo, 7% homicídio, 3% latrocínio, 2% pelo estatuto do desarmamento, 1% receptação e 1% formação de quadrilha/bando (INFOPEN, 2017).

<sup>6</sup> Para mais informações sobre esse processo, cf. Sestókas e Oliveira (2005).

medicamentos à base de *cannabis*, encabeçada majoritariamente por mães como último recurso para cuidar de seus filhos<sup>7</sup>. Ainda que esse caso represente uma consequência do proibicionismo menos generalizada, pode-se pensar que a vedação à pesquisa e à aplicação de remédios oriundos de substâncias psicoativas fortemente criminalizadas, gera um dano permanente à sociedade que tem sido cerceada durante gerações do direito à saúde e à pesquisa para o meio de tratamento adequado. Assim, sensibilizando a sociedade e ocupando espaços institucionais de decisão, também agindo muitas vezes por meio da desobediência civil pacífica, a atuação dessas mulheres tem garantido o direito à saúde e qualidade de vida de seus filhos e de pequenas comunidades (CARVALHO, BRITO e GANDRA, 2017).

Desta forma, durante estudos preliminares à pesquisa, as discussões sobre gênero emergiram e foram basilares para pensar todas as outras questões, a problematização do lugar da mulher, especialmente se interseccionadas aos fatores de raça, classe e território, chamaram atenção para a importância de trazer tal recorte para a problemática deste estudo, se tratando, também, da responsabilidade desta pesquisadora, enquanto mulher, de escrever sobre as mulheres. Essa perspectiva ganhou força a partir da análise do desenvolvimento do movimento Marcha da Maconha em Pernambuco, discutido por Brandão (2017), que identificou mudanças na organização desse movimento social, percebendo que o cenário que era, majoritariamente, protagonizado por homens ao redor de um discurso legalista da maconha (o que excluía o debate sobre outras drogas ilícitas e se furtava em fazer um recorte de classe, de raça e de gênero), vem sendo ocupado progressivamente por mulheres que, por sua vez, têm se tornado as principais referências nas lutas por uma nova política de drogas no Recife (às vezes associadas às pautas anticarcerárias, antimanicomiais, antiproibicionistas, antirracistas, anticlassistas e feministas).

Diante das informações acima narradas, pode-se relatar a escassez de produção e pesquisa acadêmica e institucional na área, onde os estudos e efeitos sobre a política antidrogas são principalmente atrelados aos corpos masculinos. A maior parte dos trabalhos que cruzam as categorias mulheres e drogas desemboca na temática do tráfico de drogas, que, apesar de ser um tema caríssimo à sociedade, especialmente às mulheres negras que moram em periferia, precisa ser confrontado com outras perspectivas sobre a temática, sendo o cárcere a expressão máxima do proibicionismo sobre as vidas dessas pessoas. Neste sentido, entrevistas realizadas por Marcílio Brandão com mulheres que estão nessa luta, ressaltam que a pena sofrida pelas mulheres, em geral, “é ainda mais socialmente definida do que administrativa e legalmente determinada” (BRANDÃO, 2017, p.319).

Assim, o ativismo, a militância e os movimentos de mulheres em expansão representam um tema chave para entender a complexidade do problema, pouquíssimo explorada, e que pode proporcionar novas perspectivas para refletir as ligações entre a política antidrogas, proibicionismo e seus reflexos na população feminina, extremamente afetada pela guerra às drogas e que leva nas histórias pessoais de suas participantes a justificativa para a forma que essas mulheres estão atuando em sociedade e se colocando politicamente.

### **Antiproibicionismo que se confunde com a própria vida das mulheres**

Frente ao contexto lançado acima, pode-se afirmar que a participação feminina no mundo das drogas intensificou-se nos últimos anos, momento em que também emerge outro fenômeno

---

<sup>7</sup> A associação mais conhecida e atuante no Brasil que luta pela pesquisa com cannabis medicinal, a APEPI (Associação à Pesquisa e à Pacientes de Cannabis Medicinal - <http://apepi.org/>) tem como sua principal representante Margarete Brito, que fez da vida militância, cuja história vem brevemente documentada no filme “Illegal, a vida não espera” (ARAÚJO, 2014).



social (em forma de movimento social) importante para as novas perspectivas sobre políticas de drogas, qual seja, o antiproibicionismo.

O termo (*antiproibicionismo*) embora não inaugurado neste momento, mas com maior expressão nos últimos anos, ainda significa um projeto em disputa, o que nos leva a propor na presente pesquisa, como foco principal da observação, a atuação dos movimentos de mulheres e dos movimentos feministas nesse cenário. Temos o exemplo da iniciativa da Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas, de associações de mães pelo uso medicinal da Cannabis (como a Apepi e a Cannape), do THCine, do Liberta Elas, de grupos de mães (a exemplo do Mães da Saudade e Movimento Moleque), entre outras que compõem esse grande campo a ser explorado neste estudo. Para isso, propõe-se voltar um olhar para a participação das mulheres nessa construção levando em consideração os pressupostos do feminismo popular, bem como questões levantadas pelos movimentos feministas no contexto de tensão democrática, visando identificar contribuições específicas para a demarcação dos discursos antiproibicionistas e para a ascensão do movimento de forma geral.

A partir da ebulição do tema do antiproibicionismo nas discussões sobre drogas no Brasil, cujos estudos são datados dos anos mais recentes (CAMPOS, 2013; LEAL, 2017; e RIBEIRO JR., 2017), percebem-se novas características nos movimentos sociais e, pode-se dizer, da política e, sobretudo, da esquerda política de forma mais geral (LIMA, 2018). As pautas, agora, são visível e progressivamente interseccionadas, buscando uma maior representatividade dos atores e atrizes sociais historicamente silenciados(as) e invisibilizados(as), que, no entanto, sempre foi a principal população afetada pela política antidrogas, bem como parece ter encontrado na figura da mulher uma possibilidade mais concreta dessa almejada representação. Isso se justifica pelo simples fato de estarmos sob a égide de uma estrutura genuinamente patriarcal, na qual as mulheres são inexoravelmente sujeitas contra hegemônicas e, em especial as mulheres em confronto com a lei demandam um pensamento subversivo capaz de reinterpretar a si e ao mundo (SILVA, 2016).

Neste sentido, o que Brandão (2017, p. 319<sup>8</sup>) esquece é que já havia se identificado a aproximação vital entre as causas do povo negro e do movimento de mulheres, a exemplo do que se observou no processo vivido pelo movimento anti-escravatura e com o nascimento dos direitos das mulheres nos Estados Unidos em meados do século XIX, na fala de Davis:

Quando a verdadeira história da causa da anti-escravatura for escrita, as mulheres ocuparão um largo espaço nas suas páginas, porque a causa dos escravos foi peculiarmente uma causa de mulheres”, Frederick Douglass; Estas são as palavras de um ex-escravo, um homem que se associou de forma próxima ao movimento “women’s right’s man” (século XIX) – (“homem defensor dos direitos das mulheres”). Frederick Douglass abolicionista negro foi também um homem que defendeu a emancipação das mulheres. Inúmeras vezes foi ridicularizado publicamente por isso. Douglass assumiu-se anti-sexista e referiu-se ao rótulo “women’s rights man ... estou contente por dizer que nunca tive vergonha por ser assim designado”. A sua atitude pode ter sido inspirada pelo seu conhecimento que as mulheres brancas foram chamadas de “nigger-lovers” (amantes de pretos) na tentativa de tirá-las da campanha anti-escravatura. E ele sabia que essas mulheres eram indispensáveis para o movimento abolicionista – pela sua quantidade e pela “sua eficiência na contestação da causa dos escravos” (DAVIS, 2016, p.31).

---

<sup>8</sup> “Historicamente apresentadas como mais alvejadas por diretrizes políticas e normas legais proibicionistas, era de se esperar que pessoas negras e pobres passassem à linha de frente da causa antiproibicionista. Porém, a atenção focalizada em Recife nos levou a perceber que foram mulheres feministas que passaram a ocupar lugar de destaque na organização, realização e defesa dos atos do Movimento Marcha da Maconha e, principalmente, do Coletivo Antiproibicionista de Pernambuco.” (BRANDÃO, 2017, p. 319).

Em Pernambuco, os dados mais recentes e robustos quanto ao surgimento do movimento antiproibicionista são os apresentados por Marcílio Brandão (2017), que detecta uma comunicação sequencial entre uma proposta antiproibicionista, as pautas feministas e as práticas de desobediência civil, como um caminho provável pelo qual a atuação dessas mulheres tenha se estruturado nos últimos anos. Fato é que o contexto de ebulição do movimento antiproibicionista é atravessado e fortemente impulsionado pela “Primavera Feminista”, que ocorre em 2015, quando mulheres de diferentes classes, raças, territórios e religiões vão às ruas protestar em volumes altíssimos, se posicionando frente à crise político-institucional que assola o país (que teve como expressão máxima o impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff em dezembro de 2015), junto com a Marcha das Margaridas (composta em sua maioria por trabalhadoras rurais) e com a Marcha das Mulheres Negras (SILVA, 2016).

Neste sentido, a identidade antiproibicionista nasce e cresce a partir de uma posição objetiva e crítica de enfrentamento ao modelo proibicionista, sendo literalmente sua oposição, e se colocando pela reforma da política de drogas em vigor no país. Há quem defenda que o antiproibicionismo é uma ideologia centrada na superação das ideias e políticas proibicionistas fracassadas (CRUZ e MACHADO, 2013). Para situar melhor o debate, nada melhor do que depoimento de mulheres de referência, impulsionadoras do movimento antiproibicionista em Recife, quando entrevistadas para o documentário “Antiproibicionismo JAH!”:

Ingrid Farias<sup>9</sup>: “A luta antiproibicionista é uma luta estruturalmente antirracista, antipatriarcal e anticapitalista. É bem fundamental trazer que essa luta antiproibicionista ela nasce de uma demanda de organização política das pessoas que usam drogas, isso porque na sociedade tem uma perspectiva muito construída a partir do imaginário popular que é de que as pessoas que usam drogas elas são pessoas que não têm capacidades, são pessoas que têm dificuldades de relacionamento, dificuldades de processos contínuos e coletivos, é importante demarcar que isso é mentira, é uma inverdade, porque a gente sabe que na sociedade que a gente vive quase todas as pessoas fazem uso de drogas” (TREVAS e SEVERIEN, 2018, 1’)

Priscila Gadelha<sup>10</sup>: “A gente (o movimento) nasce para bater de frente com o modelo de proibição das drogas, só que aí quando a gente vai ampliando isso a gente vai vendo que o modelo de proibição é muito maior, ele é um modelo de proibição na vida dos corpos negros, é um modelo de proibição na vida dos corpos das mulheres, um modelo de proibição da vida (inaudível)... de um lugar que a gente não pode ter direito, e aí a gente entende que é muito maior do que ‘droga’, mas como é que a gente vai falar isso? Então a gente precisa construir e ampliar esse conceito de ‘antiproibicionismo’ com outras frentes, eu acho que é isso que a gente enquanto movimento vem tentando pautar e construir” (TREVAS E SEVERIEN, 2018, 3’).

Assim, fica nítida a posição de encarar o antiproibicionismo como uma rede, um movimento que acontece na colaboração horizontal entre movimentos e indivíduos, mas que, sobretudo, significa um projeto ainda em disputa, que as mulheres não só já estão construindo, mas seguem dispostas a disputar. Além disso, à essa trajetória, pode-se agregar o fato de que tais processos vêm acompanhados de impactos nas áreas científica, social, cultural e política, e, de forma mais objetiva, têm conseguido de maneira multifocal avançar com a pauta da Redução de Danos<sup>11</sup>, cujo elo perpassa lutas pelo direito ao corpo, à saúde e à cidadania, entendendo que a

---

<sup>9</sup> Coordenadora da Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas - RENFA, Secretária Executiva da Associação Brasileira de Redução de Danos - ABORDA e sócia da Rede Latino Americana de Pessoas que usam drogas – LANPUD.

<sup>10</sup> Coordenadora técnica do Programa Atitude, Presidente do Conselho Estadual de Política sobre Drogas - CEPAD e membro da Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas – Renfa.

<sup>11</sup> As pesquisas relacionadas à Redução de Danos só ganha destaque nas discussões na área a partir de 1980, quando se forma um conceito que remete às práticas de autocuidado e construção de regras e rituais sociais de consumo desenvolvidos dentro das culturas de uso de uma determinada planta ou substância, com o intuito de entender

mobilização e organização de mulheres têm representado um ponto fundamental para o futuro das discussões sobre política de drogas.

## A PESQUISA

### **Proposta teórico-metodológica (ou *Por uma análise feminista crítica do discurso*)**

A fala, ou a ausência de espaço para ela, é sensivelmente relacionada às posições de dominação, percebendo-se que a fala constitui discurso, que constitui propriedade de conhecimento, que constitui autoridade e, finalmente, constitui poder (FAIRCLOUGH, 2001), estrutura<sup>12</sup> que, por sua vez, tem colocado o homem branco como eterno agente ativo da história, a mulher (sobretudo a mulher negra, *o outro do outro* [KILOMBA, 2012]) como eterno sujeito passivo da história e todas as outras identidades de gênero (LGBTQIA+) no lugar de eternos sujeitos apagados da história. É por isso que as escolhas teóricas e epistemológicas que balizam as pesquisas científicas vêm carregadas de ideologia(s)<sup>13</sup>, o que sugere ser fundamentalmente estratégica a escolha dos artefatos técnico-metodológicos para a proposição da presente pesquisa, para a coleta dos dados e para a catalogação e interpretação dos mesmos.

Por isso, escolheu-se como metodologia de análise a ser empregada neste estudo a Análise Feminista Crítica do Discurso (AFCD), que tem fundamentos na Análise Crítica do Discurso (ACD) e será interpretada com as contribuições das teorias feministas de Carmem Silva (2016) e Donna Haraway (1995).

Em um primeiro momento é necessário traçar algumas considerações sobre os elementos constitutivos da ACD, para, então, passarmos à compreensão da AFCD. De acordo com Fairclough (2001), a ACD se desenvolve sob uma perspectiva que busca compreender o discurso em seu conjunto como uma prática textual<sup>14</sup>, como uma prática discursiva<sup>15</sup> e como uma prática social<sup>16</sup>, não como atividade puramente individual ou como mero reflexo de determinadas situações. A partir dessa assertiva, algumas implicações podem ser observadas, como o fato de ser o discurso um modo de ação e de representação, significando uma das formas possíveis através da qual as pessoas podem influenciar o mundo ao seu redor (a partir de determinada representação de dada realidade) e, particularmente, os outros, além de implicar uma relação dialética entre o discurso e a estrutura social, que, por sua vez, influencia diretamente na prática social de cada indivíduo (ao passo que também estabelece e cria identidades e relações), sendo tanto uma condição como um efeito da estrutura social (FAIRCLOUGH, 2001).

De forma geral, podemos dizer que a ACD se constitui enquanto

Um processo analítico que julga os seres humanos a partir da sua socialização e as subjetividades humanas e o uso linguístico como expressão de uma produção realizada em contextos sociais e culturais, orientados por formas ideológicas e desigualdades (PEDRO, 1997, p. 21 *apud* GABRIELLI, 2007).

---

melhor as necessidades e experiências dos usuários para pensar e empregar o que foi observado em forma de política pública (FIORE, 2006).

<sup>12</sup> Não necessariamente nessa ordem e tampouco como um movimento em um só sentido, implicando que os elementos ora listados se influenciam mutuamente.

<sup>13</sup> Ideologia como a totalidade das formas de consciência social, que abrange o sistema de ideias que legitima o poder, sempre direcionada às relações de dominação (de manutenção ou de resistência). Para um estudo mais aprofundado, cf. Thompson (1995).

<sup>14</sup> Trata-se do estudo sobre da organização da informação, da coerência e da coesão textuais (“como” se fala).

<sup>15</sup> Análise da regulação da produção e da recepção do discurso dentro da situação comunicativa (“o que” se fala).

<sup>16</sup> Aponta para a relação dialética entre as estruturas e as relações sociais que produzem o discurso e são por ele influenciadas (“por que” se fala), sendo sempre produzido em razão das relações de poder.

Assim, se desvela como objetivo investigativo da ACD a interrelação entre a lingüística e as ciências sociais, cuja operacionalização busca enaltecer os discursos das minorias com pouca representatividade política frente à hegemonia branca (entenda-se burguesa, ocidental e patriarcal), isso aproxima a metodologia em questão dos pressupostos da teoria feminista quando identifica a não neutralidade do discurso (gerador e receptor/interlocutor), bem como quando se coloca como instrumento científico capaz de promover a visibilidade e a emancipação das mulheres. Neste sentido, as teorias feministas contemporâneas têm dado especial atenção aos processos de simbolização e representação para realização de investidas analíticas em prol de novas explicações e leituras sobre a realidade (BARRET, 1999 *apud* GABRIELLI, 2007; GABRIELLI, 2007).

Outro ponto-chave dessa teoria é o estudo das condições de produção em que emergem os discursos, que deve levar em conta o sujeito do discurso, o assunto ou tema, destinatário e contexto como pressupostos básicos para a análise de qualquer discurso, seja ele científico, seja do senso comum.

É preciso negociar meios para colocar em pauta o discurso "alternativo" feminista - ao menos entre as próprias seguidoras dessa corrente. Demonstrar como a ideologia se articula nos discursos é imprescindível para esse fim. Lembrar que a ideologia opera através de ofuscações, dissimulações, fragmentações etc, deve ser uma constante na investigação feminista (GABRIELLI, 2007, p. 6).

A necessidade de identificar e estabelecer uma perspectiva feminista nos estudos da linguagem e do discurso é, evidentemente, parte da transformação que as feministas da academia têm promovido para mudar, nas ciências sociais e demais ciências, o que foi construído pelas mãos de teóricos homens (muitas vezes em nosso nome). Apesar das críticas sobre a pesquisa abertamente política como carente de "objetividade" e "cientificidade" (ex. WIDDOWSON, 1995 *apud* LAZAR, 2004), a posição feminista tem levantado como problemática a noção de neutralidade científica que falha em reconhecer que todo conhecimento é social e historicamente construído e baseado em valor. "Com os objetivos de transformação social e emancipação, tem-se a pedra angular tanto da análise crítica do discurso (CDA), quanto de muitos estudos feministas da linguagem" (LAZAR, 2004, p. 1), o que faz com que a Análise Feminista Crítica do Discurso nasça a partir do movimento dos estudos críticos do discurso, em diálogo e reconhecendo as contribuições de Van Dijk (1991, 1993, 1994 e 1996) e Fairclough (1989, 2001 e WODAK, 1997), que acreditavam numa ACD como "uma perspectiva de pesquisa (van Dijk 1994) ou um programa de pesquisa (Fairclough e Wodak 1997), [...] conhecido por sua postura abertamente política e preocupado com todas as formas de desigualdade social e injustiça" (LAZAR, 2004, p. 1-2).

Assim, a aplicação da ACD para interpretação dos dados implica "não somente em questões de procedimento, mas também de problemas teóricos" (FOUCAULT, 2008, p. 23), considerando as disputas em torno da noção de *tradição*, para pensar a dispersão da história na forma desse e não daquele conjunto, que vem atrelada à noção de *influência*, que oferece suporte aos fatos de *transmissão* e *comunicação*. Os fenômenos de *semelhança* e *repetição* que irão emergir da análise dos **enunciados**<sup>17</sup> dos textos, permitirão perceber as unidades (indivíduos, grupos, obras ou teorias) que serão defendidas e as ligações simbólicas que estão estabelecidas, visando identificar se existe uma consciência coletiva que ligam essas mulheres (FOUCAULT, 2008), além de como os discursos influenciam o conhecimento, os saberes, as atitudes e as ideologias socialmente partilhadas.

---

<sup>17</sup> Unidade de análise da ACD e da AFCD, formado por participantes (grupos nominais), processos (os verbos) e circunstâncias (marcadas por advérbios).

Dentre as estratégias a serem mais especificamente empenhadas, começaremos buscando os elementos de *referência* e *nomeação*, tentando identificar formas que separam e formas que unem os enunciados dos discursos, que serão localizadas a partir dos elementos de *designação* (quais palavras estão sendo escolhidas para explicar o fenômeno/contexto) e quais as estratégias predicativas são empenhadas, onde precisaremos focalizar na divisão entre aspectos considerados negativos (homogenizadores) e aspectos considerados positivos. Para isso, propõe-se observar os processos de *argumentação* e *legitimação* utilizados nos discursos para perceber as representações dispensadas aos atores sociais (se forma ativa, se forma passiva, identificados por quais características primeiro, o nível de formalidade do discurso, se recorre a princípios morais gerais, etc.), visando a elaboração de categorias a serem posteriormente separadas (em *identidades, relações e crenças*) (FISCHER, 2001).

Desta forma, pretende-se descobrir e analisar os saberes localizados que irão emergir a partir das falas das mulheres entrevistadas, considerando que

A ciência não se relaciona com o que devia ser vivido, ou deve sê-lo, para que seja fundada a intenção de idealidade que lhe é própria; mas sim com o que devia ser dito - ou deve sê-lo - para que possa haver um discurso que, se for o caso, responda a critérios experimentais ou formais de cientificidade. A esse conjunto de elementos, formados de maneira regular por uma prática discursiva e indispensáveis à constituição de uma ciência, apesar de não se destinarem necessariamente a lhe dar lugar, pode-se chamar *saber*. Um saber é aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um *status* científico. [...] Um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso (FOUCAULT, 2008, p. 204).

Aprofundando e desmembrando esse argumento, Haraway (1995) provoca ressaltando o foco feminista em revolucionar o jeito de fazer história e o jeito de fazer ciência, além do próprio conteúdo a ser considerado nesses fazeres. Ela defende que

As feministas têm interesse num projeto de ciência sucessora que ofereça uma explicação mais adequada, mais rica, melhor do mundo, de modo a viver bem nele, e na relação crítica, reflexiva em relação às nossas próprias e às práticas de dominação de outros e nas partes desiguais de privilégio e opressão que todas as posições contêm. Nas categorias filosóficas tradicionais, talvez a questão seja ética e política mais do que epistemológica. Assim, creio que o meu e o "nosso" problema é como ter, simultaneamente, uma explicação da contingência histórica radical sobre todo conhecimento postulado e todos os sujeitos cognoscentes, uma prática crítica de reconhecimento de nossas próprias "tecnologias semióticas" para a construção de sentido, e um compromisso a sério com explicações fiéis de um mundo "real" (HARAWAY, 1995, p. 15-16).

E Harding (1986, *apud* HARAWAY, 1995) atesta que essa proposta de um projeto de ciência sucessora e de insistência pós-moderna é promovida e experienciada "na diferença irreduzível e na multiplicidade radical dos conhecimentos locais".

Assim, a objetividade feminista trata da localização limitada e do conhecimento localizado, não da transcendência e da divisão entre sujeito e objeto. Desse modo podemos nos tornar responsáveis pelo que aprendemos a ver. Evidenciando o sistema sensorial da visão (útil às feministas por permitir transcender oposições binárias) e sua natureza corpórea, que pode ser utilizado para sair e ir além do que se espera dos corpos colonizadamente marcados, com potência para acolher "os projetos científicos feministas críticos e paradoxais: objetividade feminista significa, simplesmente, saberes localizados" (HARAWAY, 1995, p. 18). "Compreender como esses sistemas visuais funcionam, tecnicamente, socialmente e psiquicamente, deveria ser um modo de corporificar a objetividade feminista" (HARAWAY, 1995, p. 22).

Neste sentido, Silva (2016) aponta que a luta das mulheres para serem reconhecidas nas suas singularidades e similaridades vai formando os movimentos feministas<sup>18</sup>, que se desenvolvem e se redescobrem constantemente, respondendo com o uso da categoria “mulheres” ao discutir internamente e em sociedade as contingências que os movem. Neste sentido, Collins defende que “[...] é a localização social comum nas relações hierárquicas de poder que cria grupos e não o resultado de decisões coletivas tomadas por indivíduos desses grupos” (COLLINS, 1997 apud RIBEIRO, 2017, p. 62).

Daí a importância da formação de mulheres capazes de transformar o conhecimento existente sobre elas mesmas e sobre a realidade, mas também capazes de ações coletivas impulsionadoras de mudanças na situação social das mulheres e na sociedade como um todo (SILVA, 2010, p. 1).

Nesta perspectiva, os feminismos são tomados como projetos de vida, em que as pessoas que se reconheçam enquanto feministas devem preocupar-se com a situação em que todas as mulheres estão inseridas, preocupar-se com a própria autonomia e lutar coletivamente para que todas as mulheres sejam autônomas e livres, implicando, também, em coerência entre o nosso pensar, sentir e agir, e estar aberta ao eterno desafio de ser feminista (SILVA, 2016).

Desta forma, algumas perspectivas comuns foram sendo construídas, como a prática do cuidado entre os pares, a autocrítica e a horizontalidade, que aparecem enquanto padrão no sentido de se manifestar de uma forma ou de outra nos movimentos feministas preocupados em lidar com suas diferenças, como identifica Sophia Lima (2018). Os movimentos feministas fazem parte dos movimentos de mulheres, diferenciando-se deste, a princípio, por reivindicarem a identidade feminista<sup>19</sup>, empunhando uma proposta mais radical de enfrentamento ao patriarcado, que progressivamente têm contado com a presença mais ampla de mulheres populares e negras nos últimos anos<sup>20</sup>, desenhando um processo de reconfiguração destes movimentos (SILVA, 2016).

Assim, temos observado uma reinvenção e uma ressignificação constante do ser mulher, identidade progressivamente alargada, cuja disputa ganha força a partir do momento em que as desigualdades entre as mulheres dão lugar a projetos e prioridades políticas que não contemplam a diversidade das suas experiências<sup>21</sup>. Neste momento, a auto-organização de mulheres atua como vetor fundamental de transformação social (LIMA, 2018).

Por fim, em face das reflexões teóricas esboçadas acima, algumas questões aparecem para tentar pensar mais especificamente a luta das mulheres contra a proibição das drogas na Grande Recife, que à primeira vista se configuram enquanto antiproibicionistas, mas que agrega indícios de outras frentes contra a proibição. Assim, indaga-se “quem são essas mulheres?”, “será que quem está na linha de frente e sofre com grande impacto as consequências do proibicionismo é o mesmo grupo que está na articulação das resistências?”; “por que o tema das drogas, juntamente

---

<sup>18</sup> Ao investigar a trajetória do movimento feminista no Brasil e no mundo, a primeira constatação que pode-se fazer é a de que não existe um só movimento feminista, conseqüentemente seria um erro grosseiro falar de *feminismo*, quando o que existe são *feminismos*.

<sup>19</sup> No entanto, essa “identidade feminista”, aqui citada, é um aspecto falacioso para pensar a atuação social destes movimentos, afinal “ter ou não atitudes feministas, diante dos problemas da vida, não está dado a priori por você se declarar feminista, mas também não se estabelece pela sua situação de classe. [...] Quem está autorizada a dizer o que é ser feminista?” (SILVA, 2016, p. 20).

<sup>20</sup> E não que as mulheres negras não se organizem historicamente, nesse caso percebe-se uma aproximação entre os movimentos de mulheres negras, os feminismos e os movimentos feministas hegemônicos.

<sup>21</sup> Por exemplo, Djamila Ribeiro (2017, p. 42) relata que “na década de 1980, mulheres negras eram esterilizadas forçadamente. Segundo pesquisa de Jurema Werneck o movimento de mulheres negras é protagonista no combate ao genocídio da população negra e à usurpação da liberdade das mulheres, iniciando a luta sob forma de denúncia. Essa luta resulta na CPI da esterilização, 1991 [...]. Se as mulheres negras não tivessem denunciado essa realidade e lutado para que o debate sobre essa violência viesse à tona, provavelmente essa questão seria ainda mais grave”.

com o proibicionismo<sup>22</sup>, que toca todas as principais pautas dos movimentos de mulheres e feministas, quais sejam saúde (na discussão sobre aborto e saúde especializada<sup>23</sup>, por exemplo) e violência (e aí em vários níveis), não é discutido e trazido para o cerne do problema pelos movimentos, sendo ainda conformado enquanto tabu na vida dessas mulheres?<sup>24</sup>; “quais são as culturas e ideologias adjacentes ao tensionamento do proibicionismo que permitem que determinadas mulheres questionem-no?”.

Assim, a presente proposta tem por escopo tentar compreender, como diria Foucault, o sistema que conecta tais discursos a outros como “nó em uma rede” (FOUCAULT, 2008, p. 26), devendo esta pesquisadora sempre colocar-se em lugar de desconforto na realização deste estudo, pois “é preciso também que nos inquietemos diante de certos recortes ou agrupamentos que já nos são familiares” (FOUCAULT, 2008, p. 24).

## Campo

Para realização da pesquisa empírica, realizou-se como técnica primária de levantamento de dados a coleta de vídeos, filmes e publicações veiculados em redes sociais promovidas por grupos locais de mulheres (quais sejam, Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas e Associação Canábica Medicinal de Pernambuco) que se mobilizam também virtualmente para seguir na luta contra a proibição das drogas e suas violações de direitos. A partir dos dados secundários coletados, operacionalizou-se um filtro que levou em consideração o alcance do vídeo, ter sido disponibilizado em plataforma online gratuita (Youtube) e que contemplasse uma pluralidade de grupos de mulheres sobre a temática.

Assim, chegou-se aos seguintes vídeos para a composição e catalogação do *corpus*: i) As Minas da Marcha da Maconha (Sp) (Trip Tv, 3’10”, 2015)<sup>25</sup>; ii) Bloco Feminista da Marcha da Maconha – Convite (NaVeia Filmes, 1’, 2016)<sup>26</sup>; iii) Antiproibicionismo Jah (TREVAS e SEVERIEN, 16’07”, 2018)<sup>27</sup>; e iv) Estado de Proibição (PBPD, 19’43”, 2019)<sup>28</sup>.

Com esses documentos, alcançou-se os seguintes grupos: i) *Mães da saudade/GCASC*; ii) *Associação de Cannabis Saúde (Cultive)*; iii) *Associação Brasileira de Cannabis e Saúde (Acolher)*; iv) *Movimento Moleque*; v) *Associação Mãe de Polícia (Amapol)*; vi) *Bloco feminista da marcha da maconha*; vii) *Rede Nacional De Feministas Antiproibicionistas (Renfa)*; viii) *Apoio à Pesquisa e a Pacientes de Cannabis Medicinal (Apepi)*; e ix) *Associação Canábica Medicinal de Pernambuco (Cannape)*.

## Análise dos dados

A partir da leitura preliminar do *corpus* empregou-se os fenômenos de identificação, conforme explicado acima, para tentar localizar possíveis grupos dentro deste universo. A partir disso, localizou-se dois grandes grupos identitários no campo explorado, por um lado mulheres

---

<sup>22</sup> Que embora sejam coisas distintas, como já ficou claro, compartilham um caminho comum na história da sociedade ocidental.

<sup>23</sup> Como reivindica Vera Baroni, fundadora da Sociedade de Mulheres Negras de Pernambuco (Conselho Estadual De Saúde De Pernambuco, 2016).

<sup>24</sup> Aqui leva-se em consideração o trabalho produzido por Silva(2016), em que estuda o feminismo popular e lutas antissistêmicas, que tem por objeto a AMB – Articulação de Mulheres Brasileiras.

<sup>25</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QgauEko81AU>. Acessado em: 30 de ago. 2019.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6oft4VK06OI>. Acessado em: 30 de ago. 2019.

<sup>27</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vryyahw9o-A>. Acessado em: 30 de ago. 2019.

<sup>28</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XluccF31nug>. Acessado em: 30 de ago. 2019.

que reivindicam a identidade feminista para se colocarem no mundo e se relacionam com a luta na defesa dos direitos individuais e das mulheres (grupos vi e vii), e, por outro, grupos que, embora abordem questões feministas de forma não intencional, se localizam enquanto movimentos de mães<sup>29</sup> (grupos i, ii, iii, iv, v, viii e ix) que, por sua vez, congrega tanto mães em busca de tratamento para seus filhos, quanto mães no luto pela perda de seus filhos em nome da guerra às drogas.

Para a catalogação dos dados levou-se em conta três categorias de análise, a serem exploradas separadamente abaixo, de acordo com os dois grandes grupos mapeados. Primeiramente no que diz respeito ao elemento das *identidades* que permeia e constituem a vida das interlocutoras, a segunda que busca encontrar contemplar as *relações* que estão estabelecidas e vêm sendo difundidas pelos grupos ao tratar da temática, e, por fim, uma terceira categoria focada nas *crenças* que irão emergir da leitura dos discursos selecionados e que indicam suas ideologias e visões de mundo.

### **A emergência das identidades (o eu e o outro do movimento feminista e de mães contra a proibição)**

Quando o assunto é identidades, ou identificação social, algumas ligações são categóricas por vir, inclusive, expressas no próprio nome do grupo, como por exemplo entre os grupos feministas e a identidade antiproibicionista, e entre os grupos de mães e a defesa do uso medicinal da maconha. Esse primeiro marco é relevante porque o projeto antiproibicionista de sociedade colide com a perspectiva utilitarista<sup>30</sup> da maconha ou de qualquer droga, visando a liberdade e autonomia que deve ser agregada a toda e qualquer pessoa a par de suas capacidades mentais.

No entanto, deve-se revelar que algumas das mulheres *mães* percebem que a luta é para além do uso medicinal e terapêutico que seus filhos precisam:

É a mesma planta e um fala que é recreativo o outro fala que é medicinal, mas perai, o bem que ta fazendo pra minha filha ta sendo incrível, então eu quero saber o que eles sentem (Estado de Proibição, C.).

Não vou falar ah eu quero que libere pra medicina porque é o que minha neta precisa, não! Cada um sabe de si eu tenho a minha necessidade com a minha neta mas será que outra pessoa tem a necessidade de usar pra ele próprio (Estado de Proibição, P.).

Essas proposições demonstram como o projeto antiproibicionista de sociedade vem fazendo seu trabalho, ao aproximar os discursos dos movimentos de mães dos discursos dos movimentos feministas quando concordam que o que deve ser problematizado é uma questão mais ampla e que perpassa a vida de diferentes grupos sociais de variadas formas. Mas não só a ideologia antiproibicionista faz essa função, a violência generalizada que cerca o problema também aparece como um fator de coesão entre esses grupos:

Se você for ver o perfil dos jovens que são presos e mortos, todos eles têm uma coisa em comum, todos eles são pobres, moram em periferia e tiveram uma vida horrível (Estado de Proibição, M.).

Nesse toar, fica mais fácil a visualização dos pólos que estão em confronto, por um lado o Estado, como principal inimigo/opositor, que emerge de forma direta ou indireta (através dos fenômenos de referência e nomeação) nos discursos, inclusive vindo de forma explícita no título

<sup>29</sup> Embora também alguns deles sejam grupos mistos.

<sup>30</sup> Ao defender o uso da droga para isso e não para aquilo, como se a substância pudesse ser usada apenas em partes ou apenas de acordo com determinado motivo.



de um dos documentos, qual seja, *Estado de Proibição*, com um intuito de indissociar tais elementos na construção da narrativa proposta.

Eles apreenderam o Rafael da silva cunha e eles me devolveram o Zé do rato... Então quando eles mataram, o tiro de misericórdia foi em 05 de dezembro de 2006 mas eles começaram a matar meu filho em 2000, quando eles apreenderam, nessa transformação, depois eles só deram um tiro pro corpo deitar (Estado de Proibição, M.C.).

Entao o estado mata os dois, de uma mesma forma porque é a forma que ele tem de cometer o genocídio que acabar de fato com a população negra matando um ou outro nessa guerra as drogas, essa guerra as drogas nada mais é do que o genocídio da população negra (Estado de Proibição, M.C.).

Do outro lado, enquanto o *nós* da luta das mulheres estão as próprias mulheres.

Esse bloco ele surgiu pela necessidade da gente conseguir juntar as pautas a gente tem que colocar as coisas juntas também sabe o que somos as mesmas que tamos la defendendo a legalização do aborto somos as mesmas que tamo lutando pelos direitos ao próprio corpo pelo direito ao próprio corpo pra tudo (As Minas da Marcha da Maconha, R.C.).

Nesse ponto, percebe-se o alargamento das identidades antiproibicionistas a partir da identificação deste com outros campos políticos e de construção do saber, vejamos o seguinte trecho:

A luta antiproibicionista é uma luta estruturalmente antirracista, antipatriarcal e anticapitalista. É bem fundamental trazer que essa luta antiproibicionista ela nasce de uma demanda de organização políticas das pessoas que usam drogas (I.F. Antiproibicioismo JAH).

Nesse caso, podemos identificar duas ligações, primeiro que existe uma proposta vinculando fortemente a luta antiproibicionista às lutas antirracista, antipatriarcal e anticapitalista, momento em que fica nítido, mais uma vez, o *nós* e o *outro*, aqueles que são os movimentos contrahegemônicos e estes que são a hegemonia normativa e cultural ocidental (racista, patriarcal e capitalista) contra a qual se levanta.

Ainda a partir desse enunciado, pode-se perceber a valorização da organização do *nós*, usuários de drogas, como sujeitos protagonistas desse movimento, se contrapondo aos preconceitos do senso comum que colocam os usuários de substância ilícitas como pessoas incapazes de ter autonomia de si e, muito menos, de realizar a organização de processos coletivos.

A partir dos mundos de vida dessas mulheres, procura-se colocar inclusive *deus* do “lado certo” da história:

Graças a deus pela maconha existir e ser o remédio que é natural... (Estado de Proibição, R.).

Esse enunciado mostra as variadas formas pelas quais essas mulheres se convencem de que estão fazendo o bem e certo, moralmente falando, ao contestarem o modelo proibicionista posto. Elas fazem outra leitura do que a *tradição* tem colocado, ao reinterpretar “a erva maldita” como um feito do deus cristão, que na verdade significa vida e dignidade.

Nos discursos empenhados pelos grupos de mães, todas elas começam reivindicando exatamente esse lugar social, o *de mãe*, o que definitivamente busca comover a audiência levando em consideração que todo mundo teve ou tem mãe. Como podemos observar:

Jeane da silva santos, sou mãe do caíque... (Estado de Proibição, J.).

Eu sou mãe de uma criança autista com 8 anos... (Antiproibicionismo Jah, R.).

O caso do meu filho, ele tem 15 anos ele, é deficiente intelectual moderado... (Antiproibicionismo Jah, H.).

Mas o apoio com as mães é bom demais, tudinho se reúne, uma apóia a outra, é isso que fortalece a gente, é o apoio de outras mães (Estado de Proibição, J.S.F.).

Além disso, como os grupos buscam retratar a própria realidade, outro elemento forte que identifica essas mulheres é justamente as doenças que acometem seus filhos, impulsionando-as na criação de uma narrativa que vai por um caminho diferente do que é promovido pelas feministas, isso porque coloca esse grupo em uma situação diferente, pois não é toda pessoa que pode desenvolver os tipos de doença em questão, insinuando que a luta deve ser protagonizada por esse grupo com a intenção de aproximar os opositores (favoráveis à proibição) e a audiência (indiferentes), isso porque o discurso em torno do tema da saúde seria mais acessível e com maior poder de sensibilizar a sociedade.

Além disso, juntamente com o *estado*, esses grupos apontam outro ator central a ser combatido a indústria farmacêutica, vejamos:

A gente vê hoje um cenário, por exemplo, com a maconha onde a gente sabe que plantar, fazer chá, já tem grandes resultados e a gente pode ampliar isso se a gente permitir que a semente vá pro chão, simples assim, só que a indústria quer tomar maconha como medicamento (Antiproibicionismo Jah, P.G.).

Assim, a indústria farmacêutica, *o outro* que lucra diretamente com a proibição das drogas com potencialidades terapêuticas, além de promover a venda das suas drogas alopáticas que criam dependência e implicam no uso de outras drogas alopáticas necessárias ao uso das primeiras, tem se erigido como um dos protagonistas do modelo proibicionista de sociedade.

### **O desenvolvimento das relações (*com a rede, com os antagonistas e com a audiência*)**

Dentre as relações que podem ser observadas, a lei de drogas é constantemente mencionada enquanto uma política que afeta a perspectiva de cuidado, de atenção social, de superencarceramento e extermínio da juventude negra e pobre.

O país da gente é muito proibicionista, isso dificulta muito, muita gente não entende, aí é muito preconceituosa... tão nem ai pra nós mães porque o que eu queria mesmo era poder plantar mas o risco é muito grande, a gente aqui como associação a gente já ta entrando na justiça a gente ta se fortalecendo entre si pra ver se a gente consegue fazer o plantio (Antiproibicionismo Jah, P.).

Essa lei tem seus transmissores e operadores, e uma figura fundamental é a do policial, visto como um agente da proibição mas que, na verdade, é uma grande vítima de toda essa estrutura contra a qual se levanta (muitas vezes homem, negro e pobre, morador de periferia), bem como chama atenção para a atuação do Poder Judiciário nesse contexto.

A camada que vai pro morro reprimir eu chamo eles de capitão do mato, a historia do Brasil se repete, que pegava os negros pra pegar o outro negro fujão, pra botar no tronco e batia (Estado de Proibição, Z.V.).

O judiciário faz uma perspectiva de racismo institucional, perpetua um racismo institucional, e as prisões na verdade é o ultimo estagio para controlar essa parte da sociedade que é um povo preto, que é um povo que mora em periferia, que é um povo pobre, que é um povo que incomoda, né, é um povo que incomoda nas ruas (Antiproibicionismo JAH, I.F.).

Outra relação que emerge em diversos momentos é a que associa as redes informais, ou ilegais, como consequência negativa direta provocada pela criminalização das drogas proscritas.

A partir do momento que é proibido, a gente alimenta um pequeno grupo que faz parte do tráfico, então o que promove a violência não é a droga, é o tráfico, é a proibição (Antiproibicionismo Jah, P.).

Quando eu entrei no grupo e comecei a lidar com as mães eu percebi que a grande maioria delas perderam os filhos por causa disso, por causa do tráfico, engraçado que não é uma coisa incomum é uma coisa que acontece o tempo inteiro, todo dia (Estado de Proibição, M.S.)

Aqui, percebe-se de forma reforçada a distribuição dos pólos que estão em disputa, permeado pelas relações que invariavelmente emergem em um cenário proibicionista, dando arcabouço para compreender as ideologias e projetos que são promovidos (e portanto devem ser combatidos) pela criminalização de certas drogas. Ou seja, por um lado uma rede de mulheres, que pode ser uma rede de mães, que vivem sob semelhante realidade social e sofrem violências e violações também semelhantes, localizando-as em dado lugar da estrutura social, e, por outro, uma relação de negação e oposição ao que vem dos lugares formais de autoridade, qual seja, o estado e suas instituições.

### **A construção de crenças (*bases ideológicas, projetos de sociedade e perspectivas em rede*)**

Por fim, a partir dos elementos que emergiram nas categorias anteriores, com as identidades demarcadas e as relações valorizadas, as ideologias embasam o pano de fundo em que emerge todos esses enunciados. Dessa forma, já é possível o mapeamento dos projetos de sociedade e das crenças culturais que são difundidos pelos grupos ora investigados.

O caminho natural que essa investigação percorreu foi, primeiramente, organizar a ideologia contra a qual se luta para passar à leitura e compreensão do novo projeto de sociedade que se pretende empenhar. Neste sentido, nos deparamos com a seguinte passagem:

Porque isso vem la de uma reparação da escravidão, entendeu?! porque o Brasil foi o ultimo pais a abolir a escravatura, porque negro tem que sempre viver na corrente, tem sempre que viver nos porões. Essa política, ela tem que ter outra forma de agir, dessa forma que eles fazem ta errada, dessa forma ta matando todo mundo e mata também policial (Estado de Proibição, M.C.).

Elas continuam:

A proibição em si, ela obviamente causa todos os problemas pro acesso recreativo... Ela é a mesma proibição que provoca tudo (Estado de Proibição, M.B.)

Neste contexto, a narrativa é categórica e o objetivo é claro, elas querem parar de morrer e de perder os seus filhos para o proibicionismo, como podemos verificar nos seguintes enunciados:

Eu então entreguei uma filha jovem, de 1,78, Ludmila, que era advogada... Eu recebi um saco de ossos carbonizados, que eu só assim vi o que fizeram com a Ludmila, quando eu tive que fazer a exumação do corpo (Estado de Proibição, Z.V.).

A escolha de usar o verbo *entregar* marca fortemente a intenção da enunciativa, na qualidade de sujeito passivo da ação, como se não tivesse alternativa de resistência à essa situação. Ainda sobre esse aspecto, se desdobra a percepção sobre a forte culpabilização da mulher, que emerge em várias falas e configura um dos motivos pelos quais essas mulheres se levantam e constestam a política posta.

Sempre culpabilizando também a mãe, a mulher, 'cadê a mãe desse menino?' 'onde é que ta a mãe desse menino?' (Estado de Proibição, F.A.S.).

Primeira coisa que você sente é culpa... Então alguma coisa eu fiz, eu não cuidei de tal forma, eu não fui na reunião da escola, enfim, todas as culpas do mundo é nossa (Estado de Proibição, M.C.).

Mas, afinal de contas, qual é o projeto de vida, de sociedade e de mundo que elas defendem? É pela vida das mulheres.

A mulherada tá com lugar garantido, é muito difícil mulher na política atualmente, atualmente e sempre né?! na história, na nossa história ocidental, as mulheres foram feitas pro espaço privado e ocupar o espaço público é difícil (Bloco Feminista da Marcha da Maconha, R.C.).

O machismo, né?! que é presente em toda sociedade, ele se reverbera em todos os lugares, inclusive dentro dos movimentos sociais e com a Marcha da Maconha não seria diferente. O corpo da mulher ele é historicamente muito dominado pela sociedade, né?! as proibições são muito mais fortes pras mulheres, então se os direitos ao prazer, que já legalizados para a sociedade como um todo são mais dificultados para as mulheres, o direito a fumar um beque que também deveria ser realizado pra todo mundo, também tem uma dificuldade maior pras mulheres com certeza (As Minas da Marcha da Maconha, R.C.).

É pela legalização das drogas para transformação da realidade.

Falando da legalização, eu acho que assim além da diminuição da violência nas comunidades como aqui em Peixinhos, eu acredito que vai ser muito beneficiada as pessoas para fazer uso medicinal (Estado de Proibição, F.).

Qual a polícia que vocês querem? Eu não quero que a polícia mate, mas também não quero que ela morra (Estado de Proibição, Z.V.).

É pela autonomia na atuação e articulação dessas mulheres.

Eu tenho que me manifestar de alguma forma, e eu ter a minha obrigação, eu não posso passar por tudo isso e ficar calada porque, tipo, não faz sentido eu me revoltar e ficar no meu canto, eu tenho que participar disso e manifestar isso e cobrar isso de alguma forma (Estado de Proibição, C.).

Quando você quer alguma coisa, você tem que lutar por aquilo que você quer, não adianta as pessoas lutar por você (Estado de Proibição, P.).

Assim, um novo projeto de políticas públicas sobre drogas inclui o fim do extermínio da juventude negra (tanto de policiais quanto de civis), o respeito, a visibilidade e a valorização do lugar político da mulher, a atenção voltada para saúde e redução de danos e pela descriminalização e regulamentação de todas as drogas. Assim, o projeto é por novas possibilidades de sociedade, quando, por exemplo, enxerga-se a proibição da maconha como instrumento para a criminalização das pessoas negras, manipulado historicamente, sobretudo, por um legislativo e judiciário branco, classista e racista, ou seja, que está ali para controlar e limitar o que for diferente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sendo esta uma pesquisa em estágio inicial, as análises preliminares que podem ser reveladas, a partir da atuação constante dessa pesquisadora no campo, entre o lugar de observadora e de participante, permitem perceber que, embora com divergências internas e em processo constante de reinvenção e redefinição, os movimentos antiproibicionistas dispensam limitações e rigidez e trazem a perspectiva de atuação em rede, onde se prioriza a colaboração horizontal com respeito aos “saberes localizados”, demonstrando, então, que dentre as múltiplas facetas assumidas pelos movimentos antiproibicionistas e seus distintos espaços de atuação

social, política e científica, seus princípios se relacionam estritamente com o projeto feminista de sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Wagner Coutinho e MACRAE, Edward (orgs.). **Fumo de Angola: cannabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade**. Salvador: EDUFBA, 2016.

BRANDÃO, Marcílio D. **Dito, feito e percebido: controvérsias, performances e mudanças na arena da maconha**. Tese apresentada ao PPGS-UFPE e à EHESS para obtenção do título de Doutor em Sociologia e de Doctorat em Sciences Sociales, em regime de co-tutela internacional, 2017.

CAMPOS, Natália de. **Militância, Organização e Mobilização Antiproibicionista da Maconha: Coletivos, eventos e Marchas em Natal (RN)**. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Natal/RN, 2013.

CARNEIRO, Henrique. Portais de Todo Prazer. In **Revista de História da Biblioteca Nacional**. Ano 10. Nº 110. SABIN: Rio de Janeiro, Novembro/2014. (p. 17-20).

CARVALHO, Virgínia Martirs, BRITO, Margarete Santos e GANDRA, Mário. **Mães pela cannabis medicinal em um Brasil aterrorizado entre luzes e fantasmas**. Fórum Sociológico, 30 | 2017, posto online no dia 30 dezembro 2017, consultado o 22 janeiro 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/sociologico/1747>. Acesso em: 30 jul. 2019.

CRUZ, Olga Souza e MACHADO, Carla. **Intervenção no fenômeno das drogas: algumas reflexões e contributos para a definição de boas práticas**. Psicologia vol.27 no.1 Lisboa 2013. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0874-20492013000100002](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492013000100002). Acesso em: 30 jul. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**. Publicação virtual: Lelivro, 2016. Disponível em: <https://coletivoanarquistalutadeclasses.files.wordpress.com/2010/11/mulheres-raca-e-classe-angela-davis.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2015**. Brasília:Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

ESCOHOTADO, Antonio. **Las Drogas: De Los Orígenes a La Prohibición**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

FAIRCLOUGH, Norman. **Language and Power**. London: Longman, 1989.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. [trad.] Izabel Magalhães. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2001.

FAIRCLOUGH, Norman; WODAK, Ruth. **Critical discourse analysis**. In Teun A. van Dijk (ed.), *Discourse as Social Interaction*. London: Sage, 1997.

F.B. **Mãe de jovem morto no Rio: “É um Estado doente que mata criança com roupa de escola”**. El País. Rio de Janeiro, jun. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/22/politica/1529618951\\_552574.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/22/politica/1529618951_552574.html). Acesso em: 30 jul. 2019.

FIORE, M. O lugar do Estado na questão das Drogas: O paradigma proibicionista e as alternativas. In: **Novos Estudos**. Cebrap, 92, Março - 2012.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. Foucault e a análise do discurso em educação. **Cadernos de Pesquisa** [online]. 2001, n.114, pp.197-223. ISSN 0100-1574. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742001000300009>. Acesso em: 30 jul. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. [trad] Luiz Felipe Baeta Neves. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FRANCO, Marielle. **UPP – A Redução da Favela a Três Letras**: Uma análise da política de segurança pública do estado do Rio De Janeiro. Dissertação de Mestrado em Administração. Universidade Federal Fluminense – Faculdade de Administração, Ciências Contábeis e Turismo. Niterói/RJ, 2014.

GABRIELLI, Cassiana Panissa. **Análise Crítica do Discurso E Teoria Feminista - Diálogos Frutíferos**. Anais do Seminário Mulher e Literatura - Gênero, Identidade e Hibridismo Cultural, do GT Mulher e Literatura da ANPOLL (Associação Nacional de Pós-Graduação em Letras e Lingüística), realizados nos dias 9, 10 e 11 de outubro de 2007, na Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus/Bahia. Disponível em: <http://www.uesc.br/seminariomulher/anais/PDF/CASSIANA%20PANISSA%20GABRIELLI.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

HARAWAY, Donna. **Saberes localizados**: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu* (5), 1995: pp. 07-41.

HARVEY, Brett. **The Culture High**. Documentário. 119 min. Estados Unidos, 2014.

HENMAN, Anthony Richard. A Guerra às Drogas é uma Guerra Etnocida. Comunicação apresentada no I Congresso da Internacional Cannabis Alliance for Reform, Amsterdã, 1980. *In* HENMAN, Anthony e PESSOA JR., Osvaldo. **Diamba Sarabamba** – coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986. (p. 91-115)

**Ilegal** – A Vida Não Espera. Direção: Tarso Araújo, Raphael Erichsen. 82 min. Brasil, 2014.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. **Boletim 267**. Editorial Revista Vexatória: o estupro institucionalizado. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/308-267-Fevereiro2015](https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/308-267-Fevereiro2015). Acesso em: 30 jul. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. Direitos Humanos, Laço Social e Drogas. *In* Conselho Federal de Psicologia. **Drogas, Direitos Humanos e Laço Social**. Brasília: CFP, 2013.

KILOMBA, Grada. **Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism**. Munster: Unrast Verlag, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/w3ZbQh>. Acesso em XXX

LAZAR, Michelle. **Politicizing Gender in Discourse: Feminist Critical Discourse Analysis as PoliticPrerspective and Praxis**. *In* LAZAR, Michelle (org.). **Feminist Geder Discourse Analysis: Gender, Power and Ideology in Discourse**. Nova York: Palgrave Mac Millan, 2004.

LEAL, Fabíola C. **Movimento Antiproibicionista no Brasil**: discursos de resistência. Tese (Doutorado)-Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. 2017.

LIMA, Paula Sophia Branco de. **Os feminismos e a crise do campo discursivo da esquerda**: reflexões sobre as práticas articulatórias do Campo Democrático Popular. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Recife/PE, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **O Que é Lugar de Fala?** Belo Horizonte: Letramento/ Justificando, 2017.

RIBEIRO JR., Antônio Carlos. **O Antiproibicionismo de Salvador/BA**: Uma análise de suas características, organização, trajetórias e projetos entre 2013 e 2016. Dissertação de Mestrado em

Políticas Sociais e Cidadania. Universidade Católica do Salvador – Superintendência e de Pesquisa e Pós-Graduação. Salvador/BA, 2017.

SEGATO, Rita Laura. **Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres**. Revista Sociedade e Estado, v. 29 – n. 2. Maio/agosto 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/287830519\\_Las\\_nuevas\\_formas\\_de\\_la\\_guerra\\_y\\_el\\_cuerpo\\_de\\_las\\_mujeres/download](https://www.researchgate.net/publication/287830519_Las_nuevas_formas_de_la_guerra_y_el_cuerpo_de_las_mujeres/download). Acesso em: 30 jul. 2019.

SESTOKAS, Lucia e OLIVEIRA, Nathália. **A Política de Drogas é uma Questão de Mulheres**. SUR 27 - v.15 n.27, p. 153 - 166 | 2018.

SILVA, Carmem S. M. **Feminismo Popular e Lutas Antissistêmicas**. Recife: Edições SOS Corpo, 2016.

VAN DIJK, Teun A. **Editorial: discourse analysis with a cause**. The Semiotic Review of Books, 1991, 2 (1): 1–2.

VAN DIJK, Teun A. **Principles of critical discourse analysis**. Discourse & Society, 1993, 4 (2): 249–83

VAN DIJK, Teun A. **Editorial: discourse analysis as social analysis**. Discourse & Society, 1994, 5 (2): 163–4.

VAN DIJK, Teun A. **Discourse, power and Access**. In Carmen Rosa Caldas- Coulthard and Malcolm Coulthard (eds), Texts and Practices: Readings in Critical Discourse Analysis. London: Routledge, 1996.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIDAL, Sérgio. A regulamentação do porte, cultivo e distribuição não comercial de cannabis sativa: um paradigma legal de redução de danos. In NERY FILHO, Antonio *et al* orgs. **Toxicomanias: Abordagens clínicas e sócio-antropológicas**. Salvador: Edufba, 2009. (p. 61-96)

# FILHOS DO CÁRCERE: UMA ANÁLISE ACERCA DA PRISÃO DE MULHERES GRÁVIDAS E A EXTENSÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA AOS FILHOS

**Graciella Cajé Dantas**

Graduanda de Direito do CESMAC-AL. Membro Associada do IBCCRIM. Membro do Grupo de Estudos Avançados IBCCRIM/CESMAC. Membro do Grupo de Estudos Biopolítica e Processo Penal UNIT/AL. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas em Gênero e Direito CESMAC/AL.

## FILHOS DO CÁRCERE: UMA ANÁLISE ACERCA DA PRISÃO DE MULHERES GRÁVIDAS E A EXTENSÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA AOS FILHOS<sup>1</sup>

**Graciella Cajé Dantas**

Graduanda em Direito (CESMAC-AL)

### INTRODUÇÃO

Em virtude de um crescimento vertiginoso do encarceramento feminino no Brasil, o estudo das mazelas do sistema prisional deve ter um espaço significativo na pesquisa empírica, tendo em vista que é por meio dela que surgem possibilidades de efetivação de políticas públicas atentas às necessidades cotidianas. A informação mais recente fornecida pelo Departamento Penitenciário Nacional, à época desta pesquisa, aponta que, entre os anos de 2000 a 2016, a taxa de aprisionamento feminino cresceu 455% no país (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 13-14).

Diante dessa situação de encarceramento massivo, adveio a ideia de pesquisar acerca dos filhos do cárcere, tecendo uma análise sobre a prisão de mulheres em estado gravídico e a respectiva convivência materna após o nascimento das crianças.

É largamente perceptível que o Estado não demonstra, até então, estar preparado para sanar as necessidades que o encarceramento em massa acarreta, sobretudo, em relação à convivência familiar. Assim, não apenas as mulheres condenadas acabam sofrendo com as consequências da falta de liberdade; como, por corolário, todo o bojo familiar é desestruturado.

A falta de cuidados médicos com as mulheres grávidas provoca sérios traumas físicos, psicológicos e morais, cujas consequências não são facilmente superadas. O cárcere deve, além de funcionar como meio de punição e prevenção contra o cometimento de novos crimes, ser responsável pela ressocialização do indivíduo infrator.

Ao longo deste trabalho, serão apontados breves relatos de mulheres cujos direitos foram violados e, como consequência, os prejuízos que, de forma direta ou indireta, foram sentidos por seus filhos. Vale frisar que tais relatos são oriundos de leituras e pesquisas bibliográficas e não do contato pessoal com as presas, cujas histórias serão abordadas. Sob o olhar jurídico, será analisado o teor das Leis 13.257/2016 e 13.769/2018, que contêm importantes regramentos, capazes de repercutir diretamente na discussão aqui disposta.

Diante do tema apresentado, faz-se necessário trazer à tona o seguinte problema: qual a realidade dos filhos de mulheres privadas de liberdade e como essas mulheres em estado gravídico ou puerperal são tratadas dentro do cárcere, local onde, em tese, devem estar amparadas pela tutela estatal?

---

<sup>1</sup> Este artigo corresponde ao Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora no Centro Universitário CESMAC/AL, em 2019.2, de forma reduzida e adaptada.



Nesse diapasão, o objetivo geral desse projeto é demonstrar os problemas internos que existem dentro do sistema carcerário feminino, apresentando, como já explicado alhures, as violações cometidas em desfavor dessas mulheres e como essa problemática afeta e acaba sentenciando também seus filhos.

Insta informar que a metodologia a ser adotada baseia-se em uma pesquisa qualitativa e exploratória, de maneira que, utilizando-se do método indutivo, serão analisados prioritariamente a legislação vigente, bem como livros, artigos científicos e demais doutrinas acerca do tema.

Finalmente, o presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira apresenta o contexto mais genérico das principais características que circundam o sistema prisional feminino, apontando, para isso, as especificidades que o acometem.

A segunda seção, tecendo uma abordagem mais específica, dedicar-se-á à análise da mulher no cárcere. De plano, será posta uma explanação acerca do perfil da mulher encarcerada, mostrando, assim, quais são os principais traços que lhe são inerentes e como esses atributos refletem no tratamento a que são submetidas, bem como a maneira em que se dá uma transcendência velada da pena às relações familiares.

Em sequência, a terceira seção destina-se a análise de alguns dispositivos jurídicos, entre eles, as modificações trazidas pelas Leis nº 13.257/2016 e nº 13.769/2018, que inovam o ordenamento pátrio, sobretudo, aduzindo às atualizações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ao Código de Processo Penal e à Lei de Execução Penal. A decisão disposta no Habeas Corpus Coletivo 143.641 também deve ser alvo de estudo. Por fim, a intenção perseguida nesta seção é estabelecer considerações pertinentes acerca da concessão de prisão domiciliar.

## **A CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO**

Costuma-se pensar num procedimento relativamente simples, no tocante ao encarceramento. No entanto, o trâmite processual perpassa por aspectos importantes a serem considerados, tendo em vista que a pena não pode ser entendida como um remédio aplicado a uma doença sanável de forma taxativa. Aqui, não se pretende negar a necessidade do cárcere, mas suscitar suas deficiências.

O processo de encarceramento retira muito mais do que somente a liberdade de ir e vir do indivíduo. No caso das mulheres encarceradas, os prejuízos são ainda maiores, tendo em vista a forte presença de um sistema patriarcal, bem explicado por PIMENTEL (2017, p. 175):

No cotidiano das prisões femininas brasileiras, as marcas do sexismo patriarcal estão evidenciadas em diversos aspectos que representam um amplo projeto de deterioração das identidades das mulheres, no sentido atribuído por Goffman (2004). Assim, logo na chegada, as mulheres deixam suas roupas e adereços e passam a usar o fardamento da unidade prisional. Cortam as unhas e são orientadas a manter os cabelos presos. A vaidade, no sistema prisional, certamente representa perigo.

[...] No interior das prisões, as relações homoafetivas são cuidadosamente controladas por gestores, o que revela mais uma face nefasta do controle patriarcal sobre corpos femininos.

Assim, diante de uma sociedade eminentemente patriarcal, os estabelecimentos prisionais femininos não deixam de sofrer, além da segregação em si, com um processo de mortificação (GOFFMAN, 1961) e degeneração (FRANÇA JÚNIOR, 2015, p. 88) sobre o qual os encarcerados gradativamente perdem sua personalidade e identidade próprias.

A estrutura física e organizacional dos presídios femininos denota a ideia supramencionada. Os trabalhos realizados nos estabelecimentos masculinos e femininos traduzem também a mesma situação, posto que as mulheres desenvolvem, na maioria das vezes, todo o trabalho de cozinha, faxina, costura, bordados, artesanatos e outros (PIMENTEL, 2017, p. 176), o que, em regra, não costuma acontecer com os homens.

O artigo 77, §2º, da Lei de Execução Penal preleciona que nos ambientes de privação de liberdade feminina apenas são permitidos os trabalhos de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de apoio especializado (médico ou dentista, por exemplo). Ocorre que, em verdade, esta é outra violação que faz parte do cenário feminino, já que comumente existem agentes penitenciários do sexo masculino em prisões femininas.

Aliada a essa problemática, a ideia punitivista agrava ainda mais o cenário do cárcere. A eficácia desse aporte punitivista até poderia ser comprovada com um binômio inversamente proporcional, visto que, enquanto o número de presos cresce vertiginosamente, a criminalidade deveria paritariamente diminuir. Entretanto, isso não é o que vem ocorrendo. Para FRANÇA JÚNIOR (2015, p. 91), “os números, pelo menos, nunca confirmaram a tese de que prender é medida eficaz na redução das taxas de criminalidade e do arrefecimento da sensação de insegurança”. O Brasil, ocupando a terceira posição no ranking da maior população carcerária do mundo, segue com o número de presos crescendo em 8,3% ao ano, segundo dados do DEPEN (BARBIÉRI, 2019), ao tempo que a criminalidade não vem sofrendo quedas significativas.

Um fator que não pode ser deixando de lado nessa análise é a aproximação de práticas punitivas aos discursos populistas, que vêm se disseminando cada vez mais, dada a facilidade dos meios de comunicação de massa. Os discursos acabam por funcionar como anseios sociais, desprovidos de carga empírica, que legitimam – e reproduzem – políticas públicas problemáticas.

Para além, é natural que, quando privadas de liberdade, as mulheres passem por um processo de aceitação de sua nova condição, afinal, a prisão é um castigo muito árduo a ser encarado. A distância abrupta com a família, a alimentação precária, a mudança súbita de rotina, a falta de liberdade, a ausência de lugares abertos e de contato com o público, a tensão menstrual, entre outras circunstâncias acabam gerando sentimentos de tristeza, depressão e solidão nas presas. Como forma de solução rápida, os profissionais de saúde nos presídios – quando existentes – optam por fornecer medicamentos psiquiátricos, que acabam se tornando um meio de fuga da realidade. É, nesse momento que surge, então, um ciclo vicioso.

Para QUEIROZ (2019, p. 147), “dopar as presas é um artifício para controlar a falta de pessoal capacitado para lidar apropriadamente com problemas emocionais e psicológicos”. A autora alude, ainda, que a falta de apoio técnico nos estabelecimentos penais, no Brasil, ocorre em grandes proporções, apontando que destes, apenas 05 são habilitados para acolher mulheres com problemas mentais. Em números, afirma que existem apenas 175 leitos psiquiátricos, cerca de 1.300 psicólogos e 270 psiquiatras para lidar com um quantitativo de 550.000 presos – entre homens e mulheres.

Diante do exposto, é preocupante a falta de cuidados psicológicos adequados voltados às presas, tendo em vista que é dever do Estado promover o acesso da população à saúde em tempo oportuno. Assim, a fragilidade da mente humana, quando posta em situações de extrema solidão, é um fator capaz de desencadear uma série de outras problemáticas, como a depressão, os instintos suicidas, a agressividade, a tristeza e vários outros sintomas. É sabido que um remédio, quando não ministrado de maneira precisa por médicos especializados, pode causar efeitos adversos no organismo – o que não se pretende. Nesse trilhar, QUEIROZ destaca-se a história da detenta Júlia (2019, p. 148-149):

Como muitas detentas, Júlia nunca tinha tomado remédios controlados na vida. E começou com um ansiolítico, o diazepam, e o olanzapina, medicamento forte e relativamente caro usado no tratamento de esquizofrenia. O efeito deste último em Júlia foi exatamente o oposto do esperado.

— Eu tive crise depressiva, umas coisas que nem entendi. Na Penitenciária Feminina da Capital eu fiquei quase doidona, quase fui pro manicômio. Você sente uma tristeza que não sabe da onde vem. Eu virei um monstro. Via bichos na minha frente quando eu tomava o remédio. Ficava louca, louca, louca... Tremia o pavilhão inteiro, xingava guarda, mordida presa. Quebrava a cela todinha. Me cortei.

Júlia tomava três diazepam por dia, ao acordar, após o almoço e no meio da tarde. Juntava comprimidos para não correr o risco de ficar sem. Foi então que uma guarda chamada Valéria passou a fazer as entregas na cela de Júlia. Dava a ela comprimidos de farinha ou dor de cabeça dizendo que eram ansiolíticos, e ela ficava igualmente calma. Quando sentou com Júlia e contou a ela o que estava fazendo, a moça entendeu que estava viciada.

O vício – não apenas em medicamentos, mas de forma geral – é a própria resposta do organismo a uma condição continuada na vida do ser humano. Ademais, os apontamentos acima referem-se às mulheres de forma generalizada dentro do sistema prisional, quando se faz um recorte específico de gestantes e lactantes, o cenário é um pouco pior.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres de 2018, fornecido pelo do DEPEN (2018, p. 29), no Brasil, existem apenas 55 unidades prisionais que tem cela/dormitório adequado para gestantes, o que corresponde a 16%. A mesma fonte indica, nesse mesmo sentido, que apenas 14% das unidades, sejam exclusivamente femininas ou mistas, possuem berçário e/ou centro de referência materno-infantil, destinados às crianças de até 02 anos de idade. Unidades que tem creches, destinadas às crianças acima de 02 anos, somam um total de somente 3%.

É conclusivo, portanto, que os estabelecimentos não estão prontos para receber o ceio familiar da reclusa. Não há espaço adequado nem para metade das necessidades de se abrigar os filhos das presas, tampouco para amparar a gestação de mulheres grávidas ou puerpélias.

## **A MULHER NO CÁRCERE: O PERFIL DA PRESA**

Após ter feito notas acerca da conjuntura do cárcere de forma mais abrangente, a partir de agora, este artigo dedicar-se-á a maternidade de maneira mais específica e pormenorizada, analisando o perfil geral das mulheres e o contexto particular da gravidez. Ao final, serão trazidos estudos críticos de diplomas legais pertinentes ao assunto.

Segundo dados do INFOPEN Mulheres (DEPEN, 2018, p. 14), desde os anos 2000 até junho de 2016, o número de mulheres presas atingiu a marca de 42.000, o que representa um crescimento de 656% durante o período apontado (no início dos anos 2000 apenas 6 mil mulheres encontravam-se reclusas).

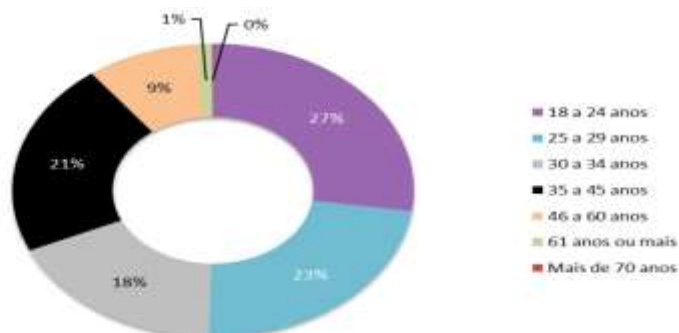
Embora essa quantidade esteja bem abaixo do número de homens encarcerados, é significativo indicar que o aumento feminino é muito maior do que o masculino, tendo em vista que, no mesmo lapso temporal, a população carcerária masculina cresceu no montante de 293%. Ambos trazem índices altíssimos e, portanto, preocupantes. Sem embargo, o percentual de aumento carcerário feminino corresponde a quase o dobro do crescimento masculino.

Aqui, faz-se necessário lembrar que, do início dos anos 2000 até o presente momento, a sociedade brasileira passou por diversas mudanças – como o aumento da taxa de natalidade, por

exemplo – que ajudam a justificar esse crescimento carcerário. No entanto, percentuais tão altos não devem ser ignorados ou relegados para um segundo plano, dado seu grave impacto social.

Em sua maioria, as mulheres presas são jovens, mães, negras, pobres e de baixa escolaridade, tendo, geralmente, idades que variam entre 20 e 35 anos (VINGERT, 2015, p. 19). De acordo com os dados fornecidos pelo INFOPEN (DEPEN, 2018, p. 37-38), 50% da população carcerária feminina é composta por jovens de até 29 anos de idade, tal como é possível visualizar pelo gráfico abaixo:

Imagem 1 – Gráfico



Fonte: CNJ

No tocante à escolaridade, 45% das mulheres têm ensino fundamental incompleto (DEPEN, 2018, p. 43), o que corresponde a grande maioria. Esse é um dos motivos que as afastam de um conhecimento mais acurado e preciso acerca do teor do seu processo, posto que as minúcias dos autos carregam consigo uma linguagem própria, cujos termos técnicos são de difícil compreensão.

Comumente, as pessoas presas não conseguem facilmente entender como ocorre o mecanismo de progressão do regime, a liberdade condicional, a fundamentação que direcionou o juiz a aplicar o *quantum* da pena ou, ainda, os direitos de trabalho e visitação de que dispõem dentro do cárcere.

Outrossim, a despeito do que a massa midiática dissemina, poucos são os crimes cometidos contra a vida ou contra a pessoa, quando comparados com os demais tipos penais que assolam as prisões. Segundo o INFOPEN Mulheres (DEPEN, 2018, p. 53-54), a cada 5 mulheres presas, 3 respondem por crimes relacionados ao tráfico de drogas<sup>2</sup> (o que corresponde a 62% dos crimes).

Mulheres encarceradas são também extremamente solitárias. Além do afastamento dos companheiros, que, em sua maioria, as abandonam pelo período em que perdurar a privação de liberdade, as mulheres sofrem com a ausência dos filhos, pais e demais parentes com quem conviviam com frequência antes da prisão. Nesse contexto, as visitas que elas recebem limitam-se, normalmente, a uma por semana (excetuadas as visitas do defensor).

Sob esta senda, a Lei de Execução Penal estabelece que “cada comarca terá, pelo menos 01 cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar”. Essa disposição tem o objetivo de garantir a permanência da família do preso em lugares próximos ao que ele esteja cumprindo pena, a fim de viabilizar as possibilidades de visita. Entretanto, na prática, não é o que ocorre. Muitas comarcas, sobretudo as interioranas, não tem qualquer estabelecimento prisional.

<sup>2</sup> Para a realização do cômputo dos tipos penais pelo INFOPEN Mulheres de 2018, o DEPEN considera tráfico de drogas todos os crimes dispostos no artigo 12 da Lei 6.368/76 e no artigo 33 da Lei 11.343/06, além da associação para o tráfico e o tráfico internacional de drogas. Cf. DEPEN, 2018.

Imagina-se que a distância com a família, que nem sempre tem condições financeiras para o deslocamento (ou, quando tem, falta disponibilidade de tempo durante os dias de visitas, que geralmente ocorrem durante a semana), desperta nas presas sentimentos ainda maiores de solidão e abandono.

A cessação da liberdade acaba retirando a mulher de todo o seu convívio pretérito e alocando-a em um ambiente, num primeiro momento, inexplorado, com pessoas desconhecidas, sobretudo, quando estão em comarcas mais distantes. Acerca desse sentimento de segregação, comenta GABRIELLI BILIBIO (BILIBIO [et al], 2017, p. 320):

Ela apresenta um vínculo tão forte com a família que prefere permanecer em uma cadeia pública, insalubre, superlotada e inabitável, mas com chance de receber a visita de sua família e filhos, a ir para uma penitenciária distante, onde poderia eventualmente ter acesso à remição da pena por trabalho ou estudo, e a cursos de profissionalização, além de encontrar melhores condições de habitabilidade.

Dessa maneira, não é possível afirmar que a legislação pátria caminha em direção mais favorável ao réu ou ao investigado. Sem embargo, essa seção se propôs a analisar o perfil da mulher encarcerada, trançando, para tanto, os elementos mais intrínsecos e que integram a sua essência no cumprimento da pena. Adiante, será analisado o contexto da maternidade.

## A maternidade no cárcere

A gravidez, naturalmente, exige que cuidados especiais sejam dirigidos à mulher. Pode-se destacar que, entre os cuidados básicos, incluem-se a boa alimentação, a habitação em lugar salubre, arejado e devidamente limpo, a realização de exames periódicos e pré-natal.

Quando a grávida é, no entanto, uma mulher privada de liberdade o Estado deve obrigatoriamente assumir para si o papel de responsabilidade pela saúde e bem-estar de ambas as vidas. Para isso, é necessário ter atenção à especificidade de gênero, posto que a Constituição Federal ao trazer o Princípio da Igualdade (disposto no artigo 5º) alude à uma paridade de natureza material. Isso quer dizer que o que deve ser perseguido é a igualdade real, observadas às necessidades individuais e coletivas, e não a igualdade formal. Por conseguinte, as exigências de estabelecimentos penais femininos são distintas de estabelecimentos masculinos.

Além do pré-natal, existem alguns cuidados que devem ser observados e resguardados às mulheres cuja maternidade tenha se dado no cárcere. A estrutura física dos presídios deve comportar o aleitamento materno, pelo menos, entre os 06 primeiros meses de vida da criança, berçário, unidade de atendimento médico básico e alojamento conjunto, que permita a permanência no recém-nascido junto à mãe (artigo 10, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nesse sentido, à criança deve ser oportunizado o direito ao Cartão de Vacinação e ao Registro Civil, além dos suprimentos essenciais ao seu regular desenvolvimento. O artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado em 2016 pela Lei 13.257, alude que:

Art. 8º. [...]

§ 4º Incumbe ao **poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal**, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a **gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade**.

[...] § 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob **custódia em unidade de privação de liberdade**, ambiência

que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. (grifos nossos).

A lei, por conseguinte, deixa bastante clara a obrigação de extensão de todos os cuidados também às mães que se encontrem privadas de liberdade. Afinal, o único direito que a pena de prisão deve suprimir de qualquer indivíduo é a liberdade de locomoção, de maneira que todos os demais devem ser assegurados integralmente. Essa rede de proteção à maternidade é esculpida também pela Constituição Federal, desde 1988, quando já assegurava o direito de mães presas amamentar seus filhos: artigo 5º, inciso L, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Nesse mesmo sentido, a Lei de Execução Penal prevê condição semelhante, em seu artigo 83, §2º, que foi alterado em 2009, pela Lei 11.942. A redação anterior não incluía a parte final em que é assegurada a amamentação pelos seis primeiros meses de vida da criança. Atualmente, lê-se: “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive **amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade**” (grifos nossos).

Corroborando, ainda, essa dualidade de direitos – tanto no tocante aos cuidados dedicados às mães quanto à proteção da criança –, o artigo 89 da Lei de Execução assegura que as penitenciárias femininas deverão ser dotadas de “seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos”. Essas seções referem-se às salas especiais destinadas à berçários e creches, cujo fito é manter uma interação minimamente adequada à relação materno-infantil.

Adiante serão abordadas questões significativas quanto à concessão de prisão domiciliar em casos especiais, no entanto, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente já garante a aproximação da criança com os pais privados de liberdade, por meio de visitas periódicas, independente de autorização judicial (artigo 19, §4º).

Ressalta-se, por oportuno, que todos esses citados dispositivos legais devem ser lidos e analisados em conjunto, e não de maneira isolada, tendo em vista que formam um conjunto uno no ordenamento jurídico, capaz de criar uma rede de proteção à maternidade. Ademais, cada legislação alude a um determinado ângulo de perspectiva.

Outrossim, o acompanhamento médico durante toda a gravidez é direito da mãe e dever do Estado. Ocorre, apesar disso, que a realidade nas penitenciárias não traduz exatamente essa perspectiva. Em regra, não há qualquer atendimento especializado e pormenorizado ou feita de pré-natal. Algumas presas, inclusive, descobrem que são portadoras de HIV e/ou de outras doenças sexualmente transmissíveis no momento do parto (THOMAS; RIBAS; BIRCK, 2017, p. 239).

Não obstante, a legislação tem se mostrado comprometida em minimizar alguns desses impasses, frente às obrigações estabelecidas pelo Brasil em acordos, tratados e convenções, dos quais seja signatário. As Regras de Bangkok<sup>3</sup>, por exemplo, asseguram que algemas não podem ser utilizadas no momento do parto, a despeito da seguinte redação: “instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 25).

Em âmbito nacional, a Lei 13.434/2017 alterou o artigo 292 do Código de Processo Penal, para também assegurar a vedação do “uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos

---

<sup>3</sup> As Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras) foram traduzidas e publicadas pelo CNJ, em 2016. Cf. Conselho Nacional de Justiça (2016).

médico-hospitalares preparatórios para o parto e durante o trabalho de parto”, além da proibição no momento imediatamente posterior ao parto.

Sem embargo, a realidade é bem diferente. Nenhuma das normatizações aqui elencadas foi observada no caso de Gardênia, nome fictício usado por NANA QUEIROZ (2019, p. 71) para contar histórias reais, ocorridas não excepcionalmente nos presídios do país:

Quando a polícia finalmente pôs as mãos em Gardênia, ela estava já com a gravidez avançada. Não que isso, em momento algum, tenha lhe rendido tratamento especial. Quando foi detida, Gardênia foi jogada com violência dentro da viatura e teve uma bolsa pesada atirada contra sua barriga. [...]

Quatro dias depois de chegar à delegacia, a pressão emocional e as más condições adiantaram o parto em dois meses. [...]

Gardênia ganhou, no grito, o direito de dar à luz no hospital. E foi muito bom que tenha feito assim porque Ketelyn nasceu com hiperglicemia e precisou ficar em observação. Mesmo nessas condições frágeis de saúde, só permitiram que Gardênia amamentasse a filha uma vez por dia. [...]. Ela [Gardênia] teve que voltar à cadeia e se reacostumar a dormir no chão de higiene duvidosa da delegacia. Em pouco tempo, seus pontos inflamaram. Doíam tanto que não conseguia andar direito. Chegou a ir ao hospital, onde lhe receitaram vinte injeções de anti-inflamatório. Levaram-na pra tomar duas delas e depois não levaram mais. Não tinha viatura, não tinha policial, sempre havia uma desculpa. Concluiu que era má vontade e não adiantava insistir. Teve que sarar com as duas que tomou mesmo.

Como Gardênia, existem muitas Marias, Joanas e Carolinas, presas e grávidas nas penitenciárias do país. Estima-se que, pelo levantamento nacional realizado pelo DEPEN (DEPEN, 2018), no Brasil, em junho de 2016, existiam 536 mulheres gestantes e 350 lactantes. Destas, quantas, no entanto, tiveram seus direitos efetivados? Poucas.

Ora, se o próprio Departamento Penitenciário – ainda no mesmo levantamento – reconheceu que apenas 50% das unidades têm celas adequadas para o cumprimento da pena dessas mulheres, falta-lhes o mínimo.

Vale ressaltar que, os dados acima expostos, fornecidos pelo DEPEN, em 2016 são bastante dispares quando comparados com os fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, oriundos do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, em agosto de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). O CNJ aponta um total de 151 presas grávidas e 65 lactantes, em setembro de 2019, um número demasiadamente menor do que os fornecidos pelo DEPEN em 2016.

Tendo em vista o crescente número de mulheres encarceradas, como já exposto alhures neste trabalho, não se acredita, portanto, que os dados fornecidos pelo CNJ sejam fidedignos, de forma que não correspondem ao exato número observado na realidade carcerária. Isso não se deve pela falta de perspicácia do órgão; muito pelo contrário, o CNJ tem paulatinamente desenvolvido programas que – realizados os devidos monitoramentos e manutenções – buscam estudar e efetivar mecanismos de melhorias para o sistema carcerário. Não obstante, a alimentação desses bancos de dados depende de informações cedidas por cada estado da federação acerca dos seus quantitativos, o que nem sempre ocorre com exatidão.

Ademais, os dados de prisão domiciliar nesses casos não constam no cadastro do CNJ. O que se pretende, porquanto, não é mensurar um quantitativo exato, tendo em vista a dificuldade de se chegar a esse denominador, mas tão somente mensurar uma média numérica.

Para além, dentro da maioria dos estabelecimentos prisionais, e, no lapso temporal em que estão privadas de liberdade, as mulheres não têm assistido plenamente o seu direito à visita íntima. Quando há, no entanto, existe a necessidade de que os companheiros comprovem que são

casados, vivem em união estável ou possuem filhos em comum com a presa, a fim de, assim, estabelecer a comprovação de vínculo sólido. Essa formalidade burocrática, na prática, varia a depender da unidade. A administração de alguns estabelecimentos exige a comprovação do vínculo por meio de certidão de casamento ou certidão de nascimento de filhos em comum, por exemplo, excluindo quaisquer companheiros que não se encaixem nesses requisitos. Por outro lado, há presídios em que a administração nada investiga.

De uma forma ou de outra, não é facultado às mulheres encarceradas o direito de engravidar (HELPEZ, 2014, p. 97) (QUEIROZ, 2019, p. 234). Mesmo quando são permitidas as visitas íntimas, injeções contraceptivas são aplicadas nas presas, ainda que sua vontade seja divergente. Dessa maneira, elas não podem decidir sequer sobre seu corpo e seu futuro, ou, sobre qual método contraceptivo adotar ou, ainda, o tempo em que querem engravidar. Nesse trilhar, vez ou outra, é comum que aconteçam abortos clandestinos dentro do sistema (ZANINELLI, 2015).

Todo esse contexto, conspira a favor da mortificação (GOFFMAN, 1961) e despersonalização da mulher, enquanto ser individual e de personalidade única. Na situação das mulheres grávidas, alguns ativistas e estudiosos têm feito sugestões acerca da prisão domiciliar para mães que possuam filhos de até 01 ano, como cita Nana (QUEIROZ, 2015, p. 117):

Recentemente, alguns ativistas têm sugerido que as mães de bebês até um ano fiquem em prisão domiciliar, com tornozeleiras eletrônicas, enquanto amamentam. Assim, a criança vive em um ambiente mais saudável, não perde em vivência familiar e pode ser levada a passeio por parentes e vizinhos com mais facilidade. Ao fim do período, a mãe voltaria a cumprir pena em regime fechado, se assim determinasse sua sentença.

A preocupação, em contrapartida, é que mulheres condenadas engravidem apenas para ter o benefício da prisão domiciliar. Não que não seja uma inquietação válida de ser ponderada, mas acredita-se que o pensamento não seja esse. Além do abandono afetivo vivenciado por essas mulheres, a figura materna na grande maioria dos casos imbui nas mulheres um sentimento de cuidado e preocupação com a criação dos filhos. Elas mesmas sabem que a persecução penal não deve e não pode repercutir nos menores, sobre os quais essas mulheres nutrem amor e responsabilidade afetiva. Sobre esse assunto, mais considerações serão feitas adiante neste trabalho.

Por fim, mulheres encarceradas, sobretudo as grávidas e lactantes, vivem grande pressão psicológica – e muitas vezes física –, de ordem moral e social que reverberam no seu convívio e no contato com os próprios filhos que, quase que inevitavelmente, sofrem as dores das mães. São os filhos do cárcere!

## **A sentença dos filhos**

Prioritariamente, o que deve ser dito é que os filhos das mulheres encarceradas nada fizeram para cumprir pena, portanto, não o devem fazer, sob hipótese alguma. A permanência de crianças no cárcere deve ser cautelosamente verificada, afinal, ela deve acontecer com o fito exclusivo de manter o vínculo materno nos primeiros meses de vida da criança, de forma que sua amamentação seja resguardada e seu laço com a mãe não seja desfeito de maneira abrupta.

Além das já citadas legislações, existe ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tece diretrizes fundamentais acerca da Proteção Integral de menores, estabelecendo como direito fundamental o convívio familiar e comunitário, sem discriminação (artigo 16, inciso V).

É certo que o cárcere não é, e nem poderia ser, um local adequado ao melhor desenvolvimento de crianças e adolescentes. Contudo, na primeira infância, mais notadamente nos primeiros meses de vida, a criança necessita de leite materno e de fortalecimento do vínculo



com a mãe. Como exposto anteriormente, as penitenciárias que acolhem mulheres devem ser dotadas de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive, amamentá-los por, no mínimo, 6 (seis) meses.

A seguir será destacada a história de Francisca e da sua filha Cássia, nomes também fictícios trazidos por NANA QUEIROZ (2019, p. 115):

Grades e jaulas fazem parte do pequeno mundo de Cássia, são tudo o que ela conhece. Sua mãe, Francisca, foi detida ainda grávida, no Rio Grande do Sul, e deu à luz na Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba. Cássia nasceu presa, como centenas de outros bebês brasileiros. [...]

Cássia era uma menina arredia, distante, que chorava muito e não gostava de interagir com ninguém. Sua existência era limitada àqueles poucos metros quadrados e ela não conhecia a própria família.

Francisca era tão pobre que não conseguiu contatar os parentes quando foi apreendida. Sabia onde eles moravam, mas lá não chegava correio e não havia telefone. Ela nunca recebera uma visita e nem tinha certeza de que a família sabia que tinha tido uma filha. [...] Dez meses depois, finalmente, a direção do presídio resolveu colaborar para que ela entrasse em contato com os parentes. A pequena Cássia, então, conseguiu sair em seu primeiro passeio com a avó. Conheceu os irmãos, a família, parques e ruas. Ficou fora por uma semana inteira.

A mãe, que não aguentava mais de saudades, ficou boquiaberta com a filha que recebeu de volta. Agora, Cássia pede colo para as outras presas e carcereiras, aprendeu a bater palminhas e sorri de maneira gratuita e espontânea. Aquela criança tímida e rígida estava socializada.

Apesar das dificuldades e dos incontáveis obstáculos à criação de Cássia, sobretudo, nos seus primeiros anos de vida, a estrutura da Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba, na qual sua mãe estava detida, foi capaz de lhe proporcionar um ambiente minimamente razoável ao seu desenvolvimento, conjugando o contato com a mãe no presídio e o convívio com parentes, no meio externo. Acredita-se que essa seria a forma menos traumática de lidar com a situação, posto que, de fato, os estabelecimentos penais não devem ser os únicos círculos de convivência da criança.

É perceptível, no caso narrado, que a saída da filha de Francisca da prisão foi fundamental para sua melhor interação social, fazendo-a conhecer uma série de novas formas de interagir e se desenvolver. Além disso, vislumbrar locais como parques e ruas são gestos aparentemente simplórios, que fazem parte do dia a dia de grande parte das crianças e que auxiliam, direta ou indiretamente, no seu crescimento. São práticas como essa que, quando bem articuladas, podem ser eficazes para lutar contra o problema no cárcere.

A ruptura do contato materno não se deve dar de maneira abrupta, mas também não se sabe com exatidão como e quando ela deve acontecer, tendo em vista que existe uma ponderação de diversos fatores sociais que não são precisos.

Sem embargo, nem sempre há a devida preocupação com o cuidado e a proteção de crianças, quando seus pais e/ou responsáveis estão em situação de privação de liberdade ou em sua iminência. De forma geral, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que seja concebida uma rede aceitável de tratamento direcionada aos filhos sentenciados. Em uma outra perspectiva totalmente diferente da história de Francisca (2019, p. 118-119), Nana traz a seguinte narrativa de Tamyris:

Já Tamyris foi presa com Luca no colo, aos três meses e meio. Com ela, no aeroporto, foi apanhado mais um traficante. Na viatura meteram os três e distribuíram porrada sem discriminar em quem. Sobrou até para o pequeno Luca, que foi acertado na lateral do

olho, que sangrou e inchou. Ele não entendia por que havia apanhado, só chorava desconsoladamente no colo da mãe, como quem pergunta “mamãe, por que deixou isso acontecer comigo?”. Tamyris, que tinha apenas 20 anos à época, quase definhou de culpa. [...] Luca não sorria. [...]

Nada atraía a simpatia do garoto. Por pouco Tamyris não perdeu a guarda do filho. Poucos dias antes que ele completasse um ano e fosse enviado à família ou a um abrigo, porém, ela foi julgada e transferida para prisão domiciliar com Luca, em Goiás.

Ocorre que, lamentavelmente, esses não são relatos incomuns no cotidiano dos demais estabelecimentos penais ao redor do país. Para compreender o agigantamento dos filhos do cárcere, que vivem numa total situação de sofrimento e desgaste psicológico, é preciso um olhar atento e reflexivo, no que tange aos seus direitos fundamentais.

A mais disso, não se pode fomentar a convicção de que existem soluções mágicas, que funcionarão de uma hora para outra, nem tampouco retroagirmos ao período das políticas públicas repressivas e cada vez mais punitivistas, já superadas ao longo da história, por razões de ineficácia e desproporção.

Uma questão de grande relevância para este estudo é justamente o período de separação da mãe e do seu filho. Trata-se de um momento delicado e que causará, comumente, sofrimento a ambos ou, quando menos, consequências futuras de adaptação e socialização. O ideal era que houvesse a continuidade do contato materno, posto que, ainda que presa, uma mulher não deixa de ser mãe por essa razão. Entretanto, podem também ser ponderadas as possibilidades de criação do filho fora da prisão pelo outro cônjuge, se não preso, por outros familiares (como avós e tios, por exemplo) ou por outra família, por meio da adoção (em último caso e de acordo com a vontade dos pais biológicos).

De plano, cumpre esclarecer que, via de regra, a condenação penal não gera a perda do poder familiar, ou seja, ainda que crianças e adolescentes possuam pai ou mãe presos, os ascendentes continuam detendo a guarda de seus filhos (exceto em circunstâncias excepcionais). Portanto, em primeira análise, é estabelecida a prioridade da criação e do cuidado pelos próprios pais. Entretanto, quando efetivamente não houver essa possibilidade, é possível que a guarda seja transferida para outra pessoa habilitada e capaz, tanto por determinação judicial, quanto pela vontade dos próprios pais.

Para o deferimento da guarda, é necessário que sejam analisadas todas as circunstâncias que circundam os melhores interesses da criança e do adolescente, frente aos princípios elencados pelo ECA e pela Carta Magna. E, ainda assim, caso a guarda seja concedida, o direito de visita pelos pais não se resta impedido, seja dentro ou fora dos estabelecimentos penais.

Nesse contexto, frise-se que, de acordo com a legislação pátria, existem três modalidades de colocação de menores para a criação em famílias substitutas (o que se configura como exceções à permanência com os pais), quais sejam a guarda, a tutela e a adoção.

Nos casos supra narrados, de mães encarceradas, pondera-se a guarda e a adoção; a primeira em caráter temporário, e a segunda, em definitivo. A guarda, em suma, é a transferência dos cuidados da criança e/ou do adolescente para pessoa capaz e comprometida a mantê-los bem, pelo período em que perdurar o afastamento dos pais. Nesse caso, a guarda, pode inclusive, ser decretada pelo juiz, ainda que distinta seja a vontade da mãe, desde que verificadas as circunstâncias reais e às necessidades do menor.

A adoção, por outro lado, sempre depende do consentimento de ambos os pais biológicos (ou, na ausência de um deles, apenas do outro); isso porque a adoção é, em regra, ato irrevogável. Portanto, deve existir certo grau de certeza na transferência do poder familiar, a fim de garantir o melhor interesse do menor.

De qualquer forma, ressalta-se novamente que o ideal é a criação dos filhos junto aos pais, tanto sobre o ponto de vista legal, quanto pela análise sociológica do convívio familiar. Todas as alternativas postas aqui têm um caráter de excepcionalidade. Nesse sentido, é concluso que a garantia dos direitos das presas encarceradas em estado grávidico ou em período de amamentação é um desafio à sociedade brasileira como um todo, tendo em vista a construção de um modelo de sistema penitenciário basilarmente democrático, participativo e de políticas públicas eficazes.

## **ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA**

Depois de tecer considerações acerca da situação do cárcere, apontando as características gerais, bem como algumas análises mais específicas acerca da prisão de mulheres grávidas e mães, cuja liberdade está privada, serão feitas ponderações no que tange à aplicabilidade das normas no país. A presente seção dedica-se, deste modo, ao estudo de disposições presentes na Lei de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. Serão apontadas, sobretudo, as modificações legislativas mais recentes e que impactaram, de forma significativa, a maneira com que o Judiciário passou a lidar com a conjuntura aqui perseguida.

### **A concessão de prisão domiciliar**

Feita uma explanação a respeito de toda a conjuntura que cerca a prisão de mulheres grávidas e/ou mães, perpassando a análise por esferas distintas, oportunas ao conhecimento do contexto carcerário, o estudo deságua nas hipóteses que ordenamento traz à resolução do problema. Acerca do instituto da prisão domiciliar e de outras medidas que visam garantir o mínimo de proteção ao cumprimento de penas, quando de condenações penais, serão adiante feitas considerações sobre algumas disposições legislativas que corroboram o conteúdo proposto.

Em março de 2016, entrou em vigor a Lei 13.257, dispondo sobre diretrizes básicas à efetivação de políticas públicas destinadas à primeira infância – considerada como a que corresponde aos 06 primeiros anos de vida da criança –, razão pela qual, inclusive, é denominada comumente de “Lei da Primeira Infância”. Nela, constam alterações relevantes ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Processo Penal, além de inovações também à Consolidação das Leis Trabalhistas (esta última, no entanto, não será alvo de análise neste trabalho).

Importante, de plano, destacar que o Princípio da Proteção Integral, já mencionado alhures, é um pilar fundamental para a compreensão das mudanças legais mencionadas. Assim, reforça-se o dever que o Estado tem de cuidado com as crianças (mormente, nos seus 72 primeiros meses de vida) e com os adolescentes, de forma concomitante com a atuação da família e da sociedade civil, no mesmo sentido de proteção e cuidado.

Ou seja, a intenção do legislador é mantê-los amparados e com os direitos bem resguardados. Para isso, é necessária a execução de políticas públicas nas seguintes áreas, prioritariamente: saúde, alimentação, nutrição, educação infantil, convivência familiar e comunitária, assistência social, cultura, lazer, espaço e meio ambiente, além da proteção contra violência (artigo 5º da Lei 13.257/2016).

No tocante às modificações trazidas pela referida lei ao Código de Processo Penal, pondera-se indispensável citar cada uma delas. Inicialmente, o regramento acrescenta o inciso X no artigo 6º, do CPP, por meio do qual, a autoridade policial deverá, desde o conhecimento da prática de ilícito penal, “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se

possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”. Em suma, o interesse no recolhimento destas informações é documentar tudo que for relevante ao processo. Assim, o juiz pode, de plano, tomar nota das necessidades que são impostas, a partir da individualização do acusado.

Outra alteração suscitada pela mencionada lei ao regramento processual penal trata da concessão de prisão domiciliar, em casos específicos. Não é equívoco dizer que essa é a mudança mais relevante à organização do sistema carcerário e que, por essa razão, provocou um maior número de inquietações jurídicas e doutrinárias no âmbito da Lei 13.257/2016.

Frise-se que o legislador conceitua a prisão domiciliar, no artigo 317 do Código de Processo Penal, como sendo o “recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”, como um meio de substituição aos estabelecimentos penais. Em suma, configura-se também como uma restrição ao direito de locomoção, tendo em vista que a pessoa presa em domicílio não pode de lá ausentar-se sem autorização judicial, mas com o benefício de preservar seu convívio familiar e, portanto, criar, ainda que de maneira limitada, seus filhos e/ou dependentes.

Nesse diapasão, foram acrescentadas, no artigo 318, três situações que possibilitam ao juiz **substituir a prisão preventiva pela domiciliar**, quais sejam: i) quando a presa for gestante; ii) quando for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; e iii) quando for homem, nos casos em que ele seja o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 anos de idade incompletos.

No caso da gestante, antes da alteração legislativa, já existia a previsão de se conceder prisão domiciliar, desde que a mulher estivesse grávida a partir do sétimo mês de gestação ou desde que a gravidez fosse de alto risco. Contudo, desde março de 2016, estendeu-se o direito a todas às mulheres grávidas, sem qualquer restrição.

No tocante a distinção estabelecida entre pais e mães de filhos menores de 12 anos (para mães apenas a comprovação de existência de filho de até doze anos, e para pais, a comprovação de ser ele o único responsável do menor), há autores que a criticam, justificando que essa disparidade na concessão de prisão domiciliar afronta o direito parental. A respeito dessa posição, opina EUGÊNIO PACELLI (2018, p. 457):

A respeito deste dispositivo, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal por força da Lei 13.257/2016, entendemos que o legislador criou inaceitável desproporção no que se refere aos papéis da maternidade e da paternidade na formação e proteção da infância, indo na contramão da evolução do direito parental. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar de quem é pai está condicionada a ser ele o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos; no caso da mulher, o único requisito é a maternidade. [...] Igual regramento não se estende ao pai, mesmo que ele conviva diariamente com o filho, coabitando a residência e participando ativamente de sua criação e desenvolvimento pessoal, salvo se for o único responsável. Pensamos, então, que melhor seria se o inciso V contivesse a mesma ressalva presente no VI. Não foi esse, porém, o raciocínio do legislador, que optou por diferenciar expressamente as duas condições, posição que nos parece merecedora de críticas.

Atualmente, existem opiniões sobre ambas as vertentes, de concordância e de divergência. No entanto, infelizmente, diante de uma iminente sociedade ainda com resquícios de patriarcado, a figura materna tem se sobressaído um pouco mais na criação dos filhos, razão pela qual é compreensível a distinção estabelecida pelo legislador nesse ponto. O que não quer dizer que não há uma discrepância na equiparação do poder familiar. Por óbvio, ela sim existe. No entanto, o que se quer aqui destacar é que essa distinção é um, lamentável, reflexo da vida cotidiana.

Para além, a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal – em que foram incluídas as hipóteses acima mencionadas – em linhas literais, diz que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”. Nesse ponto, paira a questão não pacífica: tem o juiz a faculdade de concedê-la ou tem o dever de assim fazer?

Embora esse seja um ponto um tanto quanto controverso, a maioria dos autores entende que a concessão da prisão domiciliar não se deve dar de forma automática, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Penal, *in verbis*, “para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Entre a Doutrina, a opinião majoritária é de que o juiz pode, e não deve conceder a prisão domiciliar (a posição, portanto, é de faculdade e não de obrigação). Assim, para os adeptos desse ponto de vista, o que é imposto ao juiz é a possibilidade de ponderar, no caso concreto, as circunstâncias e necessidades da detenta, a fim de, apenas depois de uma cuidadosa avaliação, optar pela concessão ou não do benefício.

Tais autores entendem, porquanto, que deverá ser analisada a efetiva necessidade de manutenção do cerceamento de liberdade, a ser cumprido em prisões, fazendo assim uma adequação entre as exigências legais e a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Depreende-se, desse modo, que precisará existir um equilíbrio juridicamente fundamentado nas decisões, em consonância com o caso concreto. Por fim, corroborando com esse entendimento de que existem exigências a serem observadas antes da efetiva adoção da medida domiciliar, a Lei 13.769/2018 acrescentou os seguintes requisitos à concessão do benefício: não ter a mulher cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, bem como não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Dessa forma, é possível perceber de maneira mais clara que o legislador, ao impor condições à concessão da domiciliar (não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido cometido contra filho ou dependente), reafirmou o verbo apontado no caput do artigo 318 da mesma lei, em que o juiz poderá, e não deverá conferir às mulheres esse direito.

Ademais, nada impede que concomitantemente sejam aplicadas medidas alternativas (artigo 318-B, também incluído pela Lei 13.769/2018 no Código de Processo Penal), quando o juiz entender que elas melhor satisfazem as sanções pretendidas, estabelecendo, por exemplo, o uso de monitoramento eletrônico, o pagamento de fiança ou o comparecimento periódico em juízo (dentre outras medidas dispostas no artigo 319).

Não obstante, este não foi o entendimento corroborado pela Suprema Corte Brasileira, em decisão proferida no Habeas Corpus Coletivo 143.641, que será analisado de maneira mais detalhada mais adiante.

Para além, em momento anterior, falou-se em concessão de prisão domiciliar no caso da substituição da pena preventiva; conquanto, existe a possibilidade também de autorização da prisão domiciliar quando o apenado, já em condenação definitiva, estiver cumprindo a pena em estabelecimentos penais. Nessa hipótese de domiciliar – quando já houver ocorrido o trânsito em julgado da condenação ou o início da execução –, poderá o benefício, segundo o artigo 117 da Lei de Execução, ser concedido em quatro oportunidades: i) quando for o condenado maior de 70 (setenta) anos; ii) quando for acometido de doença grave; iii) **quando tiver a condenada filho menor ou deficiente físico ou mental**; e iv) **quando for a condenada gestante**. Importante dizer que, se presentes os requisitos da liberdade provisória, por questões óbvias de favorecimento ao réu, não deve o juiz conceder a prisão domiciliar, mas sim aplicar a liberdade provisória.

Nas últimas duas situações de concessão da domiciliar, apontadas no parágrafo imediatamente anterior (mãe com filho deficiente e gestante), a Lei 13.769/2018 traz, ainda, um novo patamar para a progressão de regime, por meio do qual deverá ser cumprido apenas 1/8 (um oitavo) da pena imposta, ao invés da regra geral de 1/6 (um sexto).

Diante de um cenário carcerário, em que falta o mínimo para manter o digno cumprimento da pena, conjugado ao reiterado descumprimento de preceitos fundamentais estabelecidos em lei, não se pode concluir que os estabelecimentos estão preparados para receber mulheres grávidas – ou quaisquer outras pessoas com necessidades especiais. Assim, adiante, será analisada a posição adotada, no momento presente, pelo Supremo Tribunal Federal.

### **Habeas Corpus 143.641**

Não obstante as disposições trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei 13.257/2016, que entrou em vigor na data da sua publicação, o que se observou, em concreto no dia a dia forense, foi um reiterado não cumprimento do seu rol de regramentos, tornando-a, por corolário, parcialmente inócua. Nesse ponto, é importante destacar, de plano, que as alterações trazidas pela referida lei deveriam ter sido aplicadas de imediato aos processos, inclusive, àqueles já em curso. Ainda que os crimes tivessem sido cometidos antes da vigência da lei, seu conteúdo se aplicaria já a partir da entrada em vigor, levando em consideração o período de vacância, disposto no seu próprio texto. Isso se explica com base no artigo 2º do Código de Processo Penal, por meio do qual as normas de natureza processual serão aplicadas “desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (princípio do *tempus regit actum*<sup>4</sup>).

Por essa razão, o Habeas Corpus Coletivo 143.641 foi impetrado pela Defensoria Pública da União contra os Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais, os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, os Juízes e Juízas Federais com competência criminal, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

O remédio constitucional tem como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puerpérias ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, bem como as crianças filhas dessas mulheres. Vale frisar que o pedido não contempla às mulheres acusadas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça, e àqueles cometidos contra descendentes.

Ademais, o habeas corpus restringe-se às prisões cautelares, sendo, portanto, excluídas de apreciação às presas já condenadas.

Tendo em vista que consecutivas vezes esses agentes do Poder Judiciário, na seara criminal, vinham emitindo decisões em desfavor de mulheres presas grávidas ou na iminência do cárcere, os advogados do CADHU mobilizaram-se no sentido de buscar reivindicações que se efetivassem positivamente. A inicial aponta, detalhadamente, os problemas que inviabilizam a continuidade na manutenção de mulheres grávidas e com filhos ainda pequenos e/ou dependentes nos estabelecimentos penais. Narram que faltam berçários, atendimento de pré-natal adequado, acompanhamento pós gestacional, centros materno-infantis e outras acomodações apropriadas.

Nesse sentido, traçam também o perfil das mulheres presas, apontando-as como pobres, vulneráveis socioeconomicamente e de baixa escolaridade (sendo que, quanto menor o nível de

---

<sup>4</sup> O princípio do *tempus regit actum*, que rege a lei processual penal, dispõe que as normas têm aplicação imediata, não importando se é mais ou menos gravosa à situação do réu. Cf. Távora e Alencar (2017, p. 64).

escolaridade e renda, menos acesso há a Justiça no país). E, por fim, pleiteiam a revogação da prisão preventiva ou a concessão da prisão domiciliar, como substituta.

Frise-se, por bem, que o que se pretende, neste trabalho, não é afirmar que o direito de substituição da prisão pela domiciliar é direito subjetivo às gestantes e às mães encarceradas, mas insistir em uma leitura correta da Lei 13.257/2016, de maneira tal que a concessão da prisão domiciliar não se trataria de uma discricção do juiz, e sim de uma obrigação a ele inerente, sempre que atendidos os requisitos legais.

Assim, a expressão “poderá” constante no caput do artigo 318 do Código de Processo Penal (já citado em momento anterior) tem que ser interpretada pelo magistrado como se estivesse disposta a expressão “deverá”, sempre que os requisitos legais forem cumpridos.

Ao analisar o mérito da impetração, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, inicialmente pondera a existência de deficiências na estrutura dos estabelecimentos prisionais que, de fato, impedem a manutenção da prisão nos casos narrados. Para tanto, faz ponderações acerca da ADPF 347 MC/DF<sup>5</sup>, dos dados contidos no INFOPEN Mulheres de Junho de 2017 (atualmente, os dados já foram atualizados pelo INFOPEN Mulheres de 2018) e de demais opiniões doutrinárias. Finalmente, a conclusão é positiva no sentido de evidenciar diversas carências no sistema prisional.

Para além, as prisões de natureza cautelar são excepcionais. No entanto, não é essa a realidade atual no Brasil, já que o país registra um número de 41,5% de presos sem condenação (BARBIÉRI, 2019). Alagoas, por sua vez, registra o percentual de presos provisórios correspondente a 65,89% em estabelecimentos prisionais masculinos e 52,63% em estabelecimentos prisionais femininos, de acordo com a Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (SERIS, 2019).

Assim, resta-se visível que a intenção perseguida pelos impetrantes no habeas corpus coletivo é a garantia de isonomia no tratamento de pessoas em condições equânimes dentro do sistema, a fim de estabelecer a dignidade no cumprimento da pena, bem como da observância ao devido processo de maneira justa, atendida à integridade das mulheres em prisões cautelares.

Continuamente, embora a Procuradoria-Geral da República tenha argumentado em sentido oposto, o ministro relator, reconhecendo a situação degradante que acomete mulheres grávidas e em estado puerperal, bem como concluindo que restou incontroverso que “a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas”, opta por votar no sentido de estabelecer parâmetros a serem cumpridos pelos magistrados para a concessão da prisão domiciliar. Observe:

Em face de todo o exposto, **concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar** - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

---

<sup>5</sup> A Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal analisa a situação degradante das penitenciárias no Brasil, nas quais as condições desumanas dos custodiados violam massivamente os seus direitos fundamentais. Cf. Brasil (2015).

**Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima. (grifos nossos).**

O voto do relator apresenta, ainda, pesquisas diversas feitas a partir do estudo de mulheres encarceradas, que evidenciavam os argumentos sustentados, apontado que, seja por uma visão de direitos humanos, seja por uma visão unicamente utilitarista, não há justificativas plausíveis que amparem a indeferimento de prisões cautelares nesses casos.

Acerca dos parâmetros mencionados para a concessão da prisão domiciliar, algumas considerações devem também ser feitas. Quando houver reincidência, o juiz deve analisar o caso, considerado a manutenção da prisão como *ultima ratio*. No tocante à observância da situação de guarda dos filhos, o juiz deverá conceder credibilidade ao depoimento da mãe, ainda que possa solicitar a feitura de laudo social para comprovar os fatos apurados. E, por último, tudo que fora posto deve ser observado, inclusive, pelos juízes responsáveis pelo prosseguimento das audiências de custódia, sobretudo, a condição de grávida ou puerpéria ostentada pela mulher processada e/ou detida.

A decisão do Supremo foi positiva, para estabelecer que os sujeitos coatores do habeas corpus devem proceder, de ofício, à concessão do benefício a todas as mulheres presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade, bem como às adolescentes sob custódia que exibam condição equivalente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da problemática suscitada nesse trabalho, observando que a realidade prisional é dispare, quando comparada com a análise do que dispõe os regramentos legais, o cárcere rodeia-se de inúmeras incongruências que acarretam a falta de tratamento humanizado destinado às pessoas privadas de liberdade. Assim, no decorrer desta pesquisa, foi pontuado que todas as violações a direitos básicos dentro do cárcere refletem direta e indiretamente na relação familiar dos presos, distanciando-a e desestruturando-a.

Mormente, no que tange aos filhos e/ou dependentes de mulheres encarceradas, o cenário se agrava significativamente, tendo em vista as necessidades específicas que eles possuem. Na prisão, faltam cuidados mínimos dedicados à estrutura física do local e ao aporte médico ideal para o tratamento de mulheres grávidas e com filhos pequenos.

A prisão, enquanto pena, além de carregar um caráter de pessoalidade, deve condicionar seu cumprimento a ideia – por vezes, utópica – de ponderar a punição com a ressocialização. Sendo assim, esta pesquisa se propôs a defender que o direito de convivência familiar (incluído, neste ponto, o direito a amamentação), não se destina apenas aos filhos, mas também às mães, ainda que privadas de liberdade. Nesse diapasão, é dever do Estado proporcionar o acesso à vacinação, ao pré-natal, aos exames periódicos e às vitaminas adequadas. Não obstante, é necessário também que os estabelecimentos penais sejam compostos por locais salubres e higienizados, que garantam a possibilidade de uma gestação saudável.

No entanto, como exposto, quando da análise do voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, na discussão do HC 143.641 (já estudando nesse trabalho), percebeu-se que “o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional”. Ora, se o país não tem sido eficaz no cuidado da gestação de mulheres fora do sistema carcerário, restam poucas expectativas em relação à responsabilidade estatal dentro das prisões e nas unidades de internação de adolescentes.



Dessa forma, depreende-se que a sentença destinada às mães acaba refletindo continuamente na vida dos seus filhos, que passam a viver com pouco ou sem nenhum apoio psicológico apropriado, bem como são deficitários o amparo médico, educacional e financeiro.

Apesar da existência de leis e decisões jurisprudenciais que resguardem o direito à concessão da prisão domiciliar, o que se vê é o seu reiterado não cumprimento. Seja pela cultura punitivista que ainda paira pelo sistema de justiça criminal brasileiro, seja pelas condições impostas pela lei, muitas mulheres continuam suportando prejuízos diários e de difícil reversão, já que a prisão domiciliar segue com tendo pouca recepção na prática.

Pelas razões explanadas, acredita-se que a prisão domiciliar destinada às mulheres grávidas e com filhos ainda na primeira infância ou, que estejam em situações de dependência, deve ser vista como regra, ou seja, como a primeira medida judicial a ser tomada, já de imediato, com ou sem requerimento prévio. De maneira tal que, as decisões que denegam o direito à prisão domiciliar devem ser encaradas como exceções, isto é, como medidas adotadas apenas em circunstâncias extraordinárias que, de acordo com o caso concreto, inviabilizem totalmente o contato familiar contínuo e direto.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS. SERIS. Mapa diário da população carcerária: Plantão de 26/09/2019 à 27/09/2019. *In: TJ-AL*. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/vicepresidencia/arquivos/carceraria/5036eab8eff6a12d348f2ff2cef50998.pdf>. Acesso em 28 set. 2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não tem condenação. *In: G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2019.

BILIBIO, Gabrielli Dall Molin; BITENCOURT, Camila Barboza; BRUM, Eduarda Martins de; CORREA, Julia Batista; FAVERO, Itauana Benachio; FLORES Karine de Rocha; LOPES, Vitória de Fátima Barros<sup>2</sup>; OLIVEIRA, Aline Cristina de; ROESLER, Gabriele Maidana; SILVA, Nicole Soares da<sup>3</sup>; SOUTO, Raquel Buzatti Souto. Mulheres encarceradas: A realidade das mulheres nos presídios brasileiros. *In: Revista Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão*. Vol. 4. Nº 1. 2017. p. 317-328.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm). Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 143.641/SP. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coatores: Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais; Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; Juízes Federais com competência criminal; Tribunais Regionais Federais; Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interditos: União e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 jun. 2019.

CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; MAYORGA, Claudia. Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. In: **Revista Estudos Feministas**. Vol. 25. Nº 1. Florianópolis jan./abr. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2017000100099&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100099&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 11 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa). Acesso em: 05 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Walter Solon. São Paulo: Edipro, 2012.

DEPEN. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Prisões: espaços de desumanização. In: ALMEIDA, Luiz Sávio de; COUTINHO, Sérgio; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. (orgs.). **Direito, Sociedade e Violência**: reflexão sobre Alagoas. Maceió: Edufal, 2015, p. 77-195.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em Jogos:** Um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. 2014. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora – Minas Gerais, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2018.

PIMENTEL, Elaine. As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. *In:* PIMENTEL, Elaine (org.). **Criminologia e Política Criminal:** perspectivas. Maceió: Edufal, 2017. p. 169-180.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Rio de Janeiro: Record, 2019.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. As palavras e as penas: comentários sobre o discurso criminal da barbárie. *In:* PIMENTAL, Elaine (org.). **Criminologia e Política Criminal:** perspectivas. Maceió: Edufal, 2017. p. 157-167.

SILVA JUNIOR, José Ailton da. O mito da expansão do punitivismo como meio de controle criminal: breve reflexão sobre a relativização da presunção de inocência no STF. *In:* PIMENTAL, Elaine (org.). **Criminologia e Política Criminal:** perspectivas. Maceió: Edufal, 2017. p. 113-124.

THOMAS, Amanda Batista; RIBAS, Luísa Willers; BIRCK, Maura. Os Filhos do Cárcere: a Situação das Crianças que Vivem em Estabelecimento Penal Feminino em Virtude da Pena Privativa de Liberdade Cumprida pela Mãe. *In:* **(Re) Pensando Direito.** Revista do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Ano 7. Nº 14. Jul-Dez, 2017. p. 233-253.

VINGERT, Ana Carolina. **Mulheres Invisíveis:** Uma análise sobre a presidiária brasileira. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA. Assis – São Paulo, 2015.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres encarceradas:** Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas. 2015. 153. Dissertação – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho – Paraná, 2015.

## PUNITIVISMO DOS/AS CRÍTICOS: O QUE MUDA SÃO AS CATEGORIAS PARA SELETIVIDADE

**Maria Julia Leonel Barbosa**

Mestra em Direito na linha de Gênero e Direitos Humanos (UFPB). Professora de Direito (UNINASSAU; ESTÁCIO)

### INTRODUÇÃO

A academia, ainda que dentro do campo crítico, de pesquisadores que utilizam como referencial teórico teorias críticas e contra hegemônicas, é um espaço em que a vanguarda se debate num fenômeno que agora se nomeia “lacração”, em que nada mais, nada menos, se refere a estranha necessidade de reprodução de palavras de ordem e “fechões” que levantem aplaudos e “adorações”. Difícil, ainda que dentro de um campo que se apresenta anti-sistêmico, é tentar fazer autocrítica dos erros que continuamente se manifestam por nossas atuações. Sim, nossas, localizo minha fala dentro do referencial crítico, anti racista, anti capitalista e feminista. E adianto: não produziria este artigo se não soubesse que quem pretensamente vos ler, são pessoas que minimamente compartilham total ou parcialmente dos mesmos referenciais teóricos.

Longe de querer construir nenhuma verdade, quero propor uma reflexão entre nós que tanto falamos na necessidade de construção e desconstrução. Este processo exige de nós uma humildade que surpreendentemente nos falta. O referencial teórico definitivamente não nos define, embora possa ser um bom indicativo. É preciso que se compreenda que os estudos críticos, antes de serem “lentes” para pesquisa, devem ser instrumento de transformação individual, deve atuar na transformação da pesquisadora quanto indivíduo social. Do que adianta estudar gênero, palestrar sobre o feminismo e não ter empatia com as manas ao meu redor?

Neste sentido, convido você a se permitir pensar: até que ponto reproduzimos nossos denunciamentos contra a seletividade do sistema penal?

Para elaborar este artigo, seleccionei textos (trechos) das redes sociais que manifestavam opinião sobre o caso do suposto estupro envolvendo o jogador Neymar denunciado pela modelo Najila Trindade. As opiniões coletadas correspondem a de pessoas que se colocam nas redes sociais como feministas, contrárias ao racismo, ao sistema de política criminal atual, enfim, pessoas contrárias ao ideais do ex deputado eleito em 2018. Isto porque, o objetivo desta pesquisa é demonstrar como somos paradoxais em nossos discursos sobre seletividade penal, quando, quem não está no banco dos réus não corresponde aos estereótipos gerados pela narrativa do “seletivismo”. A ideia, não é discorrer sobre o caso Neymar propriamente para concluir se houve ou não o estupro, não! Não se propõe aqui uma discussão sobre aspectos processuais do caso, mas uma análise de como a vanguarda se portou diante as repercussões do dele. Então poderia ser este caso, ou qualquer outro que tenha ensejado um comportamento punitivista nas redes sociais. No entanto, este foi escolhido por ter como pano de fundo um crime de estupro e neste caso as contradições são muito mais evidentes porque revela como a nossa criticidade é pautada sobre a epistemologia do feminismo branco, como se discutirá a seguir.

### UM FATOR DECISIVO PARA COMPREENDER SELETIVIDADE: SUJEITO ATIVO E PASSIVO DO CRIME

É sabido que a criminologia atualmente se preocupa menos com o perfil do sujeito que comete crime ou suas motivações e mais com o sistema punitivo, quais seus paradigmas de elaboração e como estes definem estereótipos sociais que impactam nas relações de poder que

criam dicotomias de hierarquização. Por esta razão, variáveis como classe, gênero e raça foram fundamentais para compreender que o sistema penal é seletivo e colabora com uma dinâmica social sedimentada na hierarquia social com pilares que se orientam por aqueles.

Desde os estudos criminológicos mais conservadores, a criminologia já se valia de métodos que transcendiam o jurídico, se pensarmos em Lombroso (2013), o principal teórico da Escola Positiva, se valeu de métodos da antropologia para investigar o perfil do sujeito criminoso. Sua investigação foi de dentro do sistema penal para fora, ou seja, selecionou pessoas que estavam cumprindo pena ou medida de segurança para avaliar os pontos de aproximação entre estas pessoas e a consequência disto foi a elaboração da teoria sobre o “criminoso nato”, no qual constatou que existia um desvio genético em alguns indivíduos, tornando-os seres atávicos e que por esta razão cometiam delitos, pois tinham dificuldades de viver de forma civilizada, submetendo-se à regras de socialização. Ainda nessa escola, colaborando com a ideia do determinismo sobre o “sujeito delinquente”, Raffaele Garafolo (1997), fez uma análise jurídica sobre as constatações de Lombroso, concluindo que se o delinquente é um criminoso nato ele teria duas saídas: ou a deportação para colônias penais ou a morte. E por fim, compondo a tríade desta escola:

Enrico Ferri, criminologista italiano que estudava a criminalidade com uma visão sociológica, em oposição à visão biológica de Lombroso, o homem só é criminoso porque vive em sociedade, ressaltando o trinômio causal do delito (fatores antropológicos, sociais e físicos) e salientando a supremacia da responsabilidade social sobre a moral. Ferri se utilizou dos princípios fundamentais da Antropologia Criminal e da Estatística.

(...)

Com base nesse pensamento, Ferri dividiu o criminoso em cinco categorias: nato, louco (portador de doença mental), habitual (produto do meio social) ocasional (indivíduo sem firmeza de caráter, mas versátil na prática do crime), passional (homem honesto, mas com temperamento nervoso e com emoções afloradas). Sua tese pode ser resumida como sendo uma negação do livre arbítrio (determinismo sociológico e social (MARIS, 2019).

Escola positiva surge em oposição ao que estes autores denominaram de “Escola Clássica”, na qual refutava a ideia determinista de um criminoso nato, previamente destinado a cometer crimes e defendia o “livre arbítrio”, ou seja, qualquer ser humano poderia cometer um crime, isto dependeria de variáveis éticas e morais para fazer com que uma pessoa sobrepesasse se valeria a pena delinquir ou não. Todos/as neste caso teriam uma balança pessoal para balancear se valeria a pena as consequências do crime. O Direito Penal brasileiro e o sistema penal como todo, filiou-se a esta escola, tecnicamente ninguém pode responder por um crime se não o cometeu, o que embora pareça obvio, não seria uma decorrência da escola positiva, pois se as pessoas são naturalmente criminosas, não precisaria esperar que ela viesse a cometer u crime para puni-la, o sistema penal poderia se antecipar e punir preventivamente.

Além disto, o código penal criou critérios objetivos que tratam da culpabilidade do agente, então a imputabilidade penal possui elementos comuns a qualquer ser humano independente de classe, gênero, raça ou outra variável subjetiva. No entanto, o que a criminologia crítica analisa, como propõe Baratta(2002) é justamente esta contradição entre a teoria e a prática da justiça criminal, pois se identifica uma reprodução de perfil nas pessoas que passam pelo sistema punitivo, corroborando com a tese de que há um perfil não do criminoso, como propunha Lombroso, mas um perfil que é legitimado por discursos sociais para ser alcançado pelo sistema de justiça criminal.

Geralmente nas disciplinas de direito penal, os/as professores/as mais críticos costumam alertar: não tem como compreender “crime” como uma categoria única, na qual se encontram razões ontológicas para sua ocorrência. O “crime” não possui natureza, no entanto, os bens

jurídicos ligados a conduta incriminadora, apontam para características comuns em seus desdobramentos dogmáticos. Para ficar mais claro: o tráfico de drogas, por exemplo, os elementos constitutivos do tipo, o sujeito ativo e o sujeito ativo terão variáveis próprias. Violência contra mulher? Outras variáveis. Não seria diferente com o que ocorre nos crimes contra a dignidade sexual. Estes crimes não são compreendidos se forem analisados sobre o ponto de vista da dogmática padrão, há uma necessidade de mudança epistemológica na análise das variáveis que orbitam os crimes desta natureza. O ponto central disto está na construção dos estigmas do sujeito ativo e passivo e nas traduções jurídicas sobre o elemento constitutivo do tipo. Neste trabalho o foco será dado à figura do sujeito ativo e passivo no crime de estupro.

Utilizando-se do histórico formulado por Hungria (1947), segue um resumo performático do crime de estupro ao longo da história do Brasil. No Código Penal de 1830, conhecido como Código Criminal do Império do Brasil, o crime de estupro tinha uma pena de prisão entre três e doze anos, mais um dote que deveria ser pago a família da vítima. A descrição do tipo penal era: ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Primeiro ponto: quem eram as mulheres consideradas honestas? As virgens, as casadas e somado a isto, as que não deram causa ao crime de estupro. Ou seja, o elemento constitutivo do tipo era basicamente uma espécie de crime próprio, no entanto, a exigência seria quanto ao sujeito passivo. Diante destes casos, deveria-se provar a honestidade da mulher, se esta fosse prostituta, presumidamente ela já não seria honesta, o que reduziria a pena do agente para um mês a dois anos. O artigo 225 deste referido código ainda trazia uma excludente de punibilidade, caso o agente casasse com a vítima, estaria isento de pena.

Os principais traços para compreender este crime começam a se desenhando quando se institucionaliza o controle do corpo da mulher a partir do Direito. O Código Penal é um dos principais instrumentos institucionais responsáveis por este controle. Começamos a análise pelo fim. Com esta exclusão de punibilidade, qual era o bem jurídico tutelado nos crimes denominados “contra o costume”? Não tratava-se da “honra” da mulher, mas dos seus proprietários. A mulher era um importante objeto de troca (Rubin 1993), mas para que ela fosse utilizada no processo de transmissão de propriedades, era necessário que ela estivesse inviolada. A virgindade da mulher era vista (é vista ainda) como um laço que garante ao proprietário que ele seria o primeiro a explorar. E que mulher seria esta que era um importante elemento nas negociações por propriedade? Não eram todas as mulheres, mas aquelas que os corpos se assemelhavam com a “Nossa Senhora”, esta idealização da santidade da mulher, que serve para castrá-la ao longo dos tempos tem amparo na bíblia e repercute por todo o Estado que se baseia na moralidade cristã.

O estupro era considerado ato execrável, entretanto a ele eram atribuídos diferentes graus de gravidade: “o erro do acusado é agravado pela fraqueza ou 'inocência' da vítima. A agressão contra uma jovem impúbere é mais condenável do que a de uma mulher adulta”. A repressão, então, variava de acordo com a qualidade da vítima. Quando cometido contra uma virgem, por exemplo, a responsabilidade do agressor era muito mais pesada, pois o ataque à virgindade comprometia a honra e a posição das famílias, isso porque era considerado uma ofensa, não contra a mulher vítima, mas sim contra seu tutor, geralmente pai ou marido. Contudo, não era só a virgindade da vítima que aumentava a gravidade do crime, a classe social a que pertenciam vítima e o agressor também tinha esse poder. Dessa forma, a violência perpetrada contra uma escrava ou doméstica era considerada menos grave do que a cometida contra uma nobre, assim como a pobreza do agressor agravava seu gesto (MANFRAO, 2009, p. 11)

Estas mulheres, frequentadoras da igreja, que rezavam o terço no final da tarde e que quanto mais dóceis, mais úteis no momento de troca de propriedade entre homens legitimados a fazer isto, eram as pretendidas vítimas do caso de estupro. As mulheres negras certamente não se enquadravam nisto, estas sempre tiveram seus corpos sexualizados ao longo da história. A

população negra no geral, homens e mulheres, tiveram seus corpos objetificados de todas as formas. Embora também fossem elementos de troca e também fossem vistos como propriedades, estes corpos eram coisificados e o abuso sexual era parte de como estas propriedades poderiam ser usufruídas.

A escravidão se sustentava tanto na rotina do abuso sexual quanto no tronco e no açoite. Impulsos sexuais excessivos, existentes ou não entre os homens brancos como indivíduos, não tinham nenhuma relação com essa verdadeira institucionalização do estupro. A coerção sexual, em vez disso, era uma dimensão essencial das relações sociais entre o senhor e a escrava. Em outras palavras, o direito alegado pelos proprietários e seus agentes sobre o corpo das escravas era uma expressão direta de seu suposto direito de propriedade sobre pessoas negras como um todo. A licença para estuprar emanava da cruel dominação econômica e era por ela facilitada, como marca grotesca da escravidão (DAVIS, 2016, p.180).

Não é por acaso que as mulheres negras não estavam na linha de frente dos discursos feministas “antiesturpos”, simplesmente o feminismo indiretamente sempre fez este debate se amparando numa óptica embranquecida. Não que nós, mulheres brancas não soframos ou tenhamos sofrido ao longo da história com o ideia de sermos propriedade de homens, no entanto, a mulher negra, tem na sua cor um dos elementos essenciais para coloca-las como sujeitas “não honestas”, não passíveis de vítima de estupro, sobretudo, porque quem praticava estes crimes contra elas eram homens brancos, legalmente seus donos. Não havia portanto, nem o sujeito passivo e nem o sujeito ativo para configuração do crime de estupro.

O Código Penal de 1890, também chamado de Código Penal Republicano, tratava do crime de estupro nos artigos 268 e 269.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Nota-se que este artigo distingue virgindade de honestidade, isto porque, caso uma mulher ela fosse casada e não fosse virgem, também poderia ser o caso de ser honesta. Importate destacar um ponto sobre esta categoria de mulher casada, estas eram consideradas proprietárias de seus maridos e possuíam obrogações, dentre elas, satisfazer os prazeres sexuais destes homens, portanto, caso o marido tivesse relação sexual contra a vontade da esposa, não seria considerado estupro, visto que isto era parte do contrato de transmissão de posse entre o pai e o esposo da mulher. Isto reflete também em que tipo de homem era punido pelos crimes de estupro:

Nos Estados Unidos e em outros países capitalistas, as leis contra estupro foram, em regra, elaboradas para proteger homens das classes mais altas, cujas filhas e esposas corriam o risco de serem agredidas. O que acontece com as mulheres da classe trabalhadora em geral tem sido uma preocupação menor por parte dos tribunais; como resultado, são consideravelmente poucos os homens brancos processados pela violência sexual que cometeram contra essas mulheres. Embora estupradores raramente sejam levados à justiça, a acusação de estupro tem sido indiscriminadamente dirigida aos homens negros, tanto os culpados quanto os inocentes. Por isso, dos 455 homens condenados por estupro que foram executados entre 1930 e 1967, 405 eram negros (DAVIS, 2016, p.177).

No texto de Davis (2016) ela revela um importante vetor a ser considerado: “o mito do estuprador negro”. O direito penal para se manter legítimo é necessário retirar de alguns indivíduos sua humanidade, só isto justificaria para a sociedade o sofrimento inerente às prisões, por exemplo. No crime de estupro, ou nos crimes contra a dignidade sexual, como está definido o capítulo atualmente no código penal brasileiro, é necessário construir a figura de um sujeito bruto. O estuprador é quase um animal descontrolado que ataca uma presa. Este é o cenário para um estupro perfeito: um ser animalizado que ataca uma mulher que caminha na rua sem nenhum contexto provocativo.

Não se analisa o estupro dentro de um contexto social, ou tão pouco pelos dados que se tem sobre seu respeito. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 183 pessoas são estupradas no Brasil por dia, destes casos pouco mais de 75% dos estupradores são conhecidos da vítima. Este dado é revelador e necessário para desmistificar que a rua que é um espaço inseguro e que este “estuprador” é o outro, o sujeito que ataca alguém porque é um descontrolado (figura do negro, atávico, menos civilizado e de sexualidade aguçada). Ao contrário, via de regra, é alguém agradável, bem quisto e impassível de desconfiaças. Tudo porque embora, as diretrizes do código do império permanecem: a mulher continua como propriedade e o problema é se ela for violada pelo “outro”, pelos senhores da casa grande tudo faz parte.

Os dados ainda revelam que parte significativa destes atos sexuais apresentados pelo relatório do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, acontecem contra vulneráveis. O que também refuta compreensões mais grotescas a cerca da responsabilização nos casos destes crimes.

É só em 2009, com o advento da lei 12.015, que se retira do código penal do código penal a terminologia “mulher honesta” e o crime de estupro também passa a ser um crime comum. Além disso, o rol de crimes sexuais recebe o título de “crimes contra a dignidade sexual” e não mais de “crimes contra os costumes como era anteriormente. Esta modificação de terminologia, orienta uma mudança no bem jurídico tutelado, pelo menos formalmente, ainda que se haja um esforço jurídico para compreender que estes crimes violam antes de tudo, a integridade e dignidade da vítima, não por uma prerrogativa moral, mas física e psíquica.

Embora a mudança da legislação tenha sido tardia, a sociedade a muito já vinha dando sinais da disputas feministas nas estruturas de relações sociais. Nós do movimento feminista brasileiro endossamos o discurso da “cultura do estupro” junto com as feministas negras, mas desconsideramos suas considerações e endossamos (inconsicientemente ou irresponsavelmente ou os dois) as narrativas sobre o estuprador negro.

A cultura do estupro é uma consequência da naturalização de atos e comportamentos machistas, sexistas e misóginos, que estimulam agressões sexuais e outras formas de violência contra as mulheres. Esses comportamentos podem ser manifestados de diversas formas, incluindo cantadas de rua, piadas sexistas, ameaças, assédio moral ou sexual, estupro e feminicídio. Na cultura do estupro, as mulheres vivem sob constante ameaça.

A cultura do estupro é violenta e tem consequências sérias. Ela fere os direitos humanos, em especial os direitos humanos das mulheres. (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Os discursos sobre cultura do estupro parecem ingênuos e não racistas e classistas, no entanto, como todo bom discurso colonizador, a opressão ela se apresenta no silêncio, justamente no que não está sendo dito. O pedido do endurecimento do sistema punitivo como solução para cultura do estupro é um dos principais pontos que revelam esta conclusão. Quem efetivamente é visto como pretense estuprador? Já foi dito que “o outro”, e dentro da seletividade penal quem é este outro? O homem negro e periférico. Então este é o alcance do punitivismo. E de igual forma:



quem é a mulher que remodelou os paradigmas da mulher honesta: em primeira análise a mulher branca, classe média.

Embora os sujeitos ativos e passivos possam ser alocados em categorias determinantes para que eles sejam legítimos, nestes crimes ocorre algo de mais complexo: embora exista uma presunção mínima de quem é vítima e de quem é estupro, isto pode variar diante do caso concreto quando não se tem o que chamo de “caso perfeito de estupro”: jovem universitária de direito que é arrastada para um matagal por um desconhecido que a estupra. E quando se está diante de uma jovem universitária estudante de direito que foi estuprada em uma festa da faculdade pelo colega de turma branco e classe média? E quando é uma menina negra, periférica que é estuprada coletivamente por outros negros em uma boca de fumo? Situações que fogem imaginário de crime idela no qual temos a vítima legítima e o acusado legítimo. Neste cenário é que se começam as ginásticas narrativas para configurar um estupro.

### **NAJILA TRINDADE E NEYMAR JR.: UM CASO NÃO PERFEITO PARA O ESTUPRO**

Najila Trindade, modelo e branca, alegou em meados de 2019 ter sido estuprada por Neymar Jr., um dos jogadores mais importantes do cenário desportivo, um dos homens mais ricos do Brasil e reconhecido internacionalmente. Quando a notícia sai na imprensa, ocorreu o que sempre ocorre: antecipação da sentença por parte das redes sociais. As pessoas, sem ter nenhum contato com as provas processuais ou dados do inquérito, prontamente tomaram seus lados como comumente ocorre, a diferença é que quem estava no banco dos réus era um dos jogadores mais caros do mundo que poderia pagar qualquer advogado/a para fazer sua defesa, diferente do que ocorre com a maioria das pessoas que estão no sistema de justiça criminal por este crime.

Se estivéssemos diante de um caso perfeito, as narrativas seriam unificadas e variariam entre posturas mais extremas ou não, mas todas punitivistas: divulgação de fotos, correntes no *whatsapp* pleiteando a punição, pedido de estupro corretivos com o agente (que ele vire “mulher” na unidade prisional), e em último caso os pedidos de morte. No entanto, Najila e Neymar era um caso imperfeito, ela, embora branca, embora aparentemente com alguns privilégios era uma modelo sem carreira bem definida e em várias reportagens não se sabia se esta profissão era um eufemismo para acompanhante, e ele, embora negro e oriundo de periferia é Neymar Jr. Isto, sem ter sido analisado de forma proposital pela maioria das pessoas, se desdobrou em suas atuações nas redes sociais, o primeiro grande esforço de um lado (sobretudo feministas) foi tentar construir a figura de Najila como sendo uma mulher passível de ser sujeito passivo no caso de estupro, já que a maioria da imprensa utilizava dados para retirá-la da categoria “mulher honesta”. E por um outro lado, mais forte inclusive, estava as grandes mídias, a sociedade, tentando mostrar que não faria nenhum sentido Neymar estupro ninguém, já que “ele poderia ter a mulher que quisesse”. Vejam que argumento contraditório, mas sigamos.

A priori, logo quando a notícia foi lançada, ninguém, absolutamente ninguém que não teve acesso aos autos ou inquérito, teria nenhum fundamento para amparar suas opiniões. Tudo se dava basicamente nas possibilidades do crime acontecer entre estes protagonistas: poderia esta menina ser mesmo estuprada? E este homem, teria capacidade de estupro? A discussão é menos subjetiva do que se imagina. Na verdade se ampara em espectros epistemológicos que orientam as relações sociais e consequentemente, o sistema de justiça criminal. Embora o estupro seja visto como algo desprezível socialmente, não se refere a qualquer estupro, é preciso que ele se enquadre em alguns requisitos que transcendem a legislação, na realidade são as letes para interpretá-la. Se o estupro exige violência ou grave ameaça, como se poderia enquadrar uma mulher que sai do Brasil para encontrar o “algoz” após conversas provocantes pelas redes sociais?

Por outro lado: o sistema de justiça criminal seria capaz de ser imparcial e condenar alguém como Neymar por um crime como este?

Os esforços narrativos se iniciaram. Geralmente os argumentos pró Neymar eram de pessoas que tem uma percepção completamente machista, tanto que a justificativa principal é que ela com certeza queria o dinheiro dele e que ele poderia ter quem quisesse, além de deixar nas entrelinhas que ela seria prostituta de luxo. Estes argumentos desconsidere, pois carecem de qualquer reflexão a não ser o mais do mesmo: as mulheres continuam sendo objetificadas. No entanto, os argumentos contrários a estes é que assustavam mais, pois a maioria não era em defesa de Najila, tentando construí-la como sujeito passivo do crime em questão, mas as narrativas giravam na necessidade de construir Neymar como sujeito ativo. Ora, em um primeiro momento, sem nenhuma análise dos fatos começaram as condenações virtuais. Ele, por ser ele, não teria direito a ampla defesa, foi previsivelmente condenado e eschachado por nós feministas e militantes virtuais.

E não estou, em nenhuma medida querendo que se enxergue Neymar como vítima, mas quero chamar atenção do perigo dos nossos discursos quando quem estiver no banco dos réus não for alguém que a grande imprensa defenda e tenha dinheiro o suficiente para contratar e garantir a ampla defesa. Afinal, quem protagoniza no sistema de justiça criminal não são pessoas que comportam este perfil.

Seguem alguns comentários feitos na postagem da Advogada Maíra Fernandes (2019) que pegou o caso e foi exulsa do Cladem – Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher:

**Juliana Porto** - E segue a falácia da mulher q foi ou não estuprada. Só pergunto uma coisa, alguém aqui se exporia acusando de estupro um cara famoso, apenas e tão somente pela fama? Será q a imagem dela não está muita mais manchada q a dele.? Será q tudo estupro tem provas?"

**Caca Ahmadi** - Como se vc fosse feminista. Me poupe e poupe as reais que defendem o feminismo e praticam. Vc enfatizou mais de 1.46383747 vezes os termos "mulheres e feminismo.

Sabemos os dados e sempre falamos. Mas, são ignorados! Quando há um caso que repercute nas mídias diversas, SEMPRE houve questionamentos e sempre havia a passada de mão na cabeça do estuprador, criminoso questionando o comportamento da mulher ou da mãe que teve um(a) filho(a) abusado(a). Sempre perguntavam "mas onde estava a mãe" e de 1000 comentários, 20 ou 50 culpavam o criminoso.

Agora, vc já foi expulsa de um local aí vem aqui fazer textão e de quebra, colocar MAIS UMA VEZ a culpa na mulher!

Antes as pessoas eram cientes agora vão mudar por causa na moça envolvida? Tu quer é pegar likes e alguns aqui dizendo sobre sua postura para até usar como exemplo de "ciência sa causa" no caso!

Super nobre de \$ua parte!

**Carla Carretta Kunze** - que palhaçada, se diz feminista e vai defender o agressor? Me poupe, mas a senhora não é feminista coisíssima nenhuma, a senhora é sim preconceituosa, está de antemão deduzindo que a palavra da vítima não vale nada. Que decepção, com feministas assim, nem precisamos de agressores, a sua postura já nos agride!

**Renata Cassini** - Um cara famoso é acusado de estupro, tem uns 10 advogados homens, ou seja, não está desassistido, mas, olha o emarketing: seria ótimo uma mulher advogada conhecida como feminista pra aliviar a imagem. Bingo! Nada contra a advogada aceitar a causa já que até culpados merecem defesa, mas dizer que aceitou porquê se convenceu da inocência do acusado é se colocar no patamar de julgadora, o que não lhe compete e,

sim, nesse caso culpabiliza, antecipadamente, a mulher e, pasmem, sem o devido processo legal.

**Renata Martins** - Lamentável. não é não. Ela não quis naquele momento por não ter camisinha, é um direito que ela tem. Se não foi consensual é estupro e ponto sra. advogada.

Esta postagem teve aproximadamente mil e quatrocentos comentários, pessoas indignadas com o fato de uma advogada que se colocava como feminista assumir a causa alegando que estava convencida da inocência do acusado, mas para a maioria das mulheres feministas que comentavam na publicação, a advogada foi instrumentalizada pelo jogador, acusaram o mesmo e embora dissessem ser a favor de que ele tivesse defesa, esta não poderia ser feita por uma feminista.

O que se nota após a leitura dos comentários é que ao chegar a conclusão que a defesa não poderia ser feita por uma feminista é porque neste caso se tratava de um réu cheio de privilégios que efetivamente havia cometido um crime de estupro contra uma menina que não preenchia os requisitos de vítima e, portanto, não teria a justiça ao seu favor. O papel das feministas então seria dar-lhe visibilidade, somando-se a ela e não permitindo que este homem saísse ileso da justiça criminal. Ainda nos comentários da postagem referida acima:

**Brunp Reis** - Não sabemos se é verdade ou não, cabe à justiça julgar. Mas usar um movimento sério e importante como o feminismo pra dar credibilidade à defesa do Neymar é muito oportunista. Contrataram você pra isso, para usar do respaldo de uma advogada "feminista" para inocentar uma acusação de estupro que está em vias de ser apurada. Não é sobre ser inocente ou culpado, é sobre você estar usando uma fala de um suposto lugar feminista para desacreditar mais uma vez uma possível vítima. Triste.

A mulher ser colocada no lugar presumidamente de vítima custou para nós ao longo da história, e aqui não me refiro a vítima dentro do contexto processual, refiro-me a vítima presumida socialmente, ser uma pessoa carente de malícias e atividades. Pois vejam bem: com certeza quem acusa de estupro é vítima e a advogada que se convenceu processualmente não aceitou o caso porque se convenceu, mas porque foi instrumentalizada por um homem, pois ela seria incapaz de ter ambição como o homem comumente tem em sua atuação profissional.

Óbvio que em crimes contra mulher se deve acreditar na palavra da vítima, o judiciário deve tomar todas as medidas de forma cautelar a garantir a segurança e o acolhimento da mulher, no entanto, aqui não se está falando da política de Estado, mas dos tribunais sumários das redes sociais. As pessoas dão palpite, julgam, fazem suas lacrações sem ter a real noção das consequências do punitivismo delas, que inclusive poder ser tão severos ou mais que o próprio sistema de justiça criminal.

Esta aí a grande dificuldade de nós feministas brnacas percebemos que o discurso puramente feminista não nos basta, é necessário o debate sob a ótica do feminismo negro. Afirmando mais uma vez: a diferença entre Neymar e os demais que estão no banco dos réus é que o primeiro pode contratar inclusive a vanguarda para sua defesa, os demais ficam na maioria das vezes dependendo da abarrotada defensoria pública ou de advogados/as dativos, possuem uma defesa extremamente prejudicada, mas antes de poderem se defender, socialmente já tem suas fotos espalhadas na imprensa, em correntes nas redes sociais e manifestações públicas de condenação. Se esta pessoa é absolvida, não terá dinheiro para fazer uma campanha de marketing para se livrar do estigma que carrega, provavelmente terá que se mudar da periferia que reside e seus familiares sofrerão duras consequências, além da eterna desconfiança que levará consigo até o final da vida.

Os “escrachos virtuais” em um primeiro momento podem parecer uma importante ferramenta para combater atos violentos, sobretudo, no que diz respeito a violências contra a mulher. Eles possibilitam uma reorganização em torno da vítima que lhe confere até certo ponto proteção e fortalecimento, no entanto, nada mais é do que um novo método, na realidade um método tecnológico para condenações sumárias.

Parece-me inadmissível que um movimento que tenha por base a defesa dos direitos humanos inverta o quadro e passe a ser o violador desses direitos humanos. Presunção de inocência não é conversa de advogado e não é meramente assunto de ‘tribunal’. Direitos fundamentais não funcionam apenas como proteção do indivíduo contra o Estado, mas também, na mais elementar das noções conhecidas sobre estes, funcionam também nas relações entre os cidadãos. Nessas horas, grita lá no fundo para mim, sempre, a mesma expressão: ‘esquerda punitiva’. A ideia devia ser uma preocupação constante dos movimentos sociais, que, construídos pelo oprimido, conhecem a força do uso do sistema punitivo e das violações de direitos humanos. Infelizmente, a realidade tem sido que a ideia, de um guia, passou a ser essa armadilha constante em que caem os movimentos (MAGALHÃES, 2013).

O nome que se confere a este comportamento é “esquerda punitivista”, e aqui se percebe o maior erro das teorias críticas: elas foram construídas a partir de ‘recortes’ e não mudanças epistemológicas reais no modo de ver as coisas. Isto porque, em um caso como este fica evidente que o problema não está na seletividade penal, o problema é porque os fatores de seleção institucionalizados incomodam em alguns crimes, no entanto, a falta de defesa, o punitivismo acrítico e a condenação sumária, pode ser feita por pessoas consideradas críticas e detentoras do saber. A esquerda vanguarda vem criando por outro lado seus próprios parâmetros para seletividade e também reproduz a lógica punitivista, mas como sempre busca falar entre seus pares, acaba se sentindo legitimada para tal, o mesmo ocorre no judiciário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: MAIS FEMINISMO NEGRO, MENOS LACRAÇÃO**

Tem uma máxima no movimento feminista que é: “a revolução será feminista, ou não será”. Na realidade a revolução será pelo feminismo negro ou não será. Não há análise que possa ser feita por outra lente profundamente radical que não se construa pelo feminismo negro. Nós brancas, sabemos muito pouco. Nossas construções, ainda que dentro de um campo progressista, crítico, ainda estão amparadas em paradigmas racistas e classistas.

Fácil o processo de condenação sumária sob o discurso de que o judiciário é machista. É machista, mas também é racista, e no discurso do punitivismo e da condenação sumária as pessoas mais afetadas são as negras, homens e mulheres. O discurso não punitivista não tem a ver com o acolhimento à vítima, esta é uma falsa polarização. Acolher a vítima, acreditando e ofertando todos os mecanismos para sua defesa e empoderamento, não passa pela necessidade dos escrachos virtuais, lacrações e competição de quem é mais ou menos feminista.

Se um homem comete um crime de estupro que seja responsabilizado por isto, mas não cabe a sociedade civil fazê-lo, ainda que seja aquela que tenha o discurso de liberdade e democracia. Na verdade, sobretudo esta. Em um cenário político de poucas ideias e discursos vazios, a necessidade de se tornar opressor é assustadora. As falas de lacração em nada contribuem para construção coletiva, na realidade só evidenciam o quanto falhamos na nossa formação crítica não só quanto referencial teórico, mas também quanto sujeitos políticos embuidos de discurso de transformação.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revan. Instituto Carioca de Criminologia 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários do Código Penal**. V.VIII, arts.197 a 249. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1947.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Ed. 1. São Paulo: Boitempo, 2016.

FERNANDES, Maíra. Disponível em: <[facebook.com/maira.fernandes.5095/posts/1096214897255143](https://facebook.com/maira.fernandes.5095/posts/1096214897255143)> Acesso em 06/06/2019.

GAROFALO, R. **Criminologia: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal**.Campinas: Petrias, 1997.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ed. Ícone, 2013.

MAGALHÃES, Camila. **Sobre Feminismo e a exposição de pessoas nas redes sociais**. Disponível em: <<https://blogueirasfeministas.com/2013/11/04/sobre-feminismo-e-a-exposicao-de-pessoas-nas-redes-sociais/>> Acesso em 20/11/2019.

MANFRAO, Caroline Colombelli. **Estupro: prática jurídica e relações de gênero**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

Maris, MARCELA. **A Escola Positiva e Direito Penal**. Disponível em: <<https://marcellamarisrpv.jusbrasil.com.br/artigos/229756467/a-escola-positiva-e-direito-penal>> Acesso 20/05/2019.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: Notas sobre a “Economia Política” do Sexo**. Ed. S.O.S. Corpo, Recife, 1993. Disponível em: <<file:///C:/Users/Maria%20Julia/Downloads/OTraficoDeMulheres.pdf>> Acesso em 19/05/2019.

# IDENTIDADE DIVERGENTE: UMA ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO E OS SEUS EFEITOS PARA A MUDANÇA DE PARADIGMAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

**Mariana Candido dos Santos**

Graduanda em Direito. Intercambista da Faculdade de Direito do Porto (UPORTO). Pesquisadora do Grupo de Estudos Avançados (IBCCRIM). Pesquisadora e Co-coordenadora do Grupo de Estudos em Gênero e Direito (CESMAC).

**Nayra Beatriz Souza de Miranda**

Graduanda em Direito. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Gênero e Direito (CESMAC).

## INTRODUÇÃO

Mais do que um conjunto de normas reguladoras da vida social, o Direito é uma ciência humana, e como tal deve ter nos seres humanos, com seus corpos, identidades e sexualidades, o núcleo de suas preocupações.

A despeito da pretensa objetividade dos fatos jurídicos, estes são permeados por subjetividade. E os sujeitos de direito são também, como diz Régine Mougin-Lemerle, sujeitos de desejos (2004, p.01).

Assim é que, apesar da necessidade de declaração do nome e do sexo do registrando no assento de nascimento, exigida pelo Art. 54, §2º, da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/1973), e de sua pretensa imutabilidade, a formação das identidades humanas pode seguir caminho distinto daquele apresentado em seu documento oficial. Desse modo, e considerando a ideia que permeia o sistema sexo/gênero, de que o primeiro seria um dado biológico, enquanto o segundo um dado social, é perfeitamente possível que alguém apresente uma identidade de gênero distinta da esperada em razão do sexo inscrito em seus documentos de identificação.

Essas pessoas, cuja identidade sexual destoa dos padrões tradicionais, serão aqui chamadas de pessoas de sexualidade divergente, dissidente ou, como parece preferir Foucault, periférica (1999, p. 41). Embora a expressão seja capaz de abranger questões que ultrapassam a identidade de gênero<sup>1</sup>, abarcando a orientação sexual<sup>2</sup> e mesmo anatomias sexuais diferentes do padrão de normalidade, esta pesquisa não cuida especificamente do estudo da *homo* ou *heterossexualidade* (que devem ser tratadas apenas tangencialmente dentro do contexto de estruturação da identidade sexual humana), mas especialmente da transexualidade, que representa o desacordo entre o sexo e o gênero.

Recentemente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, o Supremo Tribunal Federal reconheceu “aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à

---

<sup>1</sup> Expressão relacionada ao gênero com que a pessoa se reconhece, que pode ou não corresponder à identidade esperada a partir da atribuição do sexo no nascimento, diz respeito a uma percepção interna (DIAS, 2016, p. 53). Desse modo, havendo correspondência entre a identidade esperada a partir da genitália da pessoa e aquela por ela manifestada, fala-se em cisgeneridade. Em casos de discordância, utiliza-se a denominação transexualidade.

<sup>2</sup> Refere-se ao direcionamento da atração emocional, afetiva ou sexual a algum gênero, que pode ser o mesmo do enunciador do desejo (homossexualidade), o oposto (heterossexualidade), ambos (bissexualidade) ou incluir pessoas que não se encaixem na classificação binária de gênero homem/mulher (pansexualidade).

substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”, revelando que o registro civil já não se limita a declarar a realidade biológica.

Mais do que uma problemática de classificação humana, as possibilidades de alteração do sexo e nome no registro civil expõem questões existenciais, e demonstram a fragilidade das definições de sexo constantes dos registros oficiais.

Por ter garantido o direito à liberdade e à dignidade, nenhum ser humano deve ser aprisionado em um corpo do qual não se sinta dono, como afirma Tereza Vieira (2004, p. 117):

O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação de sexo e prenome, ancora-se no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. Trata-se, destarte, de um direito da personalidade.

O direito à identidade e ao próprio corpo são apenas exemplos desses direitos da personalidade, instrumentos de tutela de interesses tópicos da pessoa a fim de impedir o ataque de outrem à sua esfera privada (ANDRADE e GUDDE, 2013, p. 5).

Entende-se que as pessoas, mais do que seus determinismos, são sujeitos, podendo se posicionar frente ao destino, não se podendo perder de mente que existe uma esfera do indivíduo frente ao Estado (NETO, 2004, p. 22 e 26), que precisa ser respeitada para que o Estado mesmo não perca sua razão de ser.

Cumprindo com os objetivos específicos iniciais desta pesquisa, que passam pelas discussões, da análise das distinções clássicas entre os conceitos de gênero, sexo biológico e sexo jurídico, e a partir disso, encaminhando-se para a discussão da construção cultural dos corpos e suas subjetividades, e a problemática do tratamento jurídico reservado às pessoas de sexualidade não binária.

E assim, procede-se às questões mais específicas, como os direitos ao corpo e a identidade como direitos da personalidade e evidentemente, concebida como direitos fundamentais, e por fim, o estudo do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4275, assim como o Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça para verificar os requisitos e procedimento exigido para a alteração do registro civil de pessoas transgêneras. É também objeto da presente pesquisa analisar os possíveis efeitos penais decorrentes da alteração proposta pela jurisprudência e pelo provimento do CNJ.

A metodologia aplicada não se materializou de uma forma linear, mas sim, foi formada por fases que se completam, tivemos uma fase exploratória, outra descritiva, e por fim, explicativa. Os encaminhamentos da pesquisa diante desta forma metodológica, manteve-se na busca de garantir a atualidade, pois se baseou em grande parte no levantamento bibliográfico de fontes atuais, ou que são referência na matéria, como também, na busca de legislações nacionais e normas internacionais.

Com isso, a seguinte exposição se valerá destes pontos, e foi embasada com a pesquisa bibliográfica produzida na primeira parte, em sua maioria, na fase exploratória.

Durante toda a pesquisa, se fez necessário, a adoção da perspectiva de gênero, na leitura do direito, ou seja, as jurisprudências e os textos legais foram vistas com o ponto de partida da discriminação já sofrida pelas mulheres e pelo corpo transgênero principalmente

Pois o transgênero é o colapso do que sai da ordem social estabelecida, considerando os estudos de gênero que a sociedade é androcentrada, vez que suas instituições foram criadas por homens cisgêneros, para homens cisgêneros, de acordo com seus interesses e necessidades e

eventualmente considerando a imagem do que estes acham que os outros precisam, frequentemente com base em estereótipos.

## DA CONSTRUÇÃO CULTURAL DOS CORPOS E SUAS SUBJETIVIDADES

Analisando as distinções clássicas entre os conceitos de gênero, sexo biológico e sexo jurídico, nos remete a discussão de que perceber-se do gênero feminino ou masculino é uma construção social<sup>3</sup>. Assim sendo, constata-se, ao passar do tempo, o crescimento exponencial de indivíduos que não se reconhecem no gênero que lhes foi designado ao nascer. Todavia, ser impedida, impedido ou *impedide*<sup>4</sup> de adequar o próprio corpo à própria identidade de gênero, ocasiona danos psíquicos, principalmente quando acentuados pela discriminação social. Dentro deste contexto, observa-se que afastar os meios de um indivíduo de expressar plenamente seu gênero é deteriorar um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais do que um conjunto de múltiplas combinações de fatores biológicos, psicológicos e sociais, de delimitações e definições amplas, compostas de diversas concepções e significados, o sentido de *gênero* hoje, é percebido sob o guarda-chuva do supracitado princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como predecessor principal a ideia de *pessoa*. Gênero, portanto, seria um dos bens jurídicos que compõem o conceito de pessoa. Nessa perspectiva protege-se, sobretudo, *a pessoa* — alguém que têm direito de expressar-se como bem entender.

A filósofa parisiense Simone de Beauvoir, discorre, ao longo de sua produção literária, sobre o significado de ser mulher. Através de seus textos, discute, de forma pioneira o perceber-se do gênero feminino, porque este lhe foi designado. O *ser mulher* não é opcional, é vinculante. Torna-se (DE BEAUVOIR, 1967).

NINGUÉM nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. (grifo nosso) (DE BEAUVOIR, 1967, p. 9)

A partir daí, surgem diversos debates sobre os temas gênero, sexo e sexualidade — os estudos do *Outro* (DE BEAUVOIR apud FEMENÍAS, 2003, p. 17-53). Em *A História da Sexualidade*, do filósofo, também francês, Michel Foucault (1999), identifica-se que todo organismo social funciona em torno dos ritos (e mitos) do sexo<sup>5</sup> e da sexualidade.

Do singular imperativo, que impõe a cada um fazer de sua sexualidade um discurso permanente, aos múltiplos mecanismos que, na ordem da economia, da pedagogia, da

---

<sup>3</sup> “A tese de que gênero é uma construção social, ou, como afirmam Ulrike Teubner e Angelika Wetterer, a ideia de “que estamos lidando, no que concerne ao pertencimento de gênero de pessoas ou ao sistema binário de gênero como princípio de classificação e diferenciação, não como um dado da natureza, mas como resultado de processos de construção social” (1999, p. 12), representa hoje, para muitos, uma obviedade”. (MAIHOFER apud TEUBNER et WETTERER, 2016, p. 875-876).

<sup>4</sup> A linguagem não-binária na língua portuguesa: possibilidades e reflexões making herstory. 2019. “A finalidade primordial da linguagem não-binária (LNB) é “trazer uma reflexão acerca do binarismo presente na LP e a dificuldade de pessoas que não se identificam com o binário de gênero (homem x mulher) nas formas escrita e falada” (LAU, 2018, p. 13). Uma das línguas oficiais do Brasil – a LP – não possui um “gênero neutro”, pois nela se nota essa “caixinha binária”, porque falamos *o copo*, *a televisão*, por exemplo. Ou seja, marcamos o gênero masculino e o feminino em tudo. Nessa mesma perspectiva, não faz exceção quando se refere às pessoas. A LP diferencia e dicotomiza tudo em masculino e feminino. Por outro lado, se houvesse esse “gênero neutro” na LP, as pessoas que não se identificam com os pronomes binários se identificariam com o “neutro” ou se sentiriam diminuídas pelo teor desta terminologia?”

<sup>5</sup> Coito.



medicina e da justiça incitam, extraem, organizam e institucionalizam o discurso do sexo, foi imensa a prolixidade que nossa civilização exigiu e organizou. Talvez nenhum outro tipo de sociedade jamais tenha o nome presta-se ao trocadilho com o verbo *jouir* (em francês: gozar). (N. do T.) acumulado, e num período histórico relativamente tão curto, uma tal quantidade de discurso sobre o sexo. Pode ser, muito bem, que falemos mais dele do que de qualquer outra coisa: obstinamo-nos nessa tarefa; convencemo-nos por um estranho escrúpulo de que dele não falamos nunca o suficiente, de que somos demasiado tímidos e medrosos, que escondemos a deslumbrante evidência, por inércia e submissão, de que o essencial sempre nos escapa e ainda é preciso partir à sua procura. (FOUCAULT, 1999, p. 33-34).

Embora ainda relevantes e mundialmente referenciadas, as análises de Beauvoir acerca do ser mulher alcançam apenas o proposto: são, exclusivamente, um estudo sobre o papel do feminino, das definições, das abrangências e limitações do universo “feminino”, dentro de uma ótica cisgênero<sup>6</sup>. Como defende Femenías, para Judith Butler, ao criticar Simone de Beauvoir, ainda que na obra da filósofa francesa o uso do verbo “tornar-se” tenha significados plurais, o ponto de vista beauvoriano é claro ao defender a tese de que o ser mulher é algo voluntário, se entendermos o “tornar-se mulher” como conjunto de diversas “microescolhas” feitas ao longo da trajetória de um indivíduo que reconhece-se mulher; faz parte de uma cadeia de escolhas pertencentes à um projeto (FERMENÍAS, 2003, p. 17-53) que é, tão somente, “um processo de assumir *um certo estilo corporal e um certo significado* em que os gêneros são eleitos em algum sentido.” (FERMENÍAS, 2012).

Se entendermos, porém, o “tornar-se mulher” como escolha existencial<sup>7</sup> (FERMENÍAS, 2012), teria-se que escolher ser mulher é escolher entre uma cadeia de performances de gênero, pender para uma ou outra. Assumir que alguém escolhe “de boa vontade” performar o gênero atribuído à si antes mesmo que pudesse reivindicar qualquer um, é, em síntese, erroneamente atribuir à pessoa a completa percepção de toda malha social, em seus diversos graus de influência. É possível dizer que é impossível querer performar o feminino cisgênero tendo plena consciência de que lhe será dado, se dado, o papel de outro.

Butler desfaz-se de Beauvoir para questionar se somente os indivíduos tidos como “fêmeas” podem vir a enxergar-se no que entende-se “mulher”.

Nesse sentido, a distinção sexo/gênero implicaria uma heteronomia radical dos corpos naturais e os gêneros se construiriam de modo tal que “ser fêmea” e “ser mulher” seriam duas formas diferentes de “ser”. O verbo copulativo “ser” asseguraria uma relação fixa e idêntica, à maneira de disjuntivas excludentes. Entretanto, continua Butler, nunca se é mulher num mesmo sentido: tal identidade não é possível. Ao contrário, se, por definição, o gênero é a variável cultural que interpreta o sexo, carece ele de firmeza e deixa em aberto as características interpretativas da identidade. **Por isso, ser um gênero (homem, mulher ou, em termos de Butler, paródico) é sobretudo estar comprometida/o com uma interpretação cultural no uso dos corpos, posicionada/o dinamicamente em um campo de possibilidades culturais.** (grifou-se) (FERMENÍAS, 2012, p. 315-316).

Como supracitado, o desenho filosófico-sociológico do gênero está circunscrito ao estudo de todo àquele que não é homem cisgênero. Debate-se, hoje, para além das limitações do sexo biológico. Como defende Andrea Maihofer, em “O gênero como construção social — uma consideração intermediária” (2016):

<sup>6</sup> Entende-se por cisgênero o indivíduo que se reconhece no gênero que lhe foi dado ao nascer.

<sup>7</sup> “Na interpretação de Butler, que mantém a ambiguidade do uso de “tornar-se”, Beauvoir teria entendido o gênero como o *locus corpóreo das possibilidades culturais tanto recebidas como inovadas*. Se isso fosse assim, tal como assinala Butler, se teria interpretado mal a teoria beauvoriana da escolha existencial. “Escolher um gênero” seria então escolher entre o conjunto de possibilidades previamente inscritas em uma rede de profundas e intrincadas normas culturais.” (FERMENÍAS, 2012, p. 315).

**Se antes o foco estava sobretudo ‘nas mulheres’, ‘nos homens’ (pesquisa sobre homens’) e sua relação (pesquisa da relação entre gêneros), estamos lidando agora com um questionamento fundamental de gênero: por que gênero, afinal?** De que maneira o gênero é constituído socioculturalmente de forma reiterada? Qual o significado de tantas sociedades se organizarem centralmente através do gênero — e, atualmente, através do sistema binário de gênero heterossexual? Observando detalhadamente, como isto ocorre? E quais são as consequências para a organização da sociedade, para a língua, para a arquitetura, para a ciência, para o pensar, para o corpo, e, não por último, para (a gênese d)os indivíduos? (grifo) (MAIHOFER, 2016, p. 876).

Existem, ainda, ressalvas a serem feitas sobre a interpretação de gênero e sexo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, a doutrina e jurisprudência não distinguem, necessariamente, sexo e gênero. Habita, em nosso ordenamento, o denominado “sexo jurídico”: é a expressão que reúne sexo biológico, designado ao nascer, junto à expressão do gênero (LOPES). O ordenamento jurídico brasileiro, por vezes, propõe-se à analisar questões similares apoiando-se em estudos científicos, biológicos, “técnicos”. Exemplo rápido é o conceito de pessoa: o art. 2º do Código Civil de 2002 tem em seu bojo a proteção aos direitos do nascituro. Para doutrina e jurisprudência, novamente, estabelecem-se série de critérios para o que deve-se considerar nascituro. Enxerga-se apenas o aspecto morfológico. Posterga-se o direito ao aborto.

Não é difícil perceber que o legislador procura, reiteradamente, alicerce em ciências mais afastadas das ciências sociais para discutir matéria de direito. É o que acontece aqui. As ciências sociais, em recente onda de pesquisas, têm ampliado o que se entende por sexo biológico. Trata-se de constante re-análise de alguns elementos da fisiologia humana como aparelho reprodutivo e outras características observáveis. Porém, a sede por verdades absolutas, intransponíveis e insuperáveis, imobilizam o pensamento jurídico brasileiro. Acabam por dirimir a confecção de decisões que de fato viabilizem efetivo progresso. Em jurisprudência, divergente do convencional entendimento de decisões monocráticas, tem-se por sexo jurídico:

11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. (Superior Tribunal de Justiça. REsp. Nº 1.626.739 - RS (2016/0245586-9), Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 09/05/2017, T4 - Quarta Turma, Data da Publicação: DJe: 01/08/2017)

O nome é uma das formas de exteriorizar o gênero. O direito ao nome, direito personalíssimo, encontra respaldo nos artigos 17, 18 e 19 do CC/2002. É um bem que individualiza. Componente essencial para concretização do *ser* humano. É através do nome que, pela primeira vez, um humano se sente *pessoa*. Nada mais razoável do que ter para si um nome que reflete àquele que o tem. E entendido isto, Estudar a construção cultural dos corpos e subjetividades, para a compreensão do tratamento jurídico reservado a pessoas de sexualidade não binária, nos remete a como foi concebida a noção de manutenção do sistema de sexualidade conhecido como “binário”.

Em A Origem da família, da Propriedade e do Estado, Engels afirma que existe uma série de formas de organização familiar que se encontram em contradição direta com aquelas admitidas como as únicas válidas. A concepção burguesa tradicional reconhece apenas a monogamia como forma de se fazer nascer a família. A monogamia é a regra: vai silenciando sobre o fato de que, na prática, as barreiras impostas pela sociedade oficial, costumam ser implícitas e inescrupulosamente transgredidas. As convenções sociais e hipocrisias são fundamentais enquanto sedimento da sociedade sobre os tabus denunciados por Engels, regras implícitas que

impedem o colapso das relações burguesas e a implosão da família enquanto unidade econômica da sociedade.

Esta sociedade, no seu formato burguês, em tudo gira em torno do capital, ao mesmo tempo que esconde e oprime, estimula a poligamia e a extraconjugalidade, mas apenas em favor dos homens, ou seja, a lógica opressora é a mesma.

Então a família da forma convencional que conhecemos, estruturada na monogamia, aparece como uma roupagem de escravização de um sexo pelo outro. Engels (1984, p. 71) afirma que “o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.” E é sobre isso que se assenta a debilidade da moral burguesa.

Trazendo nesta análise a transgeneridade, que é o objeto central da pesquisa, como algo que está fora da moral burguesa, que é considerado o estranho ou o ‘outro’. Essas pessoas, cuja identidade sexual destoa dos padrões tradicionais, serão chamadas de pessoas de sexualidade divergente, dissidente ou, como parece preferir Foucault, periférica (1999, p. 41). Embora a expressão seja capaz de abranger questões que ultrapassam a identidade de gênero.

Esta face da sexualidade humana se encontra no colapso em que se evita na moral burguesa, mas mesmo com os seus destaques, o capital consegue suprimir seus verdadeiros significados, e mercantiliza, gera lucro, mas ao mesmo tempo sufoca, não garantindo a plenitude das liberdades.

Com a concessão mínima de direitos e garantias, o estado burguês, se vê como já o garantidor da existência. Essa máscara opressora só serve para desfazer o colapso e sufocar ainda mais o nascimento e o amadurecimento do que sai da lógica inicial do capital.

Só que caos gera caos, no mundo dos fatos, o colapso se materializa, por exemplo, com a questão de existência de pessoas que não se encaixam nos padrões estabelecidos para o controle, mas são condicionadas a permanecer em um dos padrões aceitáveis, que é ser homem ou mulher.

E então, passa-se a compreender as distinções clássicas, que a construção cultural dos corpos e as subjetividades começam a ser forjadas, e sendo assim, corpos divergentes ou intergêneros começam a surgir na contramão daquilo que se vê como normal e habitual. E a grande discussão que se constitui em cima dessa questão, é que o binarismo (homem/mulher; macho/fêmea), entre o sexo e o gênero, estão circundados do que se entende por essencialismos advindos da natureza, e o construtivismo provenientes das construções culturais, que resultam nos valores morais, éticos, ou seja, o que se resume aos comportamentos das pessoas. E que assim, a sexualidade das pessoas pode se manifestar apenas por uma dessas duas categorizações, se é homem ou se é mulher, e estes refletem padrões de comportamentos binários.

Esses corpos, em geral, apresentam uma importância que vão além da esfera privada, pois, além de ocuparem espaços públicos, são moldados pelas influências sociais e culturais (OLIVEIRA; VIANA; SOUZA, 201\_?) e devem ser considerados relevantes para a construção de um ambiente efetivamente democrático, pois deve-se haver o reconhecimento de todas as manifestações individuais que influenciam diretamente no modo de viver, e nas demandas consideradas públicas.

Os corpos transexuais, como exposto, estão para quebrar com o binômio homem-mulher, ou seja, os que nascem e vivem de acordo com o que já foi preestabelecido. Mas, o sistema atual, em que tudo o capital aglutina, e mercantiliza, não está para as liberdades do corpo em sua plenitude. Pois, os transexuais estão para o afloramento das questões da sexualidade, porém, o

que se percebe é que o Estado, ao entrar na modernidade, não consegue mais impedir que esses comportamentos se exteriorizem, porém, ao permitir a mudança de nome e gênero, por exemplo, estão para a manutenção do arcaico sistema binário, pois, uma pessoa transexual, mesmo mudando a sua sexualidade, não pode permanecer neutra, ou seja, sem nenhuma categorização.

Sendo assim, os corpos que estão, em sua essência para a liberdade, acabam sendo privados e silenciados de viverem como querem, pois, o sistema continua para o controle dos corpos.

Os avanços científicos proporcionaram a pessoa transexual conhecer a sua natureza específica, assim como possibilitou o acesso às tecnologias capazes de modificar seu órgão genital, buscando adequação ao seu sexo psicossocial. É um processo lento e árduo, envolvendo o trabalho multidisciplinar de triagem, análises psicológicas, entrevistas, exames médicos pré-operatórios. Porém, vários problemas surgem diante desse “eterno retorno”<sup>8</sup>, pois, a inadequação quanto às categorias existentes, chama-se do que entendemos por uma pessoa não binária, ou seja, apresenta um sexo biológico bem definido, mas na construção da sua identidade possui características que fogem à categorização binária já existente. Sendo assim, nada se relaciona com hermafroditismo, mas sim com a total falta de identificação com a binariedade, até então estabelecida como regra (JUNIOR, 2018).

Essa temática do espaço da pessoa intersexual ou não binária, que não são categorias sinônimas, mas se cruzam quanto à questão da “não padronização de vivências”, não é muito explorada pelo Direito, pois como aconteceu com falsa aceitação dos transexuais, está para a fuga do controle dos corpos que o sistema cisheteropatriarcado<sup>9</sup> fundamenta.

Se, conforme argumenta Butler (2008, p. 163), “[...] a categoria de ‘mulher’ não é necessariamente a construção cultural do corpo feminino, e ‘homem’ não precisa necessariamente interpretar corpos masculinos”, não existe relação entre sexo e gênero e “[...] o gênero em si não está necessariamente restrito aos dois usuais”, que são, neste caso, o masculino e o feminino. Nesta perspectiva, a intersexualidade é realidade possível, porque, da mesma forma que o gênero, é meio para a naturalização do masculino e do feminino, através de seus corpos, também podendo se transformar em instrumento para a “[...] desconstrução da naturalização do sexo”, segundo Butler (2008, p. 43), e sua consequente manifestação cultural, o gênero.

E, tomando consciência, das teorias críticas do direito, especificamente em Pachukanis, na sua obra “teoria geral do direito e marxismo”, em síntese, o direito é a pura manifestação do sistema econômico vigente, que controla os seus sujeitos para a livre troca de mercadorias, e leia-se, mercadorias, como qualquer coisa que possa se tornar em lucro. Com isso, o capitalismo, se organiza para segregar, e colocar a maioria dos sujeitos em situações de dominância, por isso, o sistema não permite que se criem mecanismos de emancipação, mas sim mecanismos de controle que tem o objetivo de apaziguar as discrepâncias, e com isso expandir o seu controle<sup>10</sup>.

Tendo essa ideia, é perceptível que a fuga das padronizações do sistema binário refletem a maior ação revolucionária do ser, enquanto existência, pois preconiza o respeito a si, com todas as

---

<sup>8</sup> Conceito estoico que pode ser referido a uma repetição de mundo que se extingue e volta a ser criado; conceito usado e ressignificado por Nietzsche, para nos fazer entender que se tudo retorna nada de novo irá existir a não ser a eterna variação de vivências e nuances variadas da mesma realidade.

<sup>9</sup> Termo cunhado pela pesquisadora baiana em seu livro “O que é interseccionalidade?” (AKOTIRENE).

<sup>10</sup> Leia-se neste aspecto, o nosso objeto do trabalho, que é o estudo da ADI 4275 e o provimento nº 73, que estão para a concessão de mudança de nome e gênero, inegavelmente um avanço, porém é a mais nítida forma de restabelecimento do sistema binário.

suas particularidades<sup>11</sup> e o respeito pleno ao outro, sem colocar em cheque a sua participação nas relações jurídicas, pois, o entendimento central é que, não precisa ser mulher ou homem, para se ter direitos e cumprir deveres, sendo assim, o não binarismo é a maior expressão da emancipação humana.

A vida em sociedade é muito dinâmica, e não deve seguir uma linearidade, justamente, porque não consegue. A disputa de narrativas, e o eterno retorno de subjetividades, na sua eterna construção e reconstrução, não está para ser suportada por esse formato de Estado, e de estruturação da vida dos sujeitos de direitos.

A partir deste raciocínio, não devemos, contudo, negar a participação do estado enquanto garantidor de direitos.

O Estado Democrático de Direito materializa sua máxima através da expansão e efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, em tese<sup>12</sup>. A promoção de direitos, para majoritária parte da doutrina constitucionalista brasileira (CUNHA, 2018), é mecanismo decisivo na legitimação de grupos; por meio desta, indivíduos antes subordinados a moldes — cisheteropatriarcado (AKOTIRENE) — passam a possuir alguma atenção do legislador, ao passo que se alcança, hipoteticamente, alguma segurança jurídica.

Sabe-se, portanto, que todos àqueles componentes à sociedade, têm, no mínimo, direito de existir livremente. Não podendo ocorrer sobreposição e/ou hierarquização de vontades, cores e corpos: é necessária atuação estatal para que essa liberdade seja concreta e equivalente para todos. O jurídico é meio, não fim.

Em razão disso, a presente pesquisa volta a análise ao ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal e seus Códigos (obedientes à supremacia da primeira), têm em seu bojo a proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Pensa-se no termo “proteção” porque este transcreve-se em princípios, cuja natureza, no ordenamento, é nortear o pensamento jurídico. Sob esse guarda-chuva, surge a malha de direitos da personalidade. Definem Pamplona e Stolze (2002): “os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e suas projeções sociais.”.

Pamplona e Stolze (2002) observam que a personalidade é parte intrínseca do indivíduo, abrangendo sua integridade moral e intelectual. Isto posto, nada mais esperado do Estado Democrático de Direito que estabeleça mecanismos de proteção a todos os aspectos supracitados. Em Cartilha, alcançando o objeto em pesquisa, define o Ministério Público do Ceará:

(...) mulheres transgêneras que adotam nome, aparência e comportamentos femininos devem ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transgêneros que adotam nome, aparência e comportamentos masculinos devem ser tratados como quaisquer outros homens. Isso vale para o respeito ao nome social e para situações como o uso de banheiros públicos e outros locais segregados segundo o gênero, como estabelecimentos prisionais ou abrigos. (MP/CE, 2017, p. 12)

Há transexuais<sup>13</sup> que, devido ao fato de não se reconhecerem com seu sexo biológico e sua identidade de gênero, necessitam de acompanhamento médico para mudanças, que transitam desde utilização de hormônios e até mesmo intervenções cirúrgicas, para uma adequação de seu físico ao seu psicológico, a mudança que essas pessoas passam não são obrigatórias para seu

<sup>11</sup> Indo de encontro com a imposição da cirurgia de troca de órgãos que necessariamente no entendimento de Butler, de que sexo e gênero também são criações sociais, forjam uma masculinidade e feminilidade desnecessária.

<sup>12</sup> Escreve-se “em tese” porque, como será detalhado ao longo do presente trabalho, questiona-se a verdadeira intenção do Estado burguês em relação à emancipação de corpos.

<sup>13</sup> Frise-se a coexistência de transgêneros e transexuais. O texto refere-se ao indivíduo que possui vontade de transicionar fisicamente, o que não necessariamente é uma regra.

reconhecimento jurídico, mas, uma vez via de acesso para plena expressão do seu *eu*, torna-se direito básico.

Apesar do art. 16 do CC/2002 legislar que toda pessoa tem direito a prenome e sobrenome, a Lei de Registros Públicos no art. 58, na redação original, afirmava que o nome era imutável. Apesar da alteração feita no artigo, a flexibilização ainda não afastava totalmente o que dispunha a redação original. A mudança apenas ocorria quando o nome expunha “ao ridículo” o seu portador, assegurando assim, a pessoa heterossexual sua liberdade à exceção da mudança no prenome, contudo, tendo em mente o direito à igualdade, que se entende por ser base para uma sociedade desenvolvida (de acordo com quem) a impossibilidade da mudança ser realizada para o transexual na quebra desse princípio, diante do tratamento discriminatório, havendo diferenciações sem fundamentação jurídica.

De acordo com o princípio da igualdade substancial, todo ser humano deve ser tratado na mesma maneira, visto que o art. 5º da Constituição Federal de 1998, em seu caput, ‘somos todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’, sendo assim pode concluir que a mudança do prenome da pessoa transexual é um direito fundamental.

É necessário também demarcar o conceito de sexo jurídico. É o sexo *legal*, dentro da perspectiva jurídica, aquele definido apenas pelo órgão externo do nascituro e é colocado em seu registro civil.

No Brasil, para a realização da cirurgia de redesignação de sexo é preciso que o paciente passe pelo menos dois anos com acompanhamento de uma equipe médica especializada, contendo: psicólogos, psiquiatras, ginecologistas, cirurgiões, entre outras especialidades, enfim, vasta aparelhagem técnica, para que assim possam ter o laudo que confirme sua transexualidade e seja realizada cirurgia.

As cirurgias realizadas no Brasil não são consideradas crimes e nem o médico será indiciado, visto que a partir do momento que é comprovado o laudo da pessoa transexual, a cirurgia passa a ter um fim *terapêutico* e não crime de mutilação, como previsto no artigo 192, § 2º inciso III do Código Penal. O uso do nome social já era assegurado por diversas leis estaduais e municipais no Brasil, devido ao Decreto Presidencial nº 8.727/2016.

## **O ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI Nº 4275**

A votação foi realizada em março de 2018. A maioria dos ministros da Corte afastaram-se do entendimento da relatoria quanto a necessidade de autorização judicial. É importante frisar que a diferença fez-se em dois votos: seis votos acolheram integralmente o pedido da Procuradoria Geral da República, concedendo interpretação conforme a CF/88 do art. 58 da Lei 6.015/1973 e quatro, parcialmente. Um ministro aliou-se ao voto da relatoria e outros dois votaram, de forma mais afastada, “para reconhecer os direitos dos transgêneros de alterarem o registro civil desde que haja ordem judicial e que essa alteração seja averbada à margem do seu assentamento de nascimento, resguardado sigilo à modificação”. (STF, 2018).

A controvérsia submetida ao Supremo consiste em definir se, ante a norma, é possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, estabelecendo-se a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 em harmonia com o Diploma Maior. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.275/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJE/DOU 28/03/2019).

O relator abre o voto pontuando a laconicidade do dispositivo. Por laconicidade e polissemia, parte do vocabulário usado pelo mesmo, entende-se que o art. 58 é simples em sua

redação e que pode ser lido de várias formas. Porém, entendê-lo como instrumento para afastar direito à mudança é inconstitucional. Rejeita, portanto, nas primeiras linhas de seu voto, a propositura de inadmissibilidade de ADI pela Advocacia-Geral da União.

Em seguida, vale-se de doutrina de Maria Berenice Dias para dispor sobre o tratamento terminológico da matéria em questão. Assim explica a autora, em trecho disponibilizado ao voto:

Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. (grifou-se) (DIAS, 2014, p. 43)

Imediatamente, traz posicionamento consoante do entendido pela autora referenciada. No texto de Dias, assim como no voto de Mello, a transexualidade surge de um lugar de extremo desconforto e a possibilidade de adequação do indivíduo, psíquica e fisicamente, deve ser objeto de atenção do Estado. Defende:

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio.

[...]

Consectário lógico desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Observem a organicidade do Direito. A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe.

Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.275/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJE/DOU 28/03/2019).

Entretanto, o posicionamento do relator muda drasticamente durante o voto. Diverge do relator do início da redação, que fazia objeção às restrições impostas à dignidade da pessoa humana, ao defender a impraticabilidade de um Estado Democrático de Direito “inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada”.

Em tese, afirma ser preciso que transsexuais comprovem sua transsexualidade tecnicamente para que tenham requerimento validado, observando a Resolução n. 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia de “transgenitalização”. A resolução preconiza, em termos higienistas, que o diagnóstico do “transsexualismo” se dará, além de outros dois critérios, pela “permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente”.

Embora acredite que a mudança do registro civil poderá ser concedida aos indivíduos aos quais, nas palavras do próprio ministro, era impossível “impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a fruição de direitos fundamentais”, entende ser imprescindível o diagnóstico médico de “transexualismo”, conforme preceitos da Resolução do CFM. Com isso, atribui mais

uma função ao judiciário “neutro”: averiguar a veracidade do interesse do particular, uma vez que, para o magistrado, o “critério morfológico” (supostamente ameaçado pela abrangência da possibilidade de mudança de registro civil) ainda é usado para identificar pessoas.

Confere ainda, ao batalhão de pressupostos, a aferição em procedimento de jurisdição voluntária com a participação do Ministério Público. E, nos últimos suspiros de sua redação, acolhe parcialmente pedido da AGU quanto à forma e a publicidade da mudança do registro civil, baseando o voto nesses últimos termos. Mais uma vez, distante do posicionamento inicial da peça.

Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro.

[...]

Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo.

É como voto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.275/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJE/DOU 28/03/2019).

Tem-se que a decisão é estigmatizante por si só.

Em análise ao voto vencido do relator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, têm-se, sinteticamente, o reflexo de um judiciário conservador, que encontra nas diversas formas de burocracia, ferramenta para manutenção de heteronormatividade.

Ainda que apresente-se positivo no reconhecimento de direitos ao movimento LGBTQIA+ nas considerações que confecciona, o judiciário brasileiro é transparente: enxerga gêneros pólos, distintos, distantes. Binários.

## **OS IMPACTOS DA NOVA NORMATIVA NOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DA CIDADE DE MACEIÓ/AL**

Os resultados se baseiam na pesquisa de campo feita na fase exploratória, em que ficou estabelecida na metodologia da pesquisa, que seria o momento ideal para a busca das mudanças de nome e gênero nos cartórios da cidade de Maceió/AL.

Com isso, a busca foi feita presencialmente e por telefone, para entender por meio dos cartórios quais seriam os efeitos na prática, da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4275 no processo de alteração de registro civil das pessoas transgêneras, e com isso, o provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça para verificar os requisitos e procedimento exigido para a alteração do registro civil de pessoas transgêneras.

E para a melhor compreensão, e cumprindo com o objetivo geral da pesquisa, foi-se aplicado um questionário na visita aos cartórios, e o que podemos destacar foi que as respostas estão em total semelhança, devido à padronização de seguimento de procedimentos como determinada o provimento, nessa demanda específica, nenhum tipo de tratamento diferenciado pode ser concedido para fins de mudança de nome e gênero.



Com exceção de dois cartórios, que não nos passaram informações relevantes, negando-se a fornecê-las, não pudemos de maneira efetiva conseguir extrair algo que pudesse ser de total influência positiva para esta pesquisa.

As informações obtidas nos cartórios foram dispostas a seguir:

RC do 1º ofício de Maceió, Centro	<p>Neste cartório, em especial, não foi extraída nenhuma informação por parte dos funcionários e do tabelião, que nos dessem uma total segurança sobre os procedimentos.</p> <p>Foram realizadas duas visitas. A primeira à data de 21/02/2019, o tabelião não estava presente. Na segunda visita, dia 22/02/2019. Com a presença do tabelião, não obtivemos resultados concretos, pois o tabelião não nos forneceu o número exato da quantidade de mudanças, alegando ser preciso vários meses de procura das averbações, e não há um sistema informatizado que separe as demandas do cartório. Mas nos passou um número aproximado de oito mudanças, não especificando para qual gênero foram postas.</p>
RC do 2º ofício de Maceió, Poço	<p>O assessor substituto não tinha a informação de quantas mudanças haviam sido feitas neste cartório, de modo que ainda assim, o mesmo salientou o fato de ter uma demanda considerável, e que houveram mudanças realizadas por meio judicial, antes do provimento nº 73, bem como após o provimento. Mas, ligando novamente ao cartório, foi recebida a informação que organizaram as demandas das mudanças de nome e gênero, e verificou-se que foram feitas doze mudanças, quatro mudanças para ser transgênero masculino, e oito para ser transgênero feminino.</p>
RC do 3º ofício de Maceió, Bebedouro	<p>Neste cartório as mudanças foram feitas diretamente após a devida regulamentação. As alterações estão em torno de apenas quatro e não ocorreu nenhum tipo de indeferimento, pois todas as pessoas apresentaram os documentos necessários para que a mudança pudesse ter sido feita. Ainda, a título de complemento indagou-se a possibilidade de a alteração ser feita dentro de presídio, a qual a resposta foi que ainda nenhum procedimento desta natureza foi feito e acredita-se que por enquanto seja impossível, pois o registrado precisa se fazer presente no cartório para as alterações do documento.</p>
RC do 4º ofício de Maceió, Ipioca	<p>Não houve nenhuma dificuldade na coleta de dados, o primeiro contato ocorreu no dia 22/02/2019, onde o atendimento foi feito pela tabeliã, de modo que até então não havia sido feita nenhuma mudança, situação esta que se estende aos dias atuais.</p>
RC do 5º ofício de Maceió, Tabuleiro dos Martins	<p>Feito o contato por telefone, no dia 22/02/2019, assegurou que estão registradas três mudanças: dois registros de transgênero feminino, e um registro de transgênero masculino. As mudanças começaram a ser feitas a partir do provimento nº 73, e não ocorreu nenhum indeferimento. Não ocorreram mudanças anteriores a este, e assim permanece até os dias atuais.</p>
RC do 6º ofício de Maceió, Ponta Grossa	<p>A visita ocorreu no dia 8 de fevereiro, e todas as perguntas foram respondidas de forma clara. Este cartório realizava as mudanças antes do provimento nº 73, e quatro alterações foram feitas nesse cartório, registros de duas mulheres trans e dois homens trans.</p>
RC do 7º ofício de Maceió, Benedito Bentes	<p>Neste cartório, até então nenhuma mudança foi feita, nem mesmo por via judicial antes do provimento 73. Porém há muita procura de informações sobre as mudanças.</p>

Concluimos com essas buscas, que o grau de dificuldade foi baixo, tendo em vista que de sete cartórios que foram a materialização dos nossos objetivos, apenas um não nos forneceu um número conclusivo de mudanças e informações de relevância sobre os efeitos do Acórdão

proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.275, assim como o Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça. Porém, diferentemente, os outros cartórios responderam o questionário aplicado, e todas as informações foram prestadas, e houve semelhança no que foi dito, tendo em vista que suas atividades são mecanizadas e precisam seguir à risca todas as determinações que o provimento em análise, dispõe.

Porém, algumas questões envolvem esse procedimento, pois o público alvo na cidade de Maceió, em muito maior que a quantidade de pessoas que se submeteram a mudança nos cartórios, com um total de vinte e três registros de mudanças de nome e gênero, sendo que a Associação Cultural das Travestis e Transexuais de Alagoas, afirmou que 86 eleitores em 2018, iriam votar usando o nome social, ou seja, muitas dessas pessoas não conseguiram efetuar a mudança, pois precisam enfrentar problemas financeiros, sociais, familiares e religiosos, principalmente.

A população trans ainda enfrenta dificuldades para efetivar o direito diretamente no balcão dos cartórios, seja pela falta de informações, dificuldade de acesso à documentação e à gratuidade, ou falhas no atendimento. Estudos levantados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) e o Instituto Prios de Políticas Públicas e Direitos Humanos, no projeto “Eu Existo”, em comparação com este, demonstrou que os cartórios da cidade de Maceió/AL, estão cumprindo efetivamente o que as determinações do provimento, mas acreditamos que a isto se dá o motivo da pouca demanda existente. E também, como se é algo relativamente novo, há o período de habituar-se a nova realidade.

## REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Thomás. **Diferença entre sexo biológico, orientação sexual, identidade de gênero e sexualidade**. Telavita.com.br. Disponível em: <<https://www.telavita.com.br/blog/diferenca-biologico-orientacao-sexual-e-genero/>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

BASTOS, L. **Em Alagoas, 86 eleitores transexuais e travestis vão votar usando nome social**. Gazeta Web, 2018. Disponível em: <<https://gazetaweb.globo.com/portal/especial.php?c=62347>>. Acesso: 1 de outubro de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARDOSO, P. P. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo**. Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-transexual-e-as-repercussoes-juridicas-da-mudanca-de-sexo/>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador; JusPODIVIM, 2018.

DE BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo, vol. II. A experiência vivida.** 2ª ed. Trad. S. Millet. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

FEMENÍAS, María Luísa. A crítica de Judith Butler a Simone de Beauvoir. Trad. e Rev. de A. A. de Oliveira Costa, J. L. Brandão e V. M. Fonseca. Belo Horizonte: Sapere Aude, v. 3 - n.6, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber.** 13ª ed. Trad. M. T. C. Albuquerque e J. A. G. Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

GAGLIANO, P. S. PAMPLONA, R. **Novo curso de direito civil: parte geral.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNIOR, P. A. **As dificuldades de reconhecimento jurídico do indivíduo de concepção não binária de gênero na igualdade prevista na ordem constitucional atual.** Empório do Direito, 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-dificuldades-de-reconhecimento-juridico-do-individuo-de-concepcao-nao-binaria-de-genero-na-igualdade-prevista-na-ordem-constitucional-atual>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

LAU, H. D. SANCHES, G. J. **A linguagem não-binária na língua portuguesa: possibilidades e reflexões making herstory.** Curitiba: Revista X, vol. 14, n. 4, 2019.

LOPES, A. C. V. **Transexualidade: Reflexos da redesignação sexual.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/229.pdf>>. Acesso em 01/10/2019.

MAIHOFER, Andrea. **O gênero como construção social** — uma consideração intermediária. Trad. K. Hinz. Rio de Janeiro: Direito e Práxis, vol. 7, n. 15, 2016.

MARQUES, A. V. M. CASTRO, M. KEMS, I. E. **Sexualidade biológica x sexualidade psicológica e comportamental: os conflitos de identidade dos transexuais.** Jus.com.br, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44856/sexualidade-biologica-x-sexualidade-psicologia-e-comportamental-os-conflitos-de-identidade-dos-transexuais>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

MOUGIN-LEMERLE, Régine. **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo.** In: Sujeito do Direito Sujeito do Desejo – Direito e Psicanálise. Org. Sônia Altoé. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

OLIVEIRA, A. C. G. de A.; VIANA, A. J. B.; SOUSA, E. S. S. **O corpo intersexual como desconstrução dos gêneros inteligíveis: uma abordagem sócio-jurídica.** Universidade Federal da Paraíba. [201\_?] Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/353446657/O-CORPO-INTERSEXUAL-COMO-DESCONSTRUCAO-DOS-GENEROS-INTELEGIVEIS-UMA-ABORDAGEM-SOCIO-JURIDICA>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **“A teoria marxista do direito e a construção do socialismo”.** Em: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009, p. 137-149.

SOUZA, B. B. MEGLHIORATTI, F. A. **Uma reflexão a respeito dos conceitos de sexo biológico, identidade de gênero e identidade afetivo-sexual.** V SIES 2017 (Simpósio Internacional em Educação Sexual). Disponível em: <<http://www.sies.uem.br/trabalhos/2017/3178.pdf>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

NOTÍCIAS STF. **“STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo”.** Brasília, 1 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.



**Coordenação:**

Caroline Ferri (UFSC)

Crishna Mirella Andrade Correa (UFSC)

Fernanda da Silva Lima (UFSC)



## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS A VITIMA REFERENTES À LEI 11340/06 – CASOS DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E CONTROLE PATRIARCAL**

**Bruna Araújo Rangel Bezerra**

Graduanda em Direito (UPE)

**Rebeca Lins Simões de Oliveira**

Doutoranda em Letras (UFPE). Professora da Graduação em Direito (UPE).

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo se baseia na aplicação da Análise Crítica do Discurso às decisões do âmbito de incidência da Lei 11.3340/2006 que possuíam todos os meios de prova para condenar o réu, mas o absolveu. Decorrente dessa absolvição, extrai-se a violência simbólica institucional através do embasamento de caráter machista e sexista com o objetivo de manter a ordem social dominante masculina e as relações de poder já estabelecidas na dinâmica social.

Há uma análise numa perspectiva sincrônica, observando as relações entre língua, história, cultura, relações de poder e sociedade. Nesse sentido, tem-se o discurso como modo de representação social e como uma ferramenta de expressão de ideologias de maior dominância. Dessa forma, usa-se a Análise Crítica do Discurso para identificar os elementos linguístico-discursivos que operam no processo de interface entre os “macroaspectos” (contexto social) e os “microaspectos” (linguísticos).

Nesse cenário, a Análise Crítica do Discurso é utilizada, principalmente, através dos “Modos de Operação de Ideologia” de J. Thompson, sendo possível detectar a forma de argumentação, seu sentido e o objetivo implícito nela, a fim de confirmar a tese do trabalho de existência da violência institucional nas decisões estudadas. Somado a isso, a pesquisa possui caráter explicativo, pois procura trazer à superfície as razões dos discursos e orientações ideológicas que pautam a relação de dominação e da criminalização entre agressor e vítima e também é qualitativa, visto que não há preocupação na “quantidade” de casos, mas sim em demonstrar que ocorre esse tipo de violência e, principalmente, como é utilizada com o objetivo de perpetrar a opressão feminina marcada por longos séculos da civilização humana.

Foram encontradas sentenças e decisões judiciais nos sites dos Tribunais de Justiça dos estados e a tese principal da pesquisa foi confirmada: há o tipo de violência institucional praticada por magistrados(as) que visa silenciar, negligenciar e marginalizar a mulher que sofreu uma violência doméstica, buscou o Poder Judiciário, trouxe todo o aparato robusto de prova material

contra o acusado, mas não conseguiu seu objetivo mesmo com as ferramentas suficientes para a condenação. Logo, essa mulher sofre uma dupla violência: a doméstica e a institucional.

Ao observar a violência institucional é importante fazer o recorte da instituição social. Essa organização é baseada na estrutura hierárquica e no poder disciplinar e coercitivo. Quando há um comportamento opressor, por exemplo, do Judiciário, há a constituição de uma violência institucional, pois ela é praticada por e dentro de uma institucional social. Também é possível afirmar que a violência doméstica também é uma espécie de violência institucional por ser praticada dentro da entidade familiar e por ter propriedade de abuso do poder hierárquico, visto que em muitos locais o homem é o chefe da família, possuidor do poder decisório e, conseqüentemente, do poder coercitivo.

## **GÊNERO E VIOLÊNCIA**

De acordo com as construções histórico-culturais, homens e mulheres ocupam lugares distintos nas esferas sociais. As mulheres foram colocadas na posição de cuidadora da casa, dos filhos e do casamento enquanto os homens reivindicaram seus lugares de poder decisório sobre os rumos das nações, inclusive do comportamento feminino. As leis, os costumes e as relações de poder foram estabelecidas pela ideologia hegemônica de dominação masculina

Conforme o pensamento de Foucault existe uma relação triangular entre direito, poder e verdade. Ao se tratar do Direito, tem-se a perspectiva de dinâmica social, ou seja, há aqueles que produzem as leis, os ditames da sociedade e há aqueles que as obedecem. Em respeito à verdade, o poder é exercido através dela, pois existe uma obrigação social de ser verdadeiro. Por último, o poder é conceituado como uma ação sobre outras ações (FOUCAULT 1999).

O mundo foi socialmente construído com a perspectiva de que existem pessoas mais fortes e mais fracas. Essa construção foi estabelecida de acordo com a visão da classe dominante, ou seja, o que os poderosos determinavam como “bom” era aceito como o certo e, historicamente, essas pessoas dominantes são homens brancos heterossexuais. Logo, o padrão é ter essas características para ter a voz ativa da sociedade e quem não as tiver é visto como inferior e não merecedor de ter voz ativa nas decisões.

A violência de gênero se caracteriza pela série de comportamentos que visam negligenciar, invisibilizar e/ou violentar o ocupante da posição mais frágil na relação de poder. Ao analisar decisões judiciais, essa violência de gênero se caracteriza, também, pela violência institucional, pois o magistrado é diretamente vinculado ao Poder Judiciário.

De acordo com o Ministério da Saúde os tipos de violência intrafamiliar são os seguintes: violência física, sexual, psicológica, institucional e econômica, abuso na infância ou na adolescência, abuso incestuoso, sexo forçado no casamento e abuso sexual. A Lei Maria da Penha especifica as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher no artigo 7º1. O movimento

---

1 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao

feminista teve um papel fundamental na tipificação dessas formas de violência e a caracterização delas como agressões pautadas em preconceitos relacionados ao gênero. Não se pode concluir, contudo, que houve a legitimação total da tipificação criminal desses tipos de violências tanto porque há um número de mulheres que sofreram e/ou sofrem um mais tipos de agressão e abuso, como também ainda há um pensamento fortemente enraizado na sociedade de que a mulher integra o papel mais fraco das relações de poder, ocasionando negligência quando possível. Dessa forma, o feminismo foi muito importante para essa conquista e continua sendo essencial principalmente no debate acerca do posicionamento feminino nas relações sociais e na mudança dos posicionamentos nas relações de poder estruturadas na sociedade de forma histórica e cultural.

## FEMINISMO

Sempre houveram mulheres que se rebelaram contra as situações de opressão do mundo. Porém, essa rebeldia ganhou força organizacional de grupo com a instituição do movimento feminista. Esse movimento foi dividido didaticamente em “ondas” e essa classificação não delimita de forma estrita os acontecimentos de cada período. É importante ressaltar que houve uma dissonância temporal entre os movimentos ao redor do mundo e no Brasil devido às instabilidades políticas do país e o período da ditadura militar.

O movimento feminista tem como sua 1ª onda a luta contra as desigualdades legais como, por exemplo, o direito ao voto. Esse acontecimento ocorreu pioneiramente na Inglaterra no final do século XIX e foi se implantando ao redor do mundo no mesmo período. Já no Brasil, o movimento sufragista teve maior influência com Bertha Lutz que fundou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e elaborou um abaixo-assinado a favor do Projeto de Lei que dava direito ao voto às mulheres. As mulheres brasileiras conseguiram essa vitória com a promulgação do Código Eleitoral de 1932. (PINTO, 2010)

Nesse cenário, a 2ª onda feminista, tendo como marco inicial a década de 1960, é classificada como um movimento teórico e político forte e determinante para se fundamentar como base de estudo para entender o feminismo. Nessa fase, tem-se o amplo enfrentamento das diferenças comportamentais e das relações de poder entre homens e mulheres como as desigualdades no âmbito familiar e trabalhista. Um dos marcos dessa época é a criação da pílula anticoncepcional e mudanças acerca do procedimento do divórcio. No Brasil não existiu uma expressividade forte no momento que ocorriam essas discussões e mudanças, pois nos encontrávamos no período da Ditadura Militar e na vigência do Ato Institucional nº 5, responsável por uma ampla censura em todo território nacional.

As características da segunda chegaram ao Brasil a partir de 1980 com a volta da democracia. Teve-se a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM) e o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), responsáveis pela demanda de inclusão dos direitos das mulheres na Constituição de 1988.

Ainda nesse cenário, a terceira onda feminista teve seu início no âmbito mundial a partir de 1990 na discussão de temas como a interseccionalidade, sexualidade, pornografia, estupro e estereótipos divisores de gênero, por exemplo. No Brasil, esse momento teve mais visibilidade na

---

matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos

segunda década do século XXI pelo empoderamento de mulheres jovens contra a opressão, principalmente através das redes sociais. (MOTA, 2017)

É inegável que houve uma grande resistência feminina durante todas as décadas acima citadas. Porém, o processo de desconstrução das micro e macro-violências contra a mulher demanda que esse movimento contrário aos costumes seculares persista, pois o machismo ainda é muito latente na sociedade. No âmbito da violência doméstica, perduram pensamentos como “briga de marido e mulher ninguém mete a colher” e que alguns comportamentos femininos justificam uma violência física e /ou sexual.

Portanto, no período atual, ainda há muito o que se debater tanto sobre as diferenças e violências de gênero, como a falta de legitimidade da mulher quando colocada em certos posicionamentos nas relações de poder. Em analogia a esse tópico, a mulher, quando em uma posição de poder, como na direção de alguma empresa ou simplesmente como detentora de conhecimento ao dar uma palestra, é constantemente deslegitimada e questionada, integrando, indiretamente, o *locus* inferior na relação mesmo que a posição propriamente dita seja de legitimidade. Em contrapartida, quando a mulher já está na posição de poder inferior, como nos casos deste presente trabalho, ela tende a ser ainda mais negligenciada e silenciada, causando a invisibilidade total da sua personalidade e do seu poder decisório. Nesse contexto, o escopo desta pesquisa é a violência institucional praticada por magistrados(as) nas decisões judiciais referentes à Lei Maria da Penha e nos argumentos machistas e sexistas expostos direta ou indiretamente.

### **LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA/VIOLENCIA DOMÉSTICA**

A Lei 11.340 de 2006 é conhecida popularmente como Lei Maria da Penha em decorrência do caso da Maria da Penha Maia Fernandes que foi vítima de violência doméstica durante 23 anos os quais sofreu duas tentativas de homicídio em 1983, ficando paraplégica decorrente do disparo com arma de fogo na primeira tentativa. Diante da ineficácia legal e judicial para julgar o caso, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) em conjunto com a vítima denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, resultando na condenação do Brasil por ineficiência ao combate à violência doméstica do país.

A violência doméstica no Brasil foi, por muito tempo, legitimada e legalizada. Essa afirmação é visualizada na vigência das ordenações Filipinas, revogadas apenas com o advento do Código Civil de 1916, o homem tinha o direito de castigar a mulher fisicamente e até a matar (BRASIL, 1916). Portanto, há pouco mais de 100 anos a figura masculina detinha a legitimidade sobre o corpo e sobre as ações femininas, pois ele tinha permissão para castigar por ser o homem que determinava o comportamento correto a ser seguido pela personalidade feminina. Portanto, há apenas 100 anos a mulher era silenciada de forma brusca e expressamente violenta, ou seja, não havia liberdade tanto de pensamento como de comportamento feminino, pois as estruturas institucionais e sociais eram fortemente delimitadas pelo caráter masculino. Esse engessamento das estruturas de acordo com os moldes do homem branco, heterossexual, cisgênero e cristão é a base da cultura machista perpetrada pela sociedade ocidental cristã e é, portanto, o foco do debate acerca da liberdade e da igualdade feminina. Essa lógica construída como a espinha dorsal do comportamento do ser humano é, na verdade, uma ferramenta de opressão e de exclusão do que não se encaixa como dominante, e incluso nessa secção de marginalização estão as mulheres.

De acordo com o Atlas da Violência de 2019, 13 mulheres são assassinadas por dia. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, na pesquisa intitulada “Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil” nos casos de violência contra a mulher, 42% ocorrem no



ambiente doméstico e 52% das vítimas não denunciaram o agressor. Além disso, 08 a cada 10 mulheres sofreram violência por algum conhecido entre várias outras estatísticas que demonstram a incidência da violência de gênero em todo o território nacional.

Conforme esses dados, a violência contra as mulheres no âmbito familiar ainda é muito latente no território brasileiro. Como dito anteriormente, há apenas 102 os castigos físicos às mulheres foram retirados da esfera legal pela vigência do Código Civil de 1916. Contudo, não podemos afirmar que essa codificação possuía um viés feminista de igualdade entre homens e mulheres, pois muitos direitos e obrigações permaneciam em desigualdade e com noções de submissão feminina e a consequente dominação masculina como está demonstrado, por exemplo, no artigo 233 dessa codificação que coloca o marido como chefe da relação conjugal, cabendo a ele todas as decisões no âmbito familiar (BRASIL, 1916). A busca de igualdade foi responsável por diminuir as diferenças legais com a adição de outros institutos legais até a publicação do Código Civil de 2002 que conseguiu tanto consolidar os avanços relacionados à igualdade como a modificar várias questões que controlavam o poder na figura masculina.

A violência doméstica pode ter sido retirada do rol de comportamentos permitidos pelas codificações brasileiras, mas a sua legitimação ainda não foi alcançada. Mesmo com a incidência de uma lei que expressamente proíbe a violência doméstica e prevê penas e medidas coercitivas duras aos agressores, não é incomum escutarmos que não se deve interferir nas brigas de casais ou que a ocorrência de socos, tapas e empurrões são decorrentes de uma “briga mais acalorada” dos amantes. Logo, a sociedade ainda é pautada na ideologia machista e sexista já estruturada de forma histórica e cultural.

A Lei Maria da Penha de 2006 foi responsável por enrijecer as penas contra os agressores, pela ampliação das medidas protetivas e pela organização dos tipos de violência de gênero no âmbito familiar. Quando há o dever de aplicação dessa lei, mas não existe sua efetivação devido ao comportamento de uma instituição social como a polícia ou o Poder Judiciário, ocorre a violência institucional, já que a mulher deveria ter seus direitos garantidos pelo Estado no amparo e na proteção em decorrência do dever de garantia a efetividade da lei

## **VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL**

Instituição Social é caracterizada como um organismo da sociedade com caráter autônomo e com poder coercitivo moral, materializadas na sociedade por força histórica e cultural. (RETAMIRO, 2015). Portanto, são vários os exemplos de instituições como escolas, prisões, família, tribunais, entidades religiosas entre outros. Neste presente artigo abordarei os ramos ligados à autoridade jurídica e o âmbito familiar.

A família é considerada como a primeira instituição social em que uma pessoa é inserida. É a partir do eixo familiar que o indivíduo recebe instruções acerca de como se comportar e o viés de pensamento adequado a suas ações. Como toda instituição, a familiar também possui caráter moral e a possibilidade de se impor medidas coercitivas a fim de moldar a personalidade dos que pertencem àquele grupo, formando uma ideologia do que é certo e do que é errado. Historicamente, a posição de pai e, conseqüentemente, de educador se transfere para a figura masculina na relação marital, cabendo ao marido exercer a posição de definir a ideologia dominante do âmbito familiar. Logo, na relação matrimonial o marido possui a autoridade tanto de educar como de coagir para que as pessoas integrantes pensem e ajam de acordo com o definido como correto pela figura masculina que exerce a maior dominância diante dos outros.

Nesse cenário, é possível observar que a violência doméstica funcionava um mecanismo mantenedor a ordem da instituição familiar. Por isso, até hoje ainda é comum afirmarem que o marido tem o direito de ficar insatisfeito com as ações da sua esposa e a castigar de forma física ou que a dinâmica familiar deve girar ao redor do que o homem prefere, como, por exemplo, que deve haver um jantar pronto ou que ele não deve fazer tarefas domésticas e, quando faz, não é um dever e sim uma ajuda. Em analogia, essa realidade também pode ser demonstrada quando existe a culpabilização da vítima de violência doméstica ao afirmarem que a mulher é culpada da agressão sofrida por quaisquer motivos suficientes para justificar uma agressão.

A violência institucional pode ser conceituada como a violência executada nos ou pelos serviços públicos através de uma ação ou omissão. Dessa forma, pode-se, classificar esse tipo de agressão como a violência que ocorre dentro ou através das instituições sociais. Como dito anteriormente, essas instituições possuem influência moral e ideológica, possuindo, assim, maior poder em relação ao particular, estando na posição mais privilegiada da verticalização da esfera de comando. Dessa forma, é possível afirmar que a violência doméstica é, *per si*, um tipo de violência institucional, pois tanto ela ocorre dentro da instituição familiar como utiliza atributos próprios dessa constituição para punir a mulher dentro da sua casa.

Essa tipologia de violência é pautada nas relações de verticalização de poder e hierarquia. Dessa forma, quando uma mulher agredida procura uma delegacia para prestar queixa e é negligenciada, ela sofre violência institucional pelos serviços dos policiais serem de cunho público. Há também, nesse exemplo, a fragilidade da posição vulnerável da mulher devido os seguintes motivos: 1) a dependência da mulher de alcançar seu objetivo (denunciar o agressor) através do serviço policial; 2) o ambiente possuir dominância da instituição policial, ou seja, naquele local a mulher é uma pessoa estranha àquela realidade; 3) ambiente majoritariamente masculino e, conseqüentemente, a mulher é mais vulnerável tanto em número de pessoas como em força física.

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a violência institucional no âmbito da instituição social do Poder Judiciário ao proferir decisões judiciais desiguais, visando silenciar, negligenciar, deslegitimar e desproteger a mulher que apresentou a denúncia contra o seu agressor. Dessa forma, esse tipo de violência é expressada através, principalmente, dos argumentos utilizados pelo(a) magistrado(a) para justificar a decisão absolutória proferida.

Nesse cenário, é possível observar essa modalidade de agressão, por exemplo, na valoração probatória utilizada pelo magistrado nos autos de número 0008835-94.2017.8.07.0006 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Diante desse exemplo, o homem utiliza como motivo da agressão a legítima defesa, mas não é pedido a ele exame de corpo de delito para comprovar, bastando apenas o seu depoimento. Porém, no mesmo caso, a mulher tem os exames que comprovam a agressão e o seu depoimento como vítima, que possui uma grande relevância por se tratar de uma violência, geralmente, ocorrida entre quatro paredes e que não possui nenhum tipo de testemunha, e mesmo assim todo o conjunto probatório feminino recebe uma valoração menor do que a simples palavra do homem de que foi agredido primeiro.

## **SILENCIAMENTO FEMININO**

O silenciamento é uma prática comum utilizada contra mulheres para desacreditar, invisibilizar e ocultar a sua presença e suas opiniões do convívio social cotidiano. Segundo Ferrari (2001) a relação entre falar e calar é uma relação de poder. Logo, o ocupante da posição de voz ativa é o possuidor de mais poder naquele determinado momento. Numa relação processual, o magistrado ocupa o lugar dominante e é pelos argumentos dele que será possível determinar a ideologia hegemônica na sua forma de pensar. Essa ideologia é representada nas sentenças e nas

decisões judiciais na forma que o representante do Poder Judiciário interpreta o caso e fundamenta seus argumentos. Mesmo que a sentença seja baseada em dispositivos legais, ainda é perceptível os resquícios culturais do locutor, pois ao se expressar é inevitável se abster de toda construção social para ser imparcial. Assim, a ideologia dominante do juiz (a) estará presente na decisão judicial em menor ou em maior grau e, ao fundamentar sua decisão de forma com que a mulher seja silenciada, há violência institucional baseada nas condições de gênero, visto que a figura feminina integra a posição passiva da relação jurídica, fadada a aguardar o posicionamento do magistrado e recorrer da sua decisão para ter possibilidade de conseguir o desejado, caso não consiga em primeiro momento.

Nesse âmbito, no caso das sentenças, o magistrado, em posição de poder, utiliza o silenciamento ao fazer uma valoração probatória irregular, favorecendo o réu agressor no seu depoimento em detrimento do depoimento e das provas apresentadas pela vítima. Um exemplo dessa estratégia de marginalização pode ser vista nos autos de número 0003604-66.2016.8.26.0338 do Tribunal de Justiça de São Paulo em que a vítima apresenta o exame de corpo de delito e seu depoimento coeso e coerente enquanto o réu apenas nega os acontecimentos e é absolvido baseado no *in dubio pro reo*. Contudo, é um entendimento das cortes de uma forma geral de que a palavra da vítima nos casos de violência doméstica devem ser observados com uma maior relevância, pois essa violência, muitas vezes, ocorre sem a presença de testemunhas, sendo a palavra da vítima contra a do réu e as provas materiais trazidas pela agredida, na maioria das vezes, o que tem o poder de afastar a incidência do *in dubio pro reo*.<sup>2</sup> No caso concreto acima, houve, portanto, uma valoração probatória a fim de beneficiar o polo passivo processual (o homem) através da prerrogativa da dúvida acerca da materialidade do delito mesmo com a “vantagem” de provas a favor da mulher.

A análise da voz feminina nas decisões judiciais em questão é pautada na falta de credibilidade que a mulher recebe ao contar a sua versão dos fatos. Por exemplo, há decisões em que o homem alega que a agressão ocorreu ao se defender dos ataques da mulher, mas não é requisitado o exame de corpo de delito para constatar se houve algum tipo de lesão para justificar a violência sofrida pela mulher, pois quando há uma alegação de legítima defesa, deve haver o encaminhamento para o IML. Dessa forma, o depoimento da vítima tem sua legitimidade pela falta de necessidade de comprovar certos fatos ditos pelo homem, pois a voz do homem e os fatos alegados por ele já são suficientes para silenciar a voz feminina em conjunto com suas provas.

Em analogia ao caso acima citado, analisa-se o processo de número 0008835-94.2017.8.07.0006 da vara 2001 do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Sobradinho do Tribunal de Justiça Do Distrito Federal e Territórios. Neste cenário, a companheira do suposto agressor, grávida de 2 meses, e a mãe dela foram agredidas. De acordo com a sentença, esse foi o conteúdo do relatório:

J. A. foi preso em flagrante em virtude de sua conduta. A conduta do denunciado causou lesões aparentes nas cabeças das vítimas, devidamente comprovadas por meio da realização dos Exames de Corpo de Delito n. 50154/17 e n. 50155/17. Além disso, em Relatório de Acolhimento (anexo), a vítima Daiane relatou o contexto de violência doméstica no qual está inserida, ao narrar episódios de agressões verbais, patrimoniais, físicas, além de ameaças perpetradas pelo denunciado, como ‘poderia passar o tempo que fosse, mas ele iria mata-la e ficar com o filho’.

---

<sup>2</sup> Decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial nº 1.337.896 – DF: “Vale frisar que, nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica, a jurisprudência tem dado relevante valor probatório ao depoimento da vítima, mormente quando apresentada de forma e coerente e, em consonância, com os demais elementos de prova.” Inteiro teor disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625687299/agravo-em-recurso-especial-aresp-1337896-df-2018-0195265-4>

Nesse exemplo, o réu alegou legítima defesa e os 2 policiais afirmaram em juízo que o réu apresentava arranhões e machucados vermelhos no corte e isso foi suficiente para a absolvição, pois o magistrado não conseguiu determinar quem iniciou as lesões. Porém, não foi pedido ao réu um exame no Instituto Médico Legal – IML e não foi levado em consideração tanto as provas das vítimas como o depoimento coerente delas, indo de forma contrária ao entendimento jurisprudencial majoritário anteriormente citado e ignorando o fato de que a vítima estava grávida. Além disso, quando há ocorrência de lesões recíprocas têm-se a condenação de ambos, uma diminuição de pena conforme o artigo 129, § 5º do Código Penal ou a aplicação do *in dubio pro reo* quando a mulher não apresenta provas materiais da agressão ou quando, pelo menos, ambos apresentam o devido teor probatório, não sendo possível determinar quem iniciou as lesões e quem, por consequência, agiu em legítima defesa. Dessa forma, tem-se o viés machista e sexista do magistrado ao dar mais valor ao que foi dito de um homem sem provas em detrimento à voz e às provas trazidas por duas mulheres. Vale ressaltar que essa sentença foi recorrida e a apelação provida, pois, segundo o julgamento do recurso, não há o que se falar em legítima defesa quando se repele agressão de forma desproporcional ao desferir socos numa mulher grávida e numa senhora de 56 anos. Ademais, de acordo com os votos, o réu não trouxe provas de que a vítima agrediu o acusado.

Além disso, não é raro constatar casos em que a voz feminina é deslegitimada por outras mulheres. Nesse contexto, a figura feminina é hospedeira do machismo e vigilante de suas semelhantes, pois apoia e defende situações de violência de gênero. Nesses casos, a mulher que foi vítima é silenciada e as personagens femininas escutadas nessa hipótese apenas são porque apoiam o silenciamento da vítima, ou seja, a mulher é escutada quando se transforma em um instrumento de opressão.

## **MODOS DE OPERAÇÃO DE IDEOLOGIA DE THOMPSON**

Ideologia, segundo Thompson, é uma ferramenta de expressão dos interesses da classe dominante, articulando as ambições, os interesses e as decisões dos grupos sociais hegemônicos interessados em manter a posição social privilegiada. (THOMPSON, 1999). O autor desenvolveu cinco modos de operação de ideologia: legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e reificação.

A legitimação consiste na técnica discursiva de trazer veracidade e autenticidade para a argumentação. Esse modo de operação se subdivide em outros três tipos: racionalização (construção do argumento através de cadeias de raciocínio), universalização (defender o ponto de vista pelo interesse coletivo) e narrativação (justificação da ideologia pela opinião do locutor). No âmbito judicial é comum notar a unificação quando são levantadas questões de cunho geral como a ordem pública, segurança pública e no uso da codificação como a Constituição ou o Código Penal. Já a dissimulação é utilizada para desviar a atenção do interlocutor por meio de manifestações implícitas de opinião. Essa modalidade é dividida em deslocamento (trazer uma informação diversa do tópico principal e atribuir um juízo de valor negativo ou positivo), eufemização (diminuição de um aspecto determinado) e tropo (uso figurativo da linguagem para sustentar um argumento).

Nesse âmbito, a terceira modalidade de operação de ideologia é a unificação que é pautada no sentimento de coletividade. Essa operação se subdivide em standardização/padronização (elaborar uma linguagem nacional padrão) e em simbolização da unidade (construção de linguagem coletiva a partir dos grupos sociais individualizados). A fragmentação é o oposto do modo operacionalizador anterior, pois essa busca a separação dos grupos, estabelecendo as relações de poder de forma transparente. A fragmentação é separada em diferenciação (a

argumentação enfatiza as diferenças, criando barreiras entre os grupos) e em expurgo (criação de um inimigo).

Por último, há a reificação. Esse operador argumentativo consiste no estabelecimento de uma relação de poder através da ocultação sócio histórica dos fatos. Existe a divisão desse maneira de operação de ideologia em naturalização (transforma os fatos em acontecimentos naturais), em eternalização (fundamenta as ideias em realidades esquecidas) e em passivação (os agentes ativos se tornam os agentes passivos).

## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO NA DECISÃO DOS AUTOS Nº 222.942-8/06**

Primeiramente, é importante ressaltar que o acesso às decisões judiciais possui respaldo na Lei no 12.527/2001, a Lei de Acesso à Informação. Logo, todos os dados estão disponíveis a acesso público e irrestrito não necessitando, assim, de avaliação do comitê de ética.

Em 2007, foi proferida decisão dos autos nº 222.942-8/06 pelo Juiz de Direito Edílson Rumbelsperger Rodrigues acerca da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Essa sentença arguiu acerca da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha e a não aplicação de medidas protetivas à vítima.

No início da decisão em questão, o juiz alega a sua preferência pela argumentação religiosa e cita a menção a Deus no preâmbulo constitucional<sup>3</sup> e complementa da seguinte forma:

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho — que por via de consequência também nos rege — está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade — filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica

Nesse trecho, é possível observar a aplicação da dissimulação na forma de deslocamento, pois o magistrado trouxe uma informação alheia ao conteúdo do caso concreto para formar a base da sua argumentação. Além disso, também é pertinente elencar o uso da legitimação tanto na modalidade racionalização como na universalização ao construir um raciocínio lógico e ao utilizar a Constituição, a Carta regente de toda nação brasileira, como prova de interesse coletivo.

Mais adiante, ainda na mesma peça, o juiz continua seu raciocínio da seguinte forma:

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:

“(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)

---

<sup>3</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Brasil”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >

De acordo com o pensamento do magistrado, é latente o uso da Legitimação na sua forma racionalizada na observância da construção lógica da argumentação religiosa. Ademais, também estão presentes a fragmentação caracterizada pelo expurgo ao culpar a mulher pelas desgraças humanas ocorridas no Éden, transformando-a em inimiga da paz divina. Ao suscitar o elemento divino no seu argumento, o magistrado também faz uso da Legitimação – Universalização, visto que Deus é um ser universal onipresente e onipotente, logo, sua vontade é a de todos, bem como é a melhor para todos.

Ainda em relação ao exemplo acima, tem-se, também, a utilização da reificação na sua forma de passivação, pois na frase “(...) mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.” o sujeito masculino torna-se agente passivo não só ao comer a maçã como também ao contribuir para a destruição da paz do Éden, ambos no sentido bíblico. Nesse sentido, o narrador utiliza a fragmentação – deslocamento, já que atribui um caráter passivo ao homem nas afirmações externas ao assunto principal para justificar a passividade também em relação à violência doméstica, atribuindo a ação principal à mulher que ou provoca o homem a tomar decisões “ruins” ou justifica o recebimento de uma punição.

Na continuação da leitura da peça há o trecho a seguir:

A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosa — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa ‘igualdade’ que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que ‘só isso’ não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem tem de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.

Na análise do trecho acima transcrito encontram-se diversos modos de operacionalização de ideologia. Nas duas primeiras linhas então presentes a eufemização ao diminuir todo o movimento de independência da mulher e a Passivação ao retirar a mulher como ser que buscou essa independência voluntariamente, colocando-a nessa posição porque “se frustrou como mulher” . Já a fragmentação – deslocamento, juntamente com a narrativa, está presente no trecho por completo ao trazer outro assunto para basear a argumentação colocada em continuidade a essa parte, construindo, assim, um raciocínio lógico. Quando o locutor argumenta que “é tudo o que afinal o Estado não quer”, ele se utiliza da legitimação – universalização ao defender sua fala se baseando no Estado, ou seja, no interesse coletivo principalmente voltado à ordem e à paz pública. Há também o uso da Reificação no seu modo Naturalização ao afirmar que será o natural para a mulher é ser amada.

A peça continua no mesmo teor, mostrando os diversos motivos da inconstitucionalidade e da ilegalidade da Lei Maria da Penha. Diante dos argumentos citados acima, o magistrado não só deslegitima as vítimas amparadas pela Lei em comento, mas a todas as mulheres conforme o trecho colocado a seguir:

O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como ‘advogada’ nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: ‘que tenho contigo, mulher!?’.

Dessa forma, o magistrado prossegue na utilização dos modos de operacionalização ditos anteriormente como a universalização na argumentação religiosa, o expurgo ao retirar as mulheres

do nível de dominância, a fragmentação – diferenciação ao criar dois grupos e salientar as diferenças entre eles, nesse caso, ao afirmar que o mundo é masculino.

Em suma, tanto a ideologia masculina heteronormativa é clara na fala do magistrado como também o é a violência de gênero em conjunto com todos os preconceitos

## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO NA DECISÃO DA 3ª VARA CÍVEL DE GOIANA – PLANTÃO DE 1 GRAU**

Trata-se de decisão que negou uma medida protetiva de urgência proferida por um juiz plantonista da 3ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de Goiana.<sup>4</sup> Passemos à análise do seguinte trecho:

É lamentável que a mulher não se dê ao respeito e, com isso, faz desmerecido o Poder Público. Simplesmente ‘decidir’ que o agressor deve manter certa distância da vítima, e alguma outra ingenuidade legal a mais, é um nada. A reclamante não levou avante seu desejo de se ver respeitada e protegida, na medida em que, de pronto, não se dispôs a representar contra o agressor, para que seja com alguma efetividade chamado às raíais da Justiça. Popularmente: *por para moer*

Nesse fragmento há o uso, principalmente, do modo passivação, pois a mulher que sofreu a violência é posta como sujeito ativo já que, em primeiro lugar, ela não se deu ao respeito para exigir ser respeitada. Ao final, o magistrado utiliza o termo “por para moer”, colocando uma condição para a mulher levar o caso à Justiça: agredir o homem enquanto ele a agride. A maior possibilidade de aplicação das medidas protetivas e, recentemente, com a possibilidade de haver a aplicação pelos delegados de polícia foi um grande avanço na luta contra a violência de gênero. Com a efetivação das proteções em geral são evitados novas agressões físicas, psicológicas e/ou sexuais e até possíveis feminicídios.

Em continuidade na mesma decisão encontramos o seguinte fragmento:

Enfim, enquanto a mulher a mulher não se respeitar, não se valorizar, ficará nesse ramerrão sem fim—agride/reclama na polícia/desprotegida. (...) Se a representante quer mesmo se valorizar, se respeitar, se proteger, então bata firme, bata com força, vá às últimas consequências, e então veremos o quanto o couro grosso do metido a valente suporta. Sem isso, não tem medida protetiva do Estado que gere eficácia. É fazer valer a Lei Maria da Penha, ou esqueça dela. Por outro lado, ainda vige o instituto da *legítima defesa*, muito mais eficaz que qualquer medidazinha de proteção.

Em consonância com os argumentos anteriores, o magistrado plantonista continua a menosprezar o caráter das medidas protetivas. Nesse contexto, tem-se a eufemização ao pegar um fator de vitória a fim de acolher as mulheres e caracterizá-las como “medidazinha”. Além disso, ainda encontram-se a passivação, a narrativização e a fragmentação tanto no sentido de expurgo do outro como no deslocamento ao trazer elementos alheios ao teor decisório da medida protetiva (a falta de respeito e do “por para moer”).

É importante ressaltar que, na maioria dos casos, o homem possui maior força física do que a mulher. Logo, afirmar que a mulher deve se respeitar e que, para isso, deve colocar em prática a legítima defesa, pois é mais eficaz do que qualquer “medidazinha” é, no mínimo, duvidoso. Os casos em que poderia ser posta em prática a solução do juiz compõem um número bastante pequeno para todas as realidades sociais. O que ele afirma ser mais eficaz não é. A lei está presente a fim de amparar e proteger as mulheres que integram a posição mais fraca na relação de

---

<sup>4</sup> Tal decisão não está disponível para consulta de inteiro teor, mas é possível ver a foto no seguinte link: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/juiz-nega-medida-protetiva-porque-mulher-nao-respeito>

poder, seja pela diferença física ou qualquer outra que possa vir a constituir uma agressão de gênero.

## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DA SENTENÇA DOS AUTOS DE NÚMERO 0015256-12.2013.8.07.0016 – TJDF**

Esse processo é originariamente da Vara 2002 do Segundo Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Brasília. Segundo a vítima, o suposto agressor teve uma briga física com seu filho e depois a tirou a força do carro, dando-lhe vários empurrões até que ela bateu com o rosto na porta do carro. Foram apresentados dois laudos médicos que comprovaram a lesão e, nos autos, também foram trazidas fotos do olho da vítima. Tem-se o seguinte trecho do depoimento da vítima:

(...)que o denunciado conseguiu tirá-la de dentro do carro, e começou a puxá-la e a empurrá-la e num desses empurrões, a depoente bateu a região do olho esquerdo na quina da porta do veículo...

Ao fundamentar sua decisão, a juíza utilizou, entre outros, os argumentos a seguir:

(...) e a palavra da ofendida, também foi no sentido de que não houve agressão direta por parte do acusado e que teria se machucado na porta do automóvel.(...) que a vítima tem compleição física bem maior que a dele, o qual é pessoa magra e de baixa estatura.

Nesse cenário, a juíza utilizou a fala da vítima para argumentar uma lesão indireta. Porém, a retirada forçada de um carro e empurrar uma pessoa repetidas vezes até ocasionar uma lesão, que de indireta tem muito pouco, não é um tipo de violência? Ao visualizar esse caso dentro de uma relação amorosa e duradoura não se caracteriza como violência doméstica? Tanto a minha percepção como a dos desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é que consiste sim em agressão e, ainda mais, trata-se de uma agressão direta pautada na violência de gênero como consta no julgamento da apelação à sentença absolutória proferida. Além disso, apenas ter uma estatura menor ou maior tanto não é suficiente para sofrer ou praticar uma violência, como também não justifica uma suposta inocência apenas porque o agressor tem uma estatura menor do que a vítima, como alegado na argumentação judicial a seguir:

(...) registro, ainda, que a vítima tem compleição física bem maior que a dele, o qual é pessoa magra e de baixa estatura, como pode ser observado por ocasião de seu interrogatório.

Diante disso, a representante do poder judiciário do primeiro grau utilizou a operacionalização da Fragmentação ao relacionar, por exemplo, o tamanho da pessoa com a agressão. Também há o uso da narrativização ao usar a fala da depoente para fundamentar o caráter indireto da lesão, levando à absolvição pautada no *in dubio pro reo* e, ao se utilizar desse princípio, também há a aplicação da Universalização por se tratar de um instrumento normativo bastante solidificado tanto no código brasileiro como na sua jurisprudência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através da Análise Crítica do Discurso, pautada nas teorias de Thompson, houve a demonstração do viés machista da argumentação judiciária nas decisões processuais, concretizando o silenciamento, a marginalização e a invisibilidade da figura feminina. Essa prática configura uma violência de gênero, instrumentalizada por uma violência institucional da figura de poder do judiciário interpretado pelo (a) magistrado(a).



Essa violência é de caráter institucional por ocorrer dentro da esfera de influência do judiciário e por ter como sujeito ativo o representante desse poder. Assim, quando um conteúdo probatório não é visto como suficiente para condenar o réu pelo juiz, mas a jurisprudência, outros casos e o sentido lógico dos acontecimentos processuais dizem que aquela mulher trouxe a quantidade, pelo menos, mínima para condenar o agressor.

Dessa forma, a mulher sofre uma dupla violência: a doméstica e a institucional. Relacionado à agressão doméstica, a agredida busca proteção e “justiça” do Poder Judiciário, levando as provas materiais e seu depoimento. Porém, na decisão, a justiça não é alcançada, já que houve a absolvição mesmo quando o homem apenas negou os fatos, sem provar sua inocência, caracterizando a segunda violência, a institucional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05\\_19.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf). Acesso em 10 de jul. 2019

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17 de jun. 2019

BRASIL. Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha. [S.l.], 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm) Acesso em: 04 de Outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação cível nº 1164507-DF (2017.061009.0024)**. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: José Allyson Souza da Costa. Relator: Desembargador Cruz Macedo. Brasília, 4 de abril de 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/708782630/20170610090024-df-0008835-9420178070006/inteiro-teor-708782666?ref=serp>. Acesso em: 10 de jul. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação cível nº 796.974-DF (2013.011060.7889)**. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: Jucelino Rocha Araújo. Relator: Desembargador George Lopes Leite. Brasília, 5 de junho de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124690439/apelacao-criminal-apr-20130110607889-df-0015256-1220138070016/inteiro-teor-124690473?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de jul. 2019

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICAS. **Atlas da violência, 2019**. Brasília. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 15 de jul. 2019

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICAS. **Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 2ª Ed. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2-edicao/>. Acesso em: 15 de jul. 2019

FERRARI, Anderson. **Silêncio e silenciamento em torno das homossexualidades masculinas**. In: FERRARI, Anderson; MARQUES, Luciana Pacheco (Orgs.). Silêncios e educação. Juiz de Fora: EDUFJF, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no College de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999

JURISDIÇÃO. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Processo número 0008835-94.2017.8.07.0006.

JURISDIÇÃO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo número 0003604-66.2016.8.26.0338.

JURISDIÇÃO. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Sentença proferida nos Autos nº 222.942-8/06. Juiz: Edílson Rumbelsperger Rodrigues. Sentença: 12/02/2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439\\_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf)>. Acesso em 21 nov. 2019.

MOTA, Keli Rocha Silva. **Feminismo contemporâneo**: como ativistas de São Paulo compreendem uma terceira onda do movimento no país. Revista Extraprensa, vol. 11, Nº 1, 2017, Comunicação, Cultura e Movimentos Sociais na América Latina, p. 108-127. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/extraprensa2017.139729>. Acesso em: 21 de out. 2019.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba. Vol. 18, p. 15-23. Jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003)

RETAMIRO, Wiliam. **O papel das instituições sociais ante o desafio de inovar os processos de gestão territorial**: uma análise comparativa entre o grande ABC Paulista e os municípios do eixo Dutra. ENIAC Pesquisa, Guarulhos (SP), vol. 4, nº 2, jul-dez, 2015. Disponível em: <https://ojs.eniac.com.br/index.php/EniacPesquisa/article/view/228>

THOMPSON, J. **Ideologia e cultura moderna**. Teoria social e crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1999.

# OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DO GÊNERO: COMO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMPREENDE A INTEGRIDADE FÍSICA, INTELECTUAL E MORAL DAS MULHERES

**Fernanda Silva Botelho**

Mestranda em Teoria e Filosofia do Direito (UERJ).

## INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas, o Brasil obteve avanços legislativos na elaboração de normas que asseguram uma maior proteção à mulher, como as constantes no teor da Constituição Federal, que dispôs sobre a igualdade formal entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, inciso XX), a proibição de diferença de salários por motivos de sexo ou estado civil (artigo 7º, inciso XX), a igualdade de direitos e deveres nas relações conjugais, dentre outros. Além disso, foram editadas diversas normas infraconstitucionais com a mesma temática, tais como a coibição de violências domésticas e familiares sofridas pelas mulheres (Lei n.º 11.340/2006), a reserva de vagas nas eleições (Lei 9.504/97), a inserção na CLT de regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho (Lei 9.799/99) e a alteração do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (Lei n.º 13.104/2015). Entretanto, a efetividade da proteção às mulheres depende não somente da igualdade formal disposta nas normas jurídicas, mas também dos discursos que envolvem a sua aplicação e interpretação pelos tribunais (RABENHORST, 2011), sob o risco de se estabelecer um espaço de manutenção das desigualdades materiais de gênero.

Por essa perspectiva, a presente pesquisa questiona a maneira como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro compreende as mulheres no tocante aos seus direitos de personalidade. O escopo principal é detectar os discursos jurídicos afeitos à integridade física, moral e intelectual das mulheres, tendo como metodologia a análise do discurso empreendida por Foucault, a fim de compreender os jogos de comparações e correlações funcionais empreendidos nas decisões. Os discursos judiciais são lidos como “práticas descontínuas, que se cruzam, por vezes, mas também se ignoram ou se excluem” e compreendidos como uma violência e uma prática imposta às pessoas, mediante as quais os acontecimentos dessa narrativa encontram o princípio de sua regularidade. Averigua-se a linguagem e o discurso sobre o sexo feminino, quem o faz, os lugares e pontos de vista utilizados, como a instituição aborda a temática, de modo a compreender de que forma o gênero é utilizado na linguagem jurídica (FOUCAULT, 1996, pp. 52-53).

Justifica-se a escolha pela investigação nas decisões judiciais justamente pelo papel do Poder Judiciário na concessão ou denegação dos direitos relativos à vida e à vivência das mulheres, a fim de que se entenda como as opressões de gênero são determinantes no desfecho desses julgamentos. Os estudos sobre essa temática demonstram-se necessários para que se estabeleça um marco teórico e jurídico na proteção aos direitos das mulheres, que devem ser vistos além dos princípios e normas abstratamente dispostas em lei. Os direitos da personalidade foram escolhidos por serem compreendidos pelo ordenamento jurídico pátrio “como atinentes à própria natureza humana, ou às necessidades primárias do homem que adquirem expressão universal, no seu reconhecimento e aplicação” (PEREIRA, 1994, p. 120).

A metodologia coordena a pesquisa documental de estudo dos casos, com a seleção dos acórdãos e decisões monocráticas proferidas pelo Tribunal nos últimos 16 anos: marco temporal escolhido desde a vigência do Código Civil de 2002. Os dados coletados são primários e foram recolhidos no sistema de pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disponível na rede mundial de computadores, durante o período compreendido entre julho a setembro de 2019. Os termos utilizados foram os relativos aos direitos de personalidade como “honra e mulher”, “intimidade e mulher”, “abalo psicológico”, “corpo e mulher”, “liberdade sexual”, “imagem e mulher”, “privacidade e mulher”, “nome e mulher”, com base na própria gramática utilizada no Código Civil e na Constituição Federal. Nas demais ferramentas da pesquisa, optou-se por escolher a jurisprudência do “Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 2ª Instância”, com “competência cível” e lapso temporal selecionado de 2003 até 2019, em virtude da vigência do Código Civil de 2002, que ocorreu em 11 de janeiro de 2003.

Com base nessa coleta prévia de dados, foram selecionados cinco julgados representativos dos direitos da personalidade, que conjugam elementos relativos aos corpos, identidade e modos de existência das mulheres. Por fim, realizou-se uma investigação do conteúdo desses julgados, assim como dos demais documentos disponíveis no processo, como as decisões em primeira instância e as decisões colegiadas ou monocráticas proferidas pelo Tribunal. Ressalte-se que este artigo não empreende uma pesquisa amostral ou estatística do universo de julgados do Tribunal e não objetiva a produção de inferência ou generalização, mas sim a criação de proposições teóricas com base nas evidências empíricas dos casos selecionados. Por fim, ressalte-se que não é possível depreender, mediante a pesquisa dos elementos trazidos aos autos, quais seriam as intersecções que atingem as autoras nas ações indenizatórias, i. e., qual seria a sua raça, classe e orientação sexual para que fosse viabilizada uma análise pela perspectiva do feminismo interseccional, razão pela qual nossa pesquisa abrange apenas as relações de poder afeitas ao gênero.

## ESTUDO DOS CASOS

### Caso 01: “desavenças normais de um matrimônio”

Trata-se de ação em que a autora pleiteou indenização por danos materiais e morais advindos de agressões psicológicas praticadas pelo réu, seu ex-esposo, durante trinta e dois anos de casamento. Alegou que o ex-esposo a mantinha em cárcere privado, pois não podia sair de sua residência e era obrigada a manter práticas sexuais com as quais não concordava, sentindo-se em situação constrangedora. Afirmou que chegou a ser dopada para que o réu atingisse os seus intentos sexuais. Em adição, afirmou que era submetida a trabalhos forçados, pois o marido a forçava a descarregar chapas de aço galvanizadas, com as quais trabalhava, para economizar gorjetas dos ajudantes de caminhão. Aduziu, ainda, que era semianalfabeta porque o ex-esposo não lhe permitiu estudar e que, ao longo dos seus 51 anos, encontrava-se com depressão e lesões na coluna advindas dos trabalhos forçados (TJRJ, 2010).

A contestação afirmou que o ex-esposo é “homem de estatura mediana, digna, não bebe, não fuma, não é agressivo” e que “mesmo doente só pensa em trabalhar para sobreviver”. A peça de defesa, em continuação, seguiu a negar as alegações trazidas pela autora (TJRJ, 2010).<sup>1</sup>

A sentença, em primeira instância, julgou improcedente todos os pedidos porque considerou ter havido apenas “desavenças normais de um matrimônio”. No tocante ao abuso

---

<sup>1</sup> Dizendo que o réu é “homem de estatura mediana, digna, não bebe, não fuma, não é agressivo” (sic), e, ainda, “totalmente comprometido com sua doença” — a qual, contudo não declina,— certo que, “mesmo doente só pensa em trabalhar para sobreviver”, a contestação se desenvolveu no sentido da negativa das imputações assacadas pela demandante.”

sexual, este seria “praticamente impossível de ser provado”, uma vez que não teria ocorrido registro policial ou atendimento médico à autora. Por fim, considerou que o narrado seria “um relacionamento normal com as desavenças normais de um matrimônio, sem maior relevância”, aduzindo, ao final, que a autora foi casada com o réu por 32 anos, o que reforçaria a inexistência de danos morais e materiais a serem ressarcidos (TJRJ, 2010).<sup>2</sup>

Diante da improcedência em primeira instância, a autora interpôs Recurso de Apelação, ao qual foi dado parcial provimento para condenar o réu à indenização por danos morais pela limitação do seu direito de ir e vir, reconhecendo que “longe de resultar de desinteligências normais no matrimônio é comportamento atentatório aos direitos fundamentais à honra, à dignidade e à liberdade” (TJRJ, 2010, p. 6).<sup>3</sup>

No tocante às demais causas de pedir, o Tribunal afastou o reconhecimento dos trabalhos forçados, sob o argumento de que não houve comprovação suficiente do alegado, embora a autora tivesse colacionado ao processo laudo radiológico que aponta a existência de lordose lombar, exames de audiometria, refração e ultrassonografia do aparelho urinário e demais receitas e requisições médicas. A decisão pontua a apresentação das provas documentais, mas, em sua retórica discursiva, afirma que “nada disso interessa”, uma vez que não existiria “produção probatória suficientemente segura no sentido que aquele mourejar (...) era algo imposto coercitivamente pelo esposo” (TJRJ, 2010, p. 4).<sup>4</sup>

A decisão prossegue ao diminuir a força probatória dos depoimentos produzidos por serem de pessoas próximas à autora, como amiga e filhos, ainda que um dos filhos tenha afirmado que “o pai exigia da mulher tremenda lida”. Na perspectiva do Tribunal, isso seria um auxílio que a mulher daria no trabalho do ex-companheiro, ainda que fosse “carregando material”, mas que tal fato não era capaz de ensejar o ilícito civil indenizável (TJRJ, 2010, p. 4).<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> “Pela prova produzida tem-se que o que ocorria entre o casal era um relacionamento normal com as desavenças normais de um matrimônio, sem maior relevância, tanto que a própria autora na inicial informa ter estado casada com o réu por 32 anos. Quanto à alegação de que o réu teria obrigado a autora a manter com ele atos sexuais com os quais não concordava, tal fato é praticamente impossível de ser provado, pois se ocorreu foi dentro de quatro paredes, não havendo qualquer testemunha do fato, e também não tendo havido qualquer registro policial sobre o fato ou eventual atendimento médico à autora, e os informantes que falam de tal fato obtiveram a informação da própria autora, o que a toda evidência não serve para fazer a prova cabal do alegado.”

<sup>3</sup> “O tirânico comportamento do réu implicou violência psicológica tal como descrito em lei. Isso desborda de longe os lindes das “desavenças normais de um matrimônio”. Causou na autora agravo à liberdade, à honra e à dignidade, em afronta direta a direitos tutelados na Constituição da República. Nisso, sem dúvida, há dano moral in re ipsa, que não se descaracteriza pelo longo lapso de união conjugal, tampouco pela inexistência de registro de ocorrência em sede policial.”

<sup>4</sup> “Embora a autora tenha apresentado laudo radiológico que aponta a existência de lordose lombar (fls. 21), assiste razão ao demandado ao afirmar não haver prova de nexos causal entre a doença e o fato, negado por ele, de que a mulher era obrigada a descarregar caminhões, suportando o peso de chapas de aço galvanizadas. Do mesmo modo, exames de audiometria, refração e ultrassonografia do aparelho urinário, além das receitas e requisições médicas trazidas pela demandante (fls. 17, 19,20 e 22/9); nada disso interessa. Não interessa, mas não afastaria o dano moral e o dever de seu causador indenizá-lo, se houvesse produção probatória suficientemente segura no sentido de que aquele mourejar — baixar de caminhões nada menos do que chapas de aço, é puxado! — que aquela pesada labuta, dizia eu, era algo imposto coercitivamente pelo esposo, a qualquer preço, por fina força, sem opção: é descarregar ou descarregar. A humilhação seria patente.”

<sup>5</sup> “Mas a prova produzida pela autora não é forte quanto a isso. Uma das testemunhas, Marina Rosa Gomes Santos, dela é amiga íntima; foi ouvida como informante (fl. 73), tal como outras duas, eis que estas são filhos dos litigantes, a saber, Jandes (fl. 74) e Reinaldo Santos Costa (fl. 75). A única que prestou compromisso foi Maria Cristina Fernandes de Santana; arrolada pelo demandado, soube dizer, com segurança, a própria qualificação porque do resto não sabia de absolutamente nada (fl. 76). Pois bem. Apesar de o filho Jandes ter afirmado que o pai exigia da mulher tremenda lida, o que o cotejo das três declarações permite concluir é que ela o fazia porque ajudava no trabalho do marido,

Com relação à exposição dos abusos sexuais e do estupro, o Tribunal pontuou que os elementos trazidos nos autos não eram “convincentes”. Ainda que houvesse o depoimento de outra mulher, então amiga da autora, corroborando a existência de tais agressões, a decisão aduz que “dificilmente a autora não confidenciaria sua desdita à amiga”, mas que tal narração não é crível de consideração. Houve também o testemunho de um dos filhos, que esclarece ter ouvido comentários a respeito das queixas da mãe, mas o Tribunal considera que isso “é pouco” para que se comprove o abuso sexual. Por fim, a decisão volta-se então para o ex-companheiro, réu no processo, ao afirmar que as testemunhas não possuíam qualquer animosidade em relação a este, pois o reconheciam como “homem trabalhador, sem amantes, sem vícios de alcoolismo ou de drogas” (TJRJ, 2009, p. 6).<sup>6</sup>

## **Caso 02: “de certa forma houve provocação dela”**

O caso refere-se à ação proposta por mulher em face do seu ex-companheiro, em que pleiteia indenização por danos morais e materiais em virtude de agressões físicas e verbais. Narra que teve um relacionamento conjugal com o réu e que, ao longo da relação, sofreu diversas ataques verbais. Em um churrasco, o réu a agarrou pelo braço, levando-a até o seu veículo e desferindo soco em seu rosto. Como instinto de defesa, afirma que fugiu do seu companheiro e retornou para a casa em outra cidade. Após algumas horas, foi surpreendida pelo homem, que arrombou a porta da cozinha e lhe desferiu socos, lançando a sua cabeça no chão e a batendo por diversas vezes. Após mais agressões, tentou asfixiar a autora com uma almofada, sendo interrompido pela interferência dos vizinhos que ouviram os barulhos e pedidos de socorro. O exame de corpo e delito juntado ao processo localizou diversas equimoses no corpo da autora, e respondeu “sim” para o quesito de “sinal de ofensa à integridade corporal ou saúde do paciente” e “ação contundente” para o quesito de “instrumento ou meio que produziu a ofensa” (TJRJ, 2005, p. 2-10).

A defesa do ex-companheiro aduziu que a autora seria pessoa “briguenta, desequilibrada e sem limites”, sendo conhecida pelos amigos e familiares como pessoa sem equilíbrio emocional. Alega que a mulher teria invadido o apartamento do réu e o impedido de entrar, ameaçando-o com “escândalos, gritaria e até mesmo com a realização de atos que atentaram contra a sua própria integridade física” (TJRJ, 2006, p. 133).

A decisão em primeira instância julgou totalmente improcedente o pedido, sob o entendimento de que a autora havia afirmado que mantinha relacionamento conjugal “sem juntar a devida certidão de casamento” e de que não haveria a “mínima prova de que sequer a Autora e o Réu mantinham relacionamento afetivo estável”. E logo concluiu que teria ocorrido uma “discussão mais acalorada entre pessoas que mantinham um relacionamento afetivo”. Por fim, argumentou que não aplicaria a pena de litigância de má-fé à autora por reconhecer que “a dinâmica dos fatos representa problemas sentimentais” (TJRJ, 2006, p. 134-136).<sup>7</sup>

---

como disse Reinaldo, “atendendo clientes, recebendo e carregando material” (fl. 75). Assim, nisso não se pode ver dano moral. Tal aspecto da causa de pedir não restou provado.”

<sup>6</sup> “A demandante não logrou provar, contudo, os alegados abusos sexuais. É verdade que a prova, em tais casos, é mais fluida, devendo ser aferida com mais complacência. Mesmo assim, o que veio aos autos é inconvincente. A informante Marina disse que certa vez ouviu o réu dizer que dopara a autora para fazê-la dobrar-se a suas preferências sexuais (fl. 73). Não é crível, dado que, como ela mesma disse, ambas, ela e a demandante eram amigas íntimas. Nesse quadro de intimidade e de profundo constrangimento, dificilmente a autora não confidenciaria sua desdita à amiga. Já os filhos nada esclarecem. Ouviram alguém dizer que outrem dissera que a mãe uma vez se queixara. É pouco.”

<sup>7</sup> “Afirmou a Autora, inicialmente, que mantinha relacionamento conjugal, sem juntar a devida certidão de casamento. Aliás, não há a mínima prova de que sequer Autora e Réu mantinham relacionamento afetivo estável. (...)

A autora apelou da supramencionada sentença, sob o argumento de que não seria crível que o julgamento desconsiderasse o exame de comprovação da materialidade e os depoimentos colhidos, que demonstraram o seu estado emocional fragilizado e os gritos provenientes do apartamento, em que se podia ouvir briga, choro e pedidos de socorro (TJRJ, 2006, p. 140-156).

O Tribunal, ao julgar o recurso de apelação, considerou estar comprovado nos autos que “o apelado arrombou a porta da cozinha para adentrar no apartamento e que os gritos foram ouvidos pelos vizinhos do apartamento inferior, que chamaram o síndico, dirigindo-se todos à residência onde se achava o casal.” Reconheceu que o exame de corpo e delito “constatou equimoses nos braços e na coxa esquerda” e que “a discussão extrapolou a normal entre um casal, mesmo em processo de separação, porque os vizinhos se viram obrigados a intervir, e a porta só foi aberta depois que o síndico ameaçou chamar a polícia” (TJRJ, 2007, p. 186).<sup>8</sup>

Apesar disso, concluiu que a mulher havia se retirado do evento social levando o carro do varão e deixando-o sozinho no local, e que isso seria uma demonstração que a discussão era anterior e que “de certa forma houve provocação dela”. E, nessa lógica, os fatos ocorridos seriam apenas “brigas de marido e mulher”, razão pela qual manteve a sentença em sua íntegra e negou provimento à Apelação interposta pela ex-companheira (TJRJ, 2007, p. 187).<sup>9</sup>

### **Caso 03: “referências aceitáveis pelo homem comum”**

Nesse caso, o Tribunal analisou ação que se insurgia contra a criação de perfil falso em uma rede social, interposto por uma confederação de *pole dance* em face da empresa responsável pela manutenção do website. A confederação, representada pela figura da presidente, mulher, afirma que foi criada página com comentários e fotos maliciosas sobre as integrantes das atividades de *pole dance*. Nas palavras da confederação, a página reforçava a visão de que a prática “era, por muitos, ligadas a prostituição e as atividades de *stripers*, o que ensejava não só um prejuízo ao exercício da atividade mas, principalmente, em atos de preconceito em face das praticantes”. A empresa, em sua peça de defesa, alegou que disponibilizou informações dos responsáveis pela conta e que inexistiu qualquer conteúdo ofensivo na página (TJRJ, 2013, p. 3-11, 140-142).

Em primeira instância, foi proferida sentença na qual foram julgados improcedentes os pedidos por considerar que “o teor dos conteúdos em destaque é crítico, mas não ofensivo” (TJRJ, 2015, p. 307-313 ).<sup>10</sup> Contra esta decisão, a confederação interpôs apelação na qual esclareceu

---

O que aconteceu foi uma discussão mais acalorada entre pessoas que mantinham um relacionamento afetivo. As notícias dos jornais locais, que em um primeiro momento impressionam (fls. 16 e 17), foram retiradas, na íntegra, da narrativa feita pela Autora na Delegacia. (...) Como a dinâmica dos fatos representa problemas sentimentais, em que é normal a fragilidade emocional, deixo de aplicar à Autora a penalidade relativa à litigância de má-fé.”

<sup>8</sup> “Ainda que a questão esteja vinculada ao relacionamento amoroso entre as partes, onde os conflitos devem ser apreciados com cuidado, restou comprovado nos autos que o apelado arrombou a porta da cozinha para adentrar no apartamento e que os gritos foram ouvidos pelos vizinhos do apartamento inferior, que chamaram o síndico, dirigindo-se todos à residência onde se achava o casal. (...) Ocorre que os vizinhos declararam não terem visto agressões ou lesões físicas, e o exame de corpo de delito da apelante constatou equimoses nos braços e na coxa esquerda, mas ninguém viu o varão atacá-la. Não há testemunhas de viso de agressões físicas, porque teriam ocorrido antes da chegada dos vizinhos, mas é certo que a discussão extrapolou a normal entre um casal, mesmo em processo de separação, porque os vizinhos se viram obrigados a intervir, e a porta só foi aberta depois que o síndico ameaçou chamar a polícia.” (sic)

<sup>9</sup> “Ocorre que a mulher se retirou de evento social levando o carro do varão e deixando-o há, em evidente demonstração que a discussão era anterior, e de acerta forma houve provocação dela. (...) Os fatos ocorridos configuram as chamadas “brigas de marido e mulher”, não se podendo reconhecer dano moral.” (sic)

<sup>10</sup> “Em segundo lugar, observe-se que o conteúdo impugnado, às fls. 31 e 32, não contém o teor ofensivo e não revelam ANIMUS INJURIANDI como afirma a parte autora (...).”

que o conteúdo do sítio eletrônico expôs a vida íntima das mulheres que compõem a entidade com “apelo sexual vulgar”, o que dificultava a profissionalização da atividade. Reforçou que as postagens realizadas na página foram feitas por autores anônimos, o que dificultaria o acionamento direto dos autores do conteúdo (TJRJ, 2015, p. 329-350).

O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar a referida apelação, entendeu ser “incontroverso que houve a criação de perfil falso”, em que foram postados comentários com conteúdo “gravemente ofensivos à sua imagem e a de seus integrantes”. Entretanto, concluiu que as postagens e os comentários feitos por terceiros no perfil falso “não chegaram a extrapolar aquilo que seria, num juízo de razoabilidade, o conceito de referências aceitáveis pelo homem comum” (TJRJ, 2016, p. 390).<sup>11</sup>

Com relação à veiculação particular de foto da presidente da confederação “com o intuito de atribuir conotação sexual ou vulgar”, esta não seria apta a causar a violação a sua intimidade, sob o argumento de que a própria mulher teria veiculado a imagem na internet “sem a adoção das devidas precauções para assegurar sua privacidade.” Com base nessa retórica, deu provimento parcial ao recurso para obrigar o réu a fornecer o número “IP” e os demais dados para identificar o usuário que criou o perfil falso, negando provimento ao pedido de indenização por danos morais (TJRJ, 2016, p. 391).<sup>12</sup>

#### **Caso 04: “vida de mula”**

Trata-se de ação em face de um grupo editorial, em que a parte autora pleiteia a retratação de matéria ofensiva a sua honra e imagem, bem como o pagamento de indenização por danos morais. Alega que cometeu um crime em momento de desespero e foi presa por tráfico de drogas. Após cumprir a pena, refez a vida em uma pequena cidade do Estado. Contudo, foi surpreendida pela publicação de uma reportagem intitulada “Vida de Mula”, em que uma revista de amplo alcance veiculava a sua foto, nome e sobrenome, com a informação de que teria tentado ingressar na Europa com cinquenta papelotes de cocaína no estômago, ato que não cometeu e sequer foi acusada. Afirmou que se sentia constrangida quando via a sua foto em uma revista de amplo alcance, atribuindo-lhe fato tão grave e com frase vexatória. Esclareceu que trabalhava como vendedora e, por necessitar diretamente de sua imagem, estava com medo de perder o seu emprego e “servir de chacota e ser chamada de mula” (TJRJ, 2010).

Em sua peça de defesa, a parte ré alegou que a autora participou de concurso de beleza no presídio e que a sua foto circulou livremente por ter conquistado o segundo lugar no concurso. Asseverou que o grupo editorial não é responsável pelo dano à imagem da autora porque esta teria participado de concurso de beleza enquanto cumpria pena “por ter se exposto primitivamente à criminalidade”. Ademais, a foto demonstraria que a autora não foi forçada a ser fotografada ou pega de surpresa, mas estava pronta a ser retratada (TJRJ, 2010).

A sentença julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, sem conceder o direito de retratação diante do “conteúdo verossímil da reportagem”. Em suas razões, pontuou

---

<sup>11</sup> “Restou incontroverso que de fato, houve a criação de perfil falso da Parte Autora na rede social da Ré, através do qual anônimos postaram comentários cujo conteúdo reputa à Autora, ora Apelante, como gravemente ofensivos à sua imagem e a de seus integrantes. (...) Após, sopesar o cenário dos fatos segundo os elementos que constituem o conjunto probatório, tenho que as postagens e os comentários feitos por terceiros, no falso perfil da Autora, não chegaram a extrapolar aquilo que seria, num juízo de razoabilidade, o conceito de referências aceitáveis pelo homem comum.”

<sup>12</sup> “Nem mesmo a utilização da foto da Presidente da Confederação Autora (fls. 252), com o intuito de atribuir conotação sexual ou vulgar à mesma, não deu causa à violação da sua intimidade, já que se trata de imagem veiculada pela própria, de forma pública na internet, sem a adoção das devidas precauções para assegurar sua privacidade.”



que o relevante no caso era a publicação da imagem da autora sem que houvesse a sua autorização. Embora existisse reportagem televisiva gravada anos atrás, a autorização da autora se referiu somente à veiculação da imagem no contexto do programa que expunha o concurso de beleza, o que não englobava a matéria divulgada pela revista. Dessa forma, não houve autorização para a exibição da sua imagem em anos subsequentes à gravação, o que demonstraria a “reprovabilidade da conduta”, gerando o dever de indenização (TJRJ, 2010).<sup>13</sup>

Insatisfeita com a decisão desfavorável, a parte ré interpôs recurso de apelação. O Tribunal, em entendimento contrário à sentença, deu provimento ao recurso porque entendeu ter ocorrido “mera incorreção na narrativa dos fatos”. Aduziu que a autora apareceu na reportagem “posando para a foto” e que participou de diversas reportagens após obter a terceira colocação em concurso de beleza. Assim, não poderia ser considerada ilícita a conduta da revista, que agiu em exercício regular de direito (TJRJ, 2011).<sup>14</sup>

Por essa lógica, a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal concluiu que “não ofende a honra a publicação de reportagem sob o título de “vida de mula”, com fotos consentidas de bonitas mulheres cooptadas pelo tráfico ilícito de drogas e presas”. Em virtude de a autora ter sido vitoriosa em concurso de beleza e ter autorizado a veiculação de sua imagem à época, concluiu por negar o dano moral pleiteado (TJRJ, 2011).<sup>15</sup>

#### **CASO 05: “e haveria maior amor do que o amor materno?”**

O Tribunal julgou ação indenizatória por danos morais, proposta por uma mulher em face de uma emissora de televisão, em que narra ter sido exposta de maneira vexatória em quadro humorístico. Aduz que se encontrava na praia quando apresentadores se aproximaram para que fizesse parte de um programa no qual se avaliava a beleza das mulheres. Apesar de ter se negado

---

<sup>13</sup> “A questão principal que deve ser abordada nesta demanda não se refere à veracidade da matéria jornalística, envolvendo mulheres condenadas por crime de tráfico de entorpecentes, em razão de transporte de drogas como çmulasç. O fato é que a ré fez publicar a imagem da autora, sem sua autorização. Com efeito, a divulgação da imagem, sem a devida autorização, por si só, é conduta passível de indenização por danos morais, in re ipsa, como vem decidindo a jurisprudência do Eg. TJ/RJ.”

<sup>14</sup> “A autora aparece na reportagem posando para a foto e, aliás, participou de diversas reportagens após obter a terceira colocação no concurso “Garota Talavera Bruce”, evento que contou com ampla divulgação inclusive na imprensa internacional, já que a vencedora foi uma portuguesa, também presa por tráfico de drogas (...).Portanto, não lhe foi imputado fato “gravíssimo”, como crê a autora. A situação do indivíduo que tenta ingressar em presídio com maconha não é menos grave que aquele que tenta embarcar para o exterior levando consigo cocaína no estômago. O tráfico de cocaína, noutro passo, não é mais grave que o tráfico de maconha. Ambas são substâncias entorpecentes, ou “drogas”, conforme mencionado pelo caput do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Sendo assim, verifica-se que a mera incorreção na narrativa dos fatos, sem a existência de circunstância que objetivamente agrave a situação da autora, não é capaz de causar o abalo emocional alegado.”

<sup>15</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. “VIDA DE MULA”. AUTORA QUE FOI PRESA POR TENTAR INGRESSAR COM MACONHA EM PRESÍDIO. SITUAÇÃO DE IGUAL GRAVIDADE AO TRÁFICO DE DROGAS. ART. 40, III E V DA LEI DE DROGAS. PODER-DEVER DE INFORMAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA EXTRACONTRATUAL NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A hipótese tratada nos autos desafia responsabilidade civil subjetiva extracontratual, que exige para a sua configuração a presença da culpa lato sensu (dolo ou culpa), do dano e do nexu causal, os quais, in casu, não ocorreram. 2. Não ofende a honra a publicação de reportagem sob o título de “vida de mula”, com fotos consentidas de bonitas mulheres cooptadas pelo tráfico ilícito de drogas e presas, como é o caso da autora, equivocandose a matéria apenas quanto ao crime que originou a prisão. 3. A autora foi presa ao tentar ingressar com maconha em presídio, situação de igual gravidade à narrada equivocadamente na reportagem, de tentativa de embarque para a Europa com papелotes de cocaína. 4. A imagem da autora já se encontra associada ao sistema carcerário, por ter sido vitoriosa em concurso de beleza denominado “Garota Talavera Bruce”, razão pela qual não se justifica o dano moral reclamado. 5. Provimento do recurso.”

a participar, foi filmada contra a sua vontade e veio a aparecer, de biquíni, no programa. Afirmou que a emissora disponibilizou uma fotografia sua, igualmente em trajes de banho, no endereço eletrônico do programa, além de ter veiculado o vídeo em um website. Pontua que o quadro avaliou a sua beleza de forma desaprovadora e a edição a colocou ao lado do desenho de um dragão, com a música “Lua de São Jorge” ao fundo, atribuindo-lhe a conotação de mulher feia (TJRJ, 2009).

Em sua defesa, a emissora de televisão alega a licitude do ato, pois o programa possui o cunho de entretenimento e humor, com formato “descontraído e criativo”. Argumentou que o quadro é bem aceito por telespectadores e participantes e não possui o objetivo de ofender ou macular a honra. Dessa forma, alega a inexistência de dano moral indenizável (TJRJ, 2009).

A sentença julgou procedente em parte o pedido para condenar a emissora a pagar indenização por danos morais, sob o argumento de que houve ofensa não tolerável em círculos íntimos e “muito menos com exposição por vários tipos de mídia, que podem ser acessados por incontável número de pessoas” (TJRJ, 2009). Diante dessa decisão, foi interposto recurso de apelação pela mulher com o escopo de aumentar o valor arbitrado, como também pela emissora a fim de reformar completamente a sentença.

O Tribunal negou provimento ao recurso da emissora e concedeu provimento ao recurso da mulher, com base no voto do relator, o qual argumentou que “não existe mulher feia. A mulher é bela pelo simples fato de ser mulher!”. Prosseguiu ao afirmar que, na doutrina cristã que havia abraçado, “foi através de uma mulher, pura e santa, que Deus concretizou o Seu Plano de redenção da humanidade, fazendo-se homem na instrumentalidade do útero da virgem Maria”. Reconhece ainda que a autora teve o seu “jardim invadido” e isso caracterizou a invasão de sua privacidade, tendo sido “achincalhada, exposta ao ridículo” (TJRJ, 2009).<sup>16</sup>

Por fim, através de citação de um texto cujo título é “A beleza da mulher”, asseverou que:

“A beleza de uma mulher não está nas roupas que ela usa, na imagem que ela carrega, ou na maneira que penteia os cabelos. A beleza de uma mulher tem que ser vista a partir dos seus olhos porque essa é a porta para o seu coração, o lugar onde o amor reside. A beleza de uma mulher não está nas marcas do seu rosto, mas está refletida na sua alma. Está no cuidado que ela amorosamente tem pelos outros.”

“E haveria maior amor do que o amor materno?” (TJRJ, 2009)

## ANÁLISE DOS CASOS

Admite-se, a partir de uma concepção foucaultiana, que a sexualidade revela nuances do discurso que, longe de serem um elemento neutro ou transparente, ligam-se diretamente ao desejo e ao poder. Portanto, inicia-se a análise com a compreensão de que o discurso não apenas manifesta ou oculta o desejo, mas é o objeto do próprio desejo ao trazer as lutas e os sistemas de dominação. Assim, importa não apenas aquilo que é dito nos discursos jurídicos, como também o que se omite, levando-se em conta os procedimentos de exclusão advindos dessas narrativas. O sistema de exclusão, compreendido no sistema histórico, desenha-se na separação que rege a nossa vontade de saber, i. e., a vontade de verdade que atravessa por séculos a história da humanidade (FOUCAULT, 1996, p. 9).

---

<sup>16</sup> “Não existe mulher feia. A mulher é bela pelo simples fato de ser mulher! Tanto assim que, dentro da doutrina cristã que abracei, e respeitados os entendimentos em contrário, foi através de u’a mulher, pura e santa, que Deus concretizou o Seu Plano de redenção da humanidade, fazendo-se homem na instrumentalidade do útero da virgem Maria. “

Com base nessas premissas iniciais, é possível depreender que, no CASO 01, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reproduziu narrativas que impediram o reconhecimento dos abusos físicos e psicológicos relatados pela autora ao longo de mais de três décadas de casamento. Em primeira instância, a decisão compreendeu as agressões físicas e psicológicas trazidas pela mulher como “desavenças normais de um matrimônio” (TJRJ, 2010). Por sua vez, ao ser julgado recurso de Apelação, os desembargadores apenas reconheceram a alegação do cárcere privado, rejeitando as narrativas de trabalhos forçados e de abusos sexuais, mediante a retórica discursiva – que revela posições de poder - de que nenhum dos laudos médicos e demais provas interessariam, ou seriam convincentes, haja vista inexistir “produção probatória suficientemente segura” para a consideração das narrativas trazidas pela mulher (TJRJ, 2010, p. 4).<sup>17</sup>

Além disso, os depoimentos recrutados pela autora foram desconsiderados por serem de pessoas próximas, amigos e filhos, ignorando-se a dificuldade fática de se recrutar depoimentos de testemunhas oculares de violências ocorridas dentro do âmbito familiar e íntimo dos envolvidos. As alegações de abuso sexual também não foram reconhecidas na decisão, sob a afirmação de que os elementos trazidos nos autos não eram convincentes, mormente por serem de uma amiga, a qual se confidenciou um dos abusos, e dos filhos, que ouviram pessoas relatando as queixas da mãe. Destaque-se, ainda, a preocupação do Tribunal em perquirir as características da personalidade do ex-companheiro, como “trabalhador, sem amantes, sem vícios de alcoolismo ou de drogas”, como se as informações sobre a vida e os hábitos do réu fossem relevantes para ilidir os abusos narrados pela ex-esposa (TJRJ, 2010, p. 6).

De maneira semelhante, no CASO 02, a autora colacionou provas da materialidade da agressão física e psicológica sofrida, quais sejam, exame de corpo de delito, provas testemunhais e demais documentos, os quais foram consideradas insuficientes para comprovar o dano moral e material relatado. A decisão em primeira instância considerou a narrativa das agressões como “discussão mais acalorada entre pessoas que mantinham um relacionamento afetivo”, e exigiu certidão de casamento para que houvesse a “mínima prova” de que existia um relacionamento afetivo estável. A narrativa também se repete na decisão colegiada, na qual se consignou que a discussão teria extrapolado o normal entre o casal, mas que esta configuraria apenas “brigas de marido e mulher”. Ressalte-se, ainda, a retórica utilizada pelo voto do relator, o qual afirmou que “de certa forma houve provocação” da mulher quando esta se retirou com o carro do casal após ser agredida (TJRJ, 2007, p. 187).

O CASO 03 conjuga direitos relativos à imagem, intimidade, vida privada e honra de um grupo de mulheres participantes de uma confederação de *pole dance*. O Tribunal, ao julgar a referida demanda, reconhece que foram veiculadas postagens ofensivas à imagem das integrantes da atividade, em rede social de amplo alcance, inclusive com a divulgação da foto da presidente da confederação com o intuito sexual e vulgar. Apesar disso, afirma que tais atitudes não seriam aptas a ensejar a indenização por danos morais porque não teriam extrapolado o que seria o senso de um “homem comum”. Ao trabalhar a partir dessa perspectiva, o Tribunal traz uma visão

---

<sup>17</sup> “Embora a autora tenha apresentado laudo radiológico que aponta a existência de lordose lombar (fls. 21), assiste razão ao demandado ao afirmar não haver prova denexo causal entre a doença e o fato, negado por ele, de que a mulher era obrigada a descarregar caminhões, suportando o peso de chapas de aço galvanizadas. Do mesmo modo, exames de audiometria, refração e ultrassonografia do aparelho urinário, além das receitas e requisições médicas trazidas pela demandante (fls. 17, 19,20 e 22/9); nada disso interessa. Não interessa, mas não afastaria o dano moral e o dever de seu causador indenizá-lo, se houvesse produção probatória suficientemente segura no sentido de que aquele mourejar — baixar de caminhões nada menos do que chapas de aço, é puxado! — que aquela pesada labuta, dizia eu, era algo imposto coercitivamente pelo esposo, a qualquer preço, por fina força, sem opção: é descarregar ou descarregar. A humilhação seria patente.”

exclusivamente masculina a um processo que versa sobre danos morais experienciados por mulheres. Em adição, a decisão judicial atribui responsabilidade à mulher, presidente da confederação, em ter divulgado foto em sua página pessoal, ignorando o fato de que a mesma imagem foi utilizada em outro contexto, qual seja, o de lhe atribuir conotação vulgar e difamatória. Isto é, utiliza-se de um discurso de culpabilização da vítima, mulher, que não teria tomado “as devidas precauções” com relação à fotografia (TJRJ, 2016, p. 391).

No CASO 04, a pessoa que pleiteia a indenização por danos morais é ex-presidiária que participou de concurso de beleza enquanto cumpria pena privativa de liberdade pelo crime de tráfico de drogas. Após reconstruir a sua vida em outra cidade, tendo decorrido anos do cumprimento da sanção criminal, foi surpreendida por reportagem veiculada em revista de amplo alcance, na qual tinha o seu nome, sobrenome e imagem divulgados sob enredo criminoso que não havia cometido, logo embaixo do título vexatório “Vida de Mula”. Assim, o Tribunal, ao reformar a sentença para declarar a improcedência do seu pedido, desconsidera os danos sociais e pessoais sofridos pela mulher com a veiculação de sua imagem em narrativas criminosas que não realizou. Ainda que tivesse participado de concurso de beleza em anos anteriores, o aval para a divulgação de sua imagem estava restrito ao contexto do evento. A ementa do acórdão narra que “a imagem da autora já se encontra associada ao sistema carcerário, por ter sido vitoriosa em concurso de beleza denominado “Garota Talavera Bruce”” e, por esse motivo, deveria lhe ser negada a indenização por danos morais (TJRJ, 2010). O sujeito em análise está em um duplo eixo de opressão, qual seja, mulher e ex-presidiária, fato que é ressaltado pelo Tribunal como motivo motriz para o não provimento de sua pretensão. Portanto, sobreleva-nos a importância de analisar não somente os discursos, como também a quem eles se referem ou qual o sujeito observável pelos julgadores, especialmente porque as discriminações de gênero incidem de maneira diferente sobre a identidade e os corpos das mulheres, de forma a carregar barreiras centrais e institucionais ao exercício e à efetivação dos direitos, conforme sejam brancas ou negras, pobres ou ricas, trabalhadoras assalariadas ou empresárias, etc. (LORDE, 2019, p. 243-245).

No CASO 05, apesar do desfecho ter sido favorável à autora, a decisão utiliza-se de narrativa embasada no mito da beleza feminina, reforçando padrões de poder ao enfatizar que “a mulher é bonita apenas pelo fato de ser mulher”. Com uma retórica religiosa e cristã, propaga uma visão arquetípica e invariável de gênero, com a utilização de palavras e adjetivos como “pura” e “santa”. A figura da mulher é percebida como instrumento para a concretização do plano de deus para a “redenção da humanidade”, sob a retórica de que esse deus se fez “homem na instrumentalidade o útero da virgem Maria”. Assim, reafirma o discurso de poder exercido pelo masculino em detrimento do feminino, bem como o papel de reprodução social atribuída à mulher, que é vista como um meio para a existência e nascimento de homens. A mística feminina do instinto materno também é reforçada ao se argumentar que a beleza da mulher reside “no cuidado que ela amorosamente tem pelos outros”, e ao se finalizar o voto com o questionamento: “E haveria maior amor do que o amor materno?” (TJRJ, 2009).

Nessa perspectiva, os textos jurídicos carregam discursos que são “ditos, permanecem ditos e estão ainda por dizer” e se manifestam além da sua formulação, bem como informam além do próprio texto porque trazem dados sobre o modo e a forma como as narrativas são reproduzidas ou realizadas (FOUCAULT, 1996, p. 26). Importa-nos, portanto, questionar quais são os motivos que movimentam o discurso, i.e, quais as articulações de saberes e poder utilizadas pelos julgadores ao decidir pela desconsideração das provas produzidas por mulheres para comprovar dos danos advindos aos seus direitos de imagem, honra, vida privada, intimidade e incolumidade física e psíquica.

As narrativas trazem fórmulas, textos e conjuntos ritualizados que se conservam no tempo. Nesse contexto, nasce a importância de se olhar o autor, que não é o indivíduo que escreveu o texto, mas sim o princípio de organização do discurso, a sua origem e significações. Nas palavras de Foucault, “o autor é aquele que dá à inquietante linguagem da ficção suas unidades, seus nós de coerência, sua inserção no real.” (FOUCAULT, 1996, p. 26).

Assim, os discursos em análise empreendem a reafirmação de relações de poder com base no gênero, que influenciam como o sujeito mulher é percebido em suas vontades, narrativas e desejos ao interpelar o Poder Judiciário. Compreende-se o gênero muito além das diferenças binárias entre masculino/feminino, mas a partir da construção de uma visão política, que conjuga a sua existência com as instituições e organizações sociais. Identifica-se que a sexualidade biológica do indivíduo é modificada conforme este se insere no contexto sociopolítico. Por meio dessa concepção, as diferenças biológicas entre os sexos são lidas e interpretadas conforme as necessidades dos fenômenos sociais e políticos. O gênero é compreendido na própria construção do poder e o seu estudo, portanto, deve apreender que as categorias homem e mulher são “vazias e transbordantes”, na medida em que não possuem nenhum significado fixo e previamente definido. O gênero transborda precisamente porque, ainda que apareça rigidamente definido, contém em sua essência definições subjetivas que foram rejeitadas ou limitadas (SCOTT, 2019, pp. 67-69).

Por essa perspectiva, o discurso constante nas decisões nos traz à discussão a reprodução dos estereótipos patriarcais que dificultam a efetivação dos direitos e mantém o discurso de banalização e culpabilização da mulher pela violência e pelos danos sofridos, a revitimizando. Ao pontuar a existência de provas dos fatos trazidos pelas autoras, mas não vislumbrar com isso violações aos seus direitos de personalidade, em especial a sua integridade física e psicológica, o Tribunal chancela comportamentos agressivos como integrantes de um cenário esperado e natural dentro de relacionamentos heteroafetivos. Depreende-se que tais narrativas estão diretamente imbricadas em uma visão androcêntrica que se insere no sentido das práticas e na objetividade do senso comum, sendo reproduzidas mediante esquemas de pensamento e atitudes que perpetuam tais relações de poder e reforçam as violências simbólicas de gênero (BORDIEU, 2012, p. 45).

Ao desconsiderar os elementos probatórios trazidos nos autos por mulheres para comprovar as violências narradas, é possível perceber como os discursos judiciais e políticos erigem um ritual que estabelece a qualificação dos indivíduos que estão aptos a falar, i. e., atribui aos “sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos”. As figuras positivas de troca e comunicação atuam dentro de sistemas de restrição, que se manifestam nas dinâmicas do diálogo, nas perguntas feitas e nos enunciados formulados. Influenciam, igualmente, o valor e a eficácia dadas às palavras ditas, bem como os seus efeitos e os seus valores de convencimento sobre o receptor (FOUCAULT, 1996, pp. 38-39).

Nessa toada, os sujeitos fundantes do discurso judicial trazem uma visão androcêntrica às formas vazias da língua e as preenchem com significações, proposições, ciências e conjuntos dedutivos. O discurso revela-se como um jogo e uma troca que se referem aos signos e jogos de poder (FOUCAULT, 1996, pp. 48-49), de maneira a desconsiderar as narrativas apresentadas pelas mulheres perante o Tribunal de Justiça. Neste caso, a análise das imagens e das representações é realizada com base em uma visão androcêntrica que perpetua a violência simbólica entre masculino e feminino. Para Bordieu, a divisão entre os sexos aparece naturalizada e inevitável, encontrando-se nos corpos, nos hábitos dos sujeitos e no estado das coisas, de maneira a orientar a nossa percepção de mundo. Tais divisões socialmente construídas adquirem um reconhecimento por legitimação e são consideradas como a ordem natural do mundo social. Assim, a visão

androcêntrica revela-se como neutra e dispensa justificção, no sentido de que não precisa ser anunciada nos discursos. A dominação masculina é então ratificada em diversas vertentes, como na divisão social do trabalho e na estrutura do espaço entre público e privado (BORDIEU, 2012, p. 16-18).

Judith Butler propõe uma compreensão do gênero como um fenômeno que é desenvolvido através da repetição de certos atos construídos ao longo da história. Os gestos, movimentos, vestimentas e comportamentos são o atuar do gênero e devem ser vistos mediante a incorporação de experiências históricas e culturais (BUTLER, 2019, pp. 213-216). A partir dessa concepção do corpo como reprodução histórica, o gênero pode ser compreendido como uma forma ou estilo, um ato performático e teatral, separando-se o sexo biológico da sua performance. O ser mulher é distinto, portanto, de ser fêmea, determinismo biológico que não possui nenhum significado. Como ressalta Butler, “ser mulher é ter se tornado mulher, ter feito seu corpo se encaixar em uma ideia histórica do que é uma “mulher”, ter induzido o corpo a se tornar um signo cultural, é ter se colocado em obediência a uma possibilidade historicamente delimitada (...)” Por essa perspectiva, o gênero não é um fato ou ato consolidado, pois pode ser atuado ou demonstrado de diversas formas, e nisso consiste precisamente a sua concepção. Os corpos são constituídos em gênero na medida em que atuam, dia após dia, através de uma série de atos performáticos que se consolidam ao longo da história (BUTLER, 2019, pp. 216- 220).

Na abordagem do Tribunal de Justiça sobre o sujeito mulher, são reproduzidas narrativas que reforçam o estereótipo do feminino, bem como os papéis de reprodução social e da divisão do trabalho que são esperados das mulheres. Devem ser questionados, portanto, os mecanismos de construção dos corpos e das atitudes em torno da feminilidade. O abandono da opressão de gênero compreende o questionamento de que o corpo deformado por performances e estilos não corresponde ao ideal de natureza ou natural (WITTIG, 2019, p. 83). A mulher, em sociedade, é um mito, conforme predisse Simone de Beauvoir, em sua célebre frase: “ninguém nasce mulher, mas se torna mulher. Nenhum destino biológico, psicológico ou econômico determina a figura que a fêmea humana apresenta na sociedade: é a civilização como um todo que produz essa criatura (...) descrita como feminina.” (BEAUVOIR, 2009)

## CONCLUSÃO

Depreende-se, a partir de uma perspectiva foucaultiana, que as ações e omissões são fundamentais para se identificar os discursos produzidos como verdade pelas decisões judiciais, especialmente porque as instituições judiciárias estão inscritas em relações de poder. Assim, a partir do estudo de casos empreendido neste artigo, verificam-se indícios de que os interesses das mulheres são desconsiderados pelos termos e procedimentos jurídicos, bem como de que estabilidade das categorias jurídicas, compreendida dentro de uma retórica de neutralidade das decisões judiciais, pode reforçar estereótipos e desigualdades de gênero.

Por essa perspectiva, os discursos em análise empreendem a reafirmação de relações de poder com base no gênero, que influenciam como o sujeito mulher é percebido em suas vontades, narrativas e desejos ao interpelar o Poder Judiciário. Tais narrativas estão diretamente imbricadas em uma visão androcêntrica que se insere no sentido das práticas e na objetividade do senso comum, sendo reproduzida mediante esquemas de pensamento e atitudes que perpetuam tais relações de poder e reforçam as violências simbólicas de gênero (BORDIEU, 2012, p. 45).

Nessa toada, os operadores do direito reproduzem narrativas jurídicas que reforçam significados e deduções sexistas, com uma dinâmica que reafirma jogos de poder (FOUCAULT, 1996, pp. 48-49). Neste caso, a análise das imagens e das representações é realizada com base em

uma visão androcêntrica que perpetua a violência simbólica entre masculino e feminino e, em consequência, dificulta o reconhecimento dos direitos de personalidade das mulheres. Em que pesem existirem avanços normativos para a concretização da igualdade formal entre os sexos, verificam-se limites ao reconhecimento dos direitos de personalidade, bem como da integridade física, moral e intelectual das mulheres, mormente em uma sociedade marcada por estereótipos sexistas e patriarcais.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. v. 2. A experiência vivida; tradução Sérgio Milliet. 2.ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**; tradução Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BUTLER, Judith Butler. Atos performáticos e a formação dos gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. *In: Pensamento feminista: conceitos fundamentais/Audre Lorde...* [et AL.]; organização Heloisa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 25-46, 2019.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**; tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. *In: Pensamento feminista: conceitos fundamentais/Audre Lorde...* [et AL.]; organização Heloisa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 239-249.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direitos da Personalidade**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 6, 1994.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Encontrando a teoria feminista do direito**. Prim@ Facie, v. 09, p. 07-24, 2011.

SCOTT, 2019. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. *In: Pensamento feminista: conceitos fundamentais/Audre Lorde...* [et AL.]; organização Heloisa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 49-80.

TJRJ, **Processo n.º 0010310-85.2009.8.19.0021**. 03ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000131693>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, Apelação Cível. **Processo n.º 0010310-85.2009.8.19.0021**. Relator Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva, Data do julgamento: 13/04/2011. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00034A3B47F01EE72207C118FA336092713AEFC402632320&USER=>> >. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Processo n.º 0002726-31.2005.8.19.0045**. 01ª Vara Cível da Comarca de Resende. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600165928>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Apelação Cível**. Processo n.º 0002726-31.2005.8.19.0045. Relatora Nanci Mahfuz, Data do julgamento: 05/06/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00035067BB4DEBB7AAB76535557010DF4FCCA81BC35F2A58&USER=>>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Processo n.º 0003430-72.2014.8.19.0063**. 06ª Vara Cível da Regional da Barra da Tijuca. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2013.209.036599-5>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Apelação Cível. Processo n.º 0003430-72.2014.8.19.0063**. Relatora Carlos Eduardo Moreira da Silva, Data do julgamento: 05/04/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004F08A3CD6A1E728C005F2FF9D838131C9C504603A3A41&LOGINSEG=usuario&LOGINSO=usuario&SIGLASIST=ABREDOCWEB&CODORG=1&HOST=177.136.150.44&UZIP=1&INLINE=1&EXIBEERROS=0%22>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Processo n.º 0004760-36.2009.8.19.0207**. 01ª Vara Cível da Comarca Regional da Ilha do Governador. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.207.004791-6>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Apelação Cível. Processo n.º 0004760-36.2009.8.19.0207**. Relatora Marcia Ferreira Alvarenga, Data do julgamento: 09/11/2011. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003A20E5420FF01A4875A082D91E0EECA2F69C403155533&USER=>>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Processo n.º 0172686-49.2007.8.19.0001**. 37ª Vara Cível da Comarca da Capital. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2007.001.168663-0>>. Acesso em 13/11/2019.

TJRJ, **Apelação Cível. Processo n.º 0004760-36.2009.8.19.0207**. Relator Ademir Paulo Pimentel, Data do julgamento: 30/09/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003289E809CF63836D14D25501A62751613D9C40228091D&USER=>>>. Acesso em 13/11/2019.



**Gustavo de Oliveira Siqueira**

Estudante de Graduação em Direito (UFPE)

**Paula Santos Caraciolo Ferreira**

Estudante de Graduação em Direito (UFPE)

### INTRODUÇÃO

Este trabalho nasce a partir de reflexões e vivências experienciadas nas ações extensionistas do Grupo Robeyoncé. As ações visavam orientar mulheres trans e travestis trabalhadoras da prostituição na cidade do Recife, sobre as possibilidades de retificação de nome e gênero do registro civil com base na recente regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, que permite a alteração via cartório.

A desjudicialização do procedimento foi resultado de uma constante disputa do movimento trans insurgente em um contexto de patologização desses corpos que, apesar dos inúmeros processos de subalternização sofridos, infiltram, no debate público, uma narrativa dissidente a qual foi capaz de retirar a exigência da cirurgia de transgenitalização para acessar o direito ao nome.

As ações tiveram como locus ruas de grande tráfego durante a noite, assim como cinemas pornô à tarde. O grupo conversava com as mulheres, tinha panfletos facilitadores, entregava camisinhas e lubrificantes. Através do diálogo, percebeu-se o ânimo de algumas para a realizar a retificação, enquanto a rápida recusa de outras para retornar ao trabalho também se fazia presente. É, nessa conjuntura, que as perspectivas sobre reconhecimento estatal aparecem como ambivalentes e dificilmente passíveis de conciliação entre as teorias do reconhecimento.

Os cinemas pornô, as ruas e avenidas, em certos lapsos temporais, são ocupados por algo que remete ao ininteligível, sendo em certa medida considerado inalcançável, irreconhecível, configurando-se como espaços que assumem sistematicamente a marca da diferença e da recusa, que se constituem como contraespaços.

Nesses termos, visualizamos as interdependências dessas categorias criadas pelo poder disciplinar, dado que condiciona a existência do abjeto para o reconhecimento do normal. A partir disso, deflagra-se a possibilidade de se lançar mão tanto da reiteração do poder hegemônico ou de um discurso reativo, devido ao entendimento de que o própria existência do contraespaço é ambígua em si, o que a aproxima do caráter ambivalente das políticas de reconhecimento estatal, vistos que ambas pressupõem uma estrutura normativa para fazer sentido.

Analisou-se, então, as dinâmicas que envolvem espaços e corpos dissidentes, normalização e reconhecimento estatal, ou seja, relações que dialogam com as vivências estabelecidas nos espaços de prostituição e as demandas por retificação do registro.

As dinâmicas reais, portanto, são vistas como formas de se pensar, também, o reconhecimento estatal que é atravessado pela norma jurídica, que está dirigido a corpos que já ultrapassaram a cognição estatal.

## **A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4275/DF E O PROVIMENTO 73 DO CNJ: OS MARCOS NORMATIVOS PARA A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL**

As normas que estabeleciam como o registro civil deveria se dar tiveram uma mudança importante em março de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que as pessoas transgêneras dispõem do direito fundamental à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pela via administrativa ou judicial, nunca se fazendo necessário procedimentos cirúrgicos e laudos de terceiros, sendo unicamente necessária a autodeclaração. Na ementa do julgado, foi colocado que a identidade de gênero seria manifestação da própria personalidade da pessoa e, cabendo, portanto, ao Estado apenas reconhecê-la, nunca constituí-la.

Antes da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 4275/DF, a mudança de prenome e de gênero no registro civil se dava caso a caso no Judiciário, discutindo-se durante a ação, inclusive, a identidade de gênero de cada pessoa, que, ao fim, podia ser reconhecida ou não por um juiz ou juíza.

O entendimento do STF foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça em junho de 2018, obrigando os cartórios a cumprirem o estabelecido, e criando diretrizes para as pessoas que desejassem proceder à retificação registral. Pelo Provimento nº 73/2018, toda pessoa maior de 18 anos pode requerer a alteração do prenome e do gênero no registro civil, mediante a apresentação dos vários documentos requeridos. O artigo 4º do Provimento, ainda, ressalta a desnecessidade de qualquer autorização judicial para realizar a alteração em cartório; a via administrativa, portanto, é viabilizada porque vista como uma alternativa menos constrangedora e mais efetiva, retirando da mão do Judiciário a constituição desse direito e colocando, de certa maneira, o poder de se determinar na mão das pessoas.

Pelo provimento, é necessário comprovante de residência, a ausência desse documento impedindo proceder à alteração. O provimento também exige certidões e cópias de documentos oficiais para submeter o procedimento de alteração de prenome e gênero; a emissão das certidões exige o deslocamento para as repartições públicas, e, quando for o caso de ser emitida em cartório, o pagamento de custas aos cartórios. Ademais, o processo de averbação de retificação é às expensas do requerente.

Os requisitos formais do procedimento esbarra na realidade da maior parte da população trans brasileira, que não tem os recursos financeiros para arcar com as custas. O provimento é marcado pelo afastamento das possibilidades concretas do público alvo, tendo o papel importante de obrigar os cartórios a realizarem o procedimento, mas sendo ineficaz quanto a garantir a realização do direito, ao exigir um número excessivo de documentos que, além de desnecessários, são responsáveis pelo encarecimento da retificação.

## **O GRUPO ROBeyONCÉ DE PESQUISA-AÇÃO E INTERVENÇÕES EXTENSIONISTAS**

O Grupo Robeyoncé de Pesquisa-Ação surge, enquanto extensão universitária, na Faculdade de Direito do Recife no ano de 2016, propondo perspectivas contra-hegemônicas e despatologizantes (BUTLER, 2009) para pensar as questões de gênero de maneira interseccional a partir de outros marcadores. O referido momento de surgimento é também perpassado por um cenário em que as demandas por retificação do registro civil de pessoas transgêneras ainda deveriam ser realizadas judicialmente, sustentando situações que, além de postergar por anos as possibilidades que envolvem o direito ao nome, eram tipicamente conhecidas por seu caráter constrangedor e violento nas audiências instrutórias.

Nesse sentido, tornou-se perceptível a necessidade de contribuir de alguma forma nesses processos, de modo a minimizar o sofrimento e auxiliar as pessoas as quais queriam efetivar o seu acesso aos direitos da personalidade. Assim, durante os anos de 2016 e 2017, foram construídas diversas parcerias que poderiam consolidar uma intervenção de graduandos de direito para além dos muros da universidade e devidamente comprometida com a democratização do acesso à retificação do registro para pessoas trans.

Dentre as parcerias, uma foi estabelecida com o Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco e, a partir dela, foram realizados alguns mutirões para auxiliar pessoas trans na entrada de processos judiciais de retificação do nome e do gênero. Foi através dessas experiências que estratégias de intervenção puderam ser suscitadas, além de que as preocupações de populações, usualmente desconsideradas nos processos correlatos ao pensar o direito, puderam também provocar novas formulações sobre o próprio direito e o que o grupo em si poderia entender sobre o conceito de atividades extensionistas.

No começo de 2018, após a regulamentação da decisão do STF pelo CNJ, foi pensado que outras proposições de atividades extensionistas pelo Grupo Robeyoncé poderiam tomar espaço. Isso porque a extrajudicialidade, apesar das inúmeras críticas passíveis de a ela serem colocadas, possibilitou um procedimento mais rápido e também mais atraente do que qualquer outro anterior que seria feito em juízo. Nesses termos, poderia ser elaborado algum esforço que se dispusesse a tentar levar novas informações acerca dos caminhos à retificação para pessoas trans e esse intento deveria se preocupar em atingir espaços específicos. Espaços que, por serem constituídos a partir da negação da própria ideia de espacialidade normalizada com base nas pessoas que nele transitam, devem ser priorizados na construção de uma agenda política e de intervenção.

Trata-se de forjar aparatos que, embora estruturalmente mínimos, podem ensejar trocas e aprendizados mútuos. Dessa maneira, foram desenvolvidas ações as quais atuariam em pontos de prostituição da cidade do Recife que fossem majoritariamente ocupados por mulheres trans e travestis, no intuito de estabelecer conversas acerca das novas informações dos procedimentos de retificação, distribuir preservativos, lubrificantes e cartilhas facilitadoras com o nosso número de celular no verso, no intuito de possibilitar a ida das interessadas à Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, local onde poderiam emitir um atestado de gratuidade para a emissão dos documentos necessários.

Tais ações foram antecedidas por formações do grupo acerca da prostituição, bem como de encontros com travestis, prostitutas ou não, que puderam contribuir com as ações a partir do repasse de como as abordagens poderiam ser mais eficazes e menos incômodas, dado que não só existia a necessidade de não interromper o trabalho do público alvo das ações, mas também de montar estratégias que atingissem outras demandas dessas trabalhadoras, o que foi feito, por exemplo, mediante a distribuição de material de trabalho.

As ações, inicialmente, se restringiram aos pontos de prostituição das ruas do Recife, porém, após algumas vivências na prática extensionista, percebemos que outros espaços, para além das ruas e calçadas, poderiam ser atravessados por certas dinâmicas de prostituição, abarcando igualmente mulheres trans. Destarte, iniciamos o contato com alguns gerentes de cinemas pornô no centro da cidade do Recife e demos início às ações nesses espaços que, dado o fato de serem fechados, propiciam maiores circunstâncias para a sociabilidade e, por conta disso, permitiriam conversas mais sólidas com quem estivesse interessada.

## NOTAS METODOLÓGICAS

Este trabalho se estabelece a partir de observações realizadas no curso das ações extensionistas do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação, formulando, assim, uma etnografia com observação participante. No entanto, a metodologia proposta não se encerra em concepções voltadas para divisão pesquisador-objeto ou do apagamento de elementos não-humanos do processo de observação.

Trata-se de implicar a perspectiva de ator-rede (ARGEMÍ; SERRANO, 2005) em etnografias que se propõem minimamente a ressignificar as pesquisas etnográficas, reatualizando as possibilidades de agência em sujeitos, ao mesmo tempo que disputando a potência perturbadora presentes em elementos do campo não necessariamente antropomórficos. O objeto, o não-objeto, o humano, o não-humano, o humano-objeto produzem novas cartografias de pesquisa e ação, na medida em que não exaurem o potencial analítico da pesquisa aos agentes batizados por um humanismo ficcional, o que novamente nos retorna à artificialidade da fabricação do próprio termo “humano” e dos limites a ele exteriores (KUNZRU; HARAWAY; SILVA, 2009).

Nessa lógica, camisinhas, lubrificantes e cartilhas constituem elementos os quais descarregam afetação no território, ao passo que também são interpelados por este e por outros atores nele presentes, produzindo uma espécie de relação recíproca, na qual a sobreposição, em termos de relevância, das atuações provenientes de agentes considerados “humanos”, em relação a outros arranjos, deve ser evitada no intuito de sustentar as possibilidades de análises que se propõem a imaginar complexidades sem muitos atropelos.

As camisinhas, lubrificantes e cartilhas cumpriram um papel interessante no desenrolar das ações, aproximando as pessoas que possivelmente estariam interessadas na retificação, dado que grande parte delas não identificavam imediatamente quem seriam aqueles indivíduos que apareciam pela primeira vez no dito espaço, mas que, por estarem distribuindo material de trabalho, fazia com que elas se sentissem um pouco mais à vontade para abordá-los e pedir uma certa quantidade do que estaria sendo oferecido.

Dessa forma, tais elementos atuavam de maneira criativa no campo, tendo sua atuação e sentidos igualmente reconfigurados a partir das circunstâncias do próprio espaço. Existe, portanto, uma via criativa de mão dupla que, ao mesmo tempo que reatualiza as noções do possível no espaço, é também constituída por ele.

Não somente isso, como também deve ser considerado o afastamento desta pesquisa à divisão tradicional pesquisador-objeto, uma vez que esses dois se confundem, se interrogam e se observam durante a investigação, o que torna os extensionistas passíveis de serem investigados a partir das afetações que a ele são dirigidas e do que por eles é gerado e lançado ao ambiente. É notar que o suposto “investigador” é também alguma espécie de novidade no espaço em que ele se propõe a transitar e que, por isso, será alvo de olhares, comentários e mesmo da curiosidade, algo que remete às distintas estratégias que se pode valer para se adequar ao típico e ao comum instituídos territorialmente.

Este trabalho, ainda, está situado na Faculdade de Direito do Recife, emanando de estudantes universitários cisgêneros. Estabelecer a localização social de onde irradia os projetos de extensão postos em prática, os discursos que envolvem as práticas extensionistas e as produções acadêmicas é uma estratégia teórico-metodológica para responsabilizar o conhecimento que se pretende. Dessa forma, apropriar-se da noção de *locus* social, elaborada por Djamilia Ribeiro (2019), constitui um horizonte necessário para enxergar as hierarquizações produzidas pelos lugares em que ocupamos como fatores imprescindíveis na produção de lugares

subalternizados. A etnografia pretendida, portanto, foi atravessada pelo entendimento que a análise investigativa estaria situada em determinado lugar estrutural.

Reconhecer a parcialidade nas produções intenciona um conhecimento situado, que faz conexões inesperadas. Para Donna Haraway (1995), deve-se estar em algum lugar particular para encontrar uma visão mais ampla.

O compromisso de situar o conhecimento, dentro de uma perspectiva feminista, é um marco fundamental para práticas extensionistas. Os saberes localizados (HARAWAY, 1995) exigem que o objeto do estudo seja reconhecido como um ator; a tentativa de conhecer leva em consideração a agência desses sujeitos porque tem a intenção de produzir práticas sensíveis às opressões e práticas responsáveis que possam atuar como alguma mudança, ainda que mínima.

A parcialidade reconhece algo que é alheio ao direito; a troca inesgotável entre o mundo e aquele que tem pretensão de pesquisa; o mundo, cheio de indivíduos potentes, é tomado, na prática extensionista, como uma entidade ativa que não pode ser apreendida de forma universal. O mundo, portanto, cria surpresas ao conhecimento, porque este é sempre contingente.

## **O CONTRAESPÇO: A DISPOSIÇÃO DOS CORPOS**

Pensar o território e suas relações com a norma pode significar compreender que as suas formas mais genéricas estão organizadas em espaços centrais e marginalizados. A disposição dos indivíduos no espaço está diretamente imbricada com a construção das subjetividades; os discursos que rondam o sujeito e os espaços construindo uma mesma disciplina direcionada aos corpos.

Nesse sentido, percebe-se que os espaços hegemônicos, transitados majoritariamente por indivíduos que se adequam às normas e a elas também dão valor e sentido através de uma repetição incessante, são instaurados em oposição aos contraespaços. Os contraespaços, portanto, seriam lugares que se contrapõem a todos os outros; são lugares que a sociedade reservou à margem, sendo habitados regularmente pelo desvio, por forças contestadoras da norma, mas que de alguma maneira ou de outra, inevitavelmente, também reproduzem os termos do poder, na medida em que as delimitações instaladas por este dependem da própria incidência do contra espaço para sua devida fabricação.

Os espaços em que a prostituição se dá são, ainda que simbolicamente, isolados da estrutura que os rodeia. Ao adentrar nesses lugares, os quais Foucault(2013) vai chamar de heterotopia, as normas de comportamento são outras. Existiria, em certo sentido, uma determinada suspensão ou até mesmo uma inversão das normas vigentes, de maneira a tornar mais tolerável questões que seriam radicalmente não aceitas em espaços normalizados.

Então, a prostituição de rua, assim como os cinemas pornô, poderiam se constituir, em determinadas circunstâncias, enquanto heterotopias, ou seja, arranjos temporários que abrem possibilidades para a transgressão, mas que ao mesmo tempo são caracterizados por uma ambiguidade visível, principalmente quando se compreende que a subversão lá exercida é plenamente passível de ser integrada às perspectivas hegemônicas do poder. Trata-se de espaços que o contestam, mas que podem simultaneamente reiterar uma ordem já falida.

Nas ações, pôde-se visualizar espaços atravessados por corpos dissidentes, os quais não apresentavam a coerência usualmente exigida entre sexo, gênero e desejo. Dessa forma, era notório como o exercício de aparecer e expor o próprio corpo pode designar uma experiência realmente genuína e transformadora que questiona as condições de possibilidade do próprio território, no mesmo momento que desloca suas normas ao ponto de desconfigurar a aparência

de normalidade espacial que se tenta declarar genericamente. Tais experimentações levariam, inclusive, a produção de realidades alternativas para as referidas dissidentes, dado que, nesses lugares, travestis disputariam o poder de maneira singular quando comparado aos espaços do predomínio e do reforço normativo, relativizando a insurgência, por exemplo, das sanções da estrutura normativa de gênero.

Entretanto, não se trata de afirmar que essas sanções e violações não ocorreriam, já que são vivências de suspensão e inversão normativas temporárias e que perseveram a risco de serem desmanteladas constantemente na medida em que os termos do poder ainda circulam, sofrendo interferências ainda mais fortes a partir de agentes originários de espaços normalizados e que não hesitam em transferir as normas por eles incorporadas para onde percorrem, exercendo controle, vigilância e violência em pessoas já em situação de precariedade e subalternidade, características associadas ao contraespaço.

A exemplo de como o poder está apto a ser reiterado nesses espaços, poderíamos falar sobre como talvez, ao adentrar um cinema pornô em um fim de tarde de um dia útil, era perceptível que o público que ali estava, para consumir os serviços sexuais prestados em sua grande maioria por travestis, eram várias figuras de homens de meia-idade cis heterossexuais comuns, marcados por símbolos reconhecidos e que remetem a uma espécie do padrão de família tradicional.

Nesses termos, a presença de homens, os quais carregavam não só uma estética, como também atos corporais que remetiam à norma, implicava em anunciar o caráter espacial extremamente ambivalente do referido lugar, de modo que imaginar as relações, que ali se estabeleciam sexualmente e talvez para além disso, fosse praticamente inconcebível fora daquele espaço, principalmente quando se leva em conta os processos de exclusão afetiva vivenciados por pessoas trans.

Em outras palavras, percebe-se um cunho disruptivo das relações que lá se estabelecem, uma vez que possibilitam arranjos não tão facilmente forjados dentro de um espaço normalizado. No entanto, é notório igualmente a submissão e o condicionamento desses homens ainda ao poder disciplinar a partir do momento em que possivelmente aquela relação não seria capaz de existir sem aquelas condições pré-estabelecidas, a saber, o sigilo e um ambiente que é capaz de reproduzir a cisheteronormatividade de maneira flexível e, em certa medida, tolerante.

## **RECONHECIMENTO ESTATAL E LEGITIMAÇÃO PELA NORMA**

A dinâmica social que insere em uma relação de dependência os espaços centrais e os marginalizados está fundada, também, em uma lógica de corpos legítimos e ilegítimos dentro da perspectiva hegemônica. Nesse contexto, Judith Butler(2012) em suas contribuições acerca dos processos de abjeção pode nos ajudar a entender que os corpos dotados de inteligibilidade só existem a partir da formação da ininteligibilidade de outros. Ou seja, há uma relação interdependente entre o normal e o anormal, na medida em que o primeiro precisa reafirmar e sancionar o último para poder efetivamente delimitar as noções do aceitável.

Seria necessário elaborar, por consequência, uma proposição butleriana do espaço para trazer novas aplicações ao conceito de heterotopia, de modo a não idealizá-lo a partir de concepções que o entendem exclusivamente como subversivo, algo já posto por este trabalho nas colocações supracitadas.

No entanto, refere-se a demonstrar as ligações entre corpos abjetos e as heterotopias, assim como também percebê-los em comparação aos corpos inteligíveis e os espaços

normalizados, notando quais são as possibilidades de transformação desses indivíduos ao simplesmente transitarem. Assim, ao imaginar o trânsito nas zonas de legitimidades, é imprescindível entender que os indivíduos lançam mão de diferentes estratégias para poder exercer tais deslocamentos, o que causa, muitas vezes, a incorporação de atos, comportamentos e símbolos típicos dos espaços os quais essas pessoas estão agora se propondo a fazer parte, mesmo que temporariamente.

Nessa lógica, sair de espaços não necessariamente visíveis pelo Estado em direção a outras zonas, as quais são legitimadas por cumprirem certos requisitos de aceitabilidade estatal, requer do indivíduo outras exigências, inclusive exigências estatais. É exatamente nesse ponto em que o espaço impõe seu caráter performativo, ou seja, que é capaz de criar sujeitos condicionados às prioridades territoriais, e a necessidade de ser reconhecido pelo Estado pode ser uma delas.

A legitimação do Estado, ou seja, o reconhecimento, é uma forma de inteligência de certas demandas. No momento em que o Supremo Tribunal Federal estabelece que é um direito se determinar socialmente, em nome e em gênero, de acordo com a vontade individual, há o reconhecimento do Estado frente à demanda de conformar o nome e o gênero em que se determina com o registro civil.

Em certa medida, o que se entende por identidade de gênero dentro de uma sociedade pode ser lido pela legislação que constrói as condições de reconhecimento estatal para as pessoas trans. As imposições de laudos médicos e de cirurgias transgenitalizadoras pelo Estado para proceder à alteração registral é um indicativo de uma perspectiva de gênero reduzida ao determinismo biológico. O Brasil, a partir de 2018, pode ser observado como um Estado que toma a expressão de gênero como algo social, passível de mudança.

A perspectiva sobre o que constitui gênero implica na garantia, ou não, de direitos (JESUS, 2016). Apesar de se fazerem necessárias construções normativas que viabilizem a determinação individual quanto ao nome e ao gênero, partindo de um registro civil inteligível pelo genetal, a lógica que funda os direitos dos grupos subalternizados no país não se basta nas regulamentações dispersas que asseguram direitos individuais.

A construção de políticas públicas pelo Estado brasileiro, quando se debruça sobre os direitos das populações marginalizadas, produz de forma esparsa e descontínua. Na operacionalização apontada, a conquista de direitos pelos grupos excluídos se sujeita a estratégias de legitimação pelos representantes do Estado, que, a partir de uma *gambiarra legal* (BENTO, 2014), atua de forma a reconhecer direitos de maneira limitada, cumprindo com a manutenção da condições materiais que incidem sobre os corpos dissidentes. Nesses termos, o reconhecimento estatal é insuficiente para realizar alguma transformação paradigmática na vivência dos corpos.

Outra face do reconhecimento que deve ser desenhada é a hierarquização de subjetividades que a legitimação pressupõe. A retificação do registro não é uma demanda de toda a população trans, seja porque não é observada como algo que vai mudar as condições de vida, seja porque o binarismo homem-mulher não compreende a genericidade, seja por motivos que escapam a este trabalho.

Nas ações extensionistas, foi notório, por exemplo, a grande recusa, por parte das mulheres trans e travestis abordadas, em relação à retificação. Muitas delas afirmaram não fazer sentido, para elas e com base nas suas demandas, alterar o registro, outras respondiam prontamente que estavam mais interessadas em um emprego do que em qualquer outra coisa, enquanto o interesse de algumas também se fazia presente a partir de um grande entusiasmo que talvez estivesse acompanhado de um relato sobre seus planos individuais, como o desejo de ter um emprego fixo - algo que, para algumas delas, a retificação poderia contribuir.

A legitimação pode significar acatar o que é oferecido pelo Estado, levando à descoberta de que o reconhecível para o senso público ocorre através de uma exclusão de um certo tipo, mesmo que não evidente (BUTLER, 2003). Nesse caso, existe uma tentativa de adquirir reconhecimento através de uma absorção estatal, fazendo com que algumas pessoas consigam ser assimiladas, mesmo que precariamente, por estruturas condicionantes daquilo que pode ser alcançável ou visível. Pressupõe desejar o desejo do Estado, mas também entender que certas formas de legitimação podem produzir outras possibilidades de vidas, muito embora toda legitimação implique sustentar algum campo do ilegítimo. Em tal situação, seria importante pensar que algumas consequências podem ser produzidas, a exemplo de assimetrias entre pessoas trans, que podem agora ser divididas em retificadas e não retificadas.

Apesar de considerar as críticas, a possibilidade de mudar o registro de forma mais simples poderia construir novas perspectivas para transitar em espaços hegemônicos. Os corpos, para se integrarem a determinados locais, devem se adaptar às normas específicas de cada lugar. A conformação do comportamento à norma atua como pressuposto de trânsito nos espaços normalizados; e, para os indivíduos que têm a intenção de fluir dos espaços precarizados para os espaços centrais, ocupar lugares antes negados cria outras possibilidades de significação como corpo perante os outros.

O registro retificado, que tornaria a realidade conforme à abstração do documento, pode significar um passe para o mercado de trabalho formal. A potência de trânsito, então, valeria à pena para as mulheres que escolhessem proceder à alteração de registro, como uma forma de assegurar os meios de se infiltrar na norma exigida pelos espaços normalizados. A normalização atuaria, então, como garantia material.

No entanto, o que se almeja com a retificação é contingente, realizável ou não, vez que, conforme foi pontuado, as precarizações das mulheres trans e travestis ultrapassam a questão abstrata do registro civil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As noções de gênero perpassam o imaginário de Estado e de sociedade, sendo fundamentais para a disposição dos corpos nos espaços. A dissidência à norma de gênero, portanto, está relacionada tautologicamente com os espaços marginalizados; os contraespaços, os quais são imprescindíveis para construir os próprios espaços hegemônicos.

Nesse sentido, este trabalho tenta localizar precisamente a necessidade de pensar vulnerabilidades e disputas a partir de concepções territoriais, de modo a elaborar reflexões que se proponham minimamente a pensar não somente o espaço como passível de alteração pelos indivíduos que por ele transitam, mas também por todos os actantes que nele se fazem presentes, sem olvidar suas potencialidades performativas e essencialmente criadoras.

Caberia, igualmente, elucidar as formas de assimilação que podem ocorrer nos momentos de reivindicação de direitos, ao mesmo tempo que perceber que muitas das respostas às demandas de reconhecimento dadas pelo Estado podem ser ineficazes, na medida em que o próprio processo para pensar essa resposta não contou com a participação daquelas que receberiam, em tese, esse amparo.

É retornar novamente ao entendimento de que produzir campos de legitimidade não necessariamente evita a reprodução de vulnerabilidades nos segmentos do público para o qual supostamente se estaria prestando auxílio, dado que a lógica da norma ainda é operada. No fim das contas, as oposições ainda são utilizadas e a instauração de limites exteriores ao que agora



pode ser reconhecido, mobiliza novos desafios para as pessoas as quais não lançarão mão dos dispositivos estatais para reduzir as suas dificuldades, seja por ausência de meios para o acesso ou por pura descrença.

A alteração do registro civil para conformar dentro da norma binária a realidade de gênero e a abstração registral, acontece como fenômeno do ativismo judicial frente à operacionalização normativa da gambiarra legal. É um avanço nos direitos da população trans que não cria mudanças materiais necessariamente e que, portanto, atua como uma conquista de direito a conta-gotas (BENTO, 2014).

No entanto, apesar de tecer críticas à construção da normatividade, a prática extensionista trouxe o entendimento que a perspectiva de movimentar microestruturas é fundamental. Fazer o que está ao alcance, através do conhecimento jurídico, é urgente.

Não há como desconfigurar a limitação do reconhecimento estatal quando se pensa na emancipação dos corpos. A vivência dissidente sempre ultrapassa a inteligência do Estado, figura que nega para reconhecer.

Dessa forma, pensar o direito é uma constante revisão às zonas de legitimidade e ilegitimidade, sendo um trabalho que não se exaure dentro da dinâmica social. Isso se dá porque a complexidade das relações entre indivíduo e Estado não basta na norma, existindo também um desejo de reconhecimento pelo Estado, no qual se aceita os termos do abstrato para transitar em certos espaços. A norma, ainda, não pode ser compreendida como uma interpretação do jurídico somente; é algo que permeia os comportamentos e exige a assimilação dos corpos para que eles se projetem dentro do espaço hegemônico.

Acreditamos que nenhuma dessas conclusões teria sido possível sem a abordagem dos saberes localizados e sem nos situarmos, conscientemente, em nosso local de fala. Foi imprescindível compreender a pesquisa etnográfica na sua parcialidade para colher frutos que possam ser construtivos dentro do saber jurídico-sociológico. Insistir na incipiência das reflexões é algo que está relacionado, também, a compreender o mundo como potência.

## REFERÊNCIAS

ARGEMÍ, Miquel Domènech; SERRANO, Francisco Javier Tirado. Asociaciones heterogéneas y actantes: El giro postsocial de la teoría del actor-red. **AIBR: Revista de Antropología Iberoamericana**, n. 1, p. 4, 2005.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar**, v. 4, n. 1, p. 165, 2014.

BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan**: sobre los límites materiales y discursivos del sexo. Tradução de Alcira Bixio. Buenos Aires: Paidós, 2012.

BUTLER, Judith; RIOS, André. Desdiagnosticando o gênero. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 19, p. 95-126, 2009.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual?. **Cadernos pagu**, n. 21, p. 219-260, 2003.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 15, p. 537-556, 2016.

FOUCAULT, Michel. **O corpo utópico, as heterotopias**. São Paulo: n-1 edições, 2013.

KUNZRU, Hari.; HARAWAY, Donna Jeanne; SILVA, Tomaz Tadeu da. **Antropologia do ciborgue**: as vertigens do pós-humano. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos pagu**, n. 5, p. 7-41, 1995.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

# O MOVIMENTO FEMINISTA ENQUANTO MOBILIZADOR PELA LUTA POR DIREITOS: O LOBBY DO BATOM, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS SEUS DESDOBRAMENTOS

**Mariana Eva Souza Dias**

Especialista em Direito Constitucional Aplicado (Faculdade Damásio de Jesus). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNICAP). Advogada.

**Anna Christina Freire Barbosa**

Doutora em Ciências Sociais (UFRN). Professora no curso de Direito (UNEB; FACAPE).

## INTRODUÇÃO

Em sua tese doutoral, Salete Maria da Silva (2011) afirma que debates envolvendo a temática do gênero estão voltados precipuamente à análise das disparidades entre homens e mulheres, sendo tais desigualdades resultantes do contexto socioeconômico em que essas personagens estão inseridas, bem como das condições históricas, políticas, religiosas e culturais, que traçam os parâmetros das sociedades em que tais indivíduos atuam.

Reconhecendo que os confrontos que perpassam a matéria em análise decorrem das relações de poder travadas entre homens e mulheres, e enfrentando a hierarquia patriarcal que, por tanto tempo, reinou invicta, as desigualdades de gênero vêm sendo, paulatinamente, descortinadas, debatidas e transformadas pela luta social das mulheres (SILVA, 2011).

[...] entendo que o rechaço ao patriarcado presente nas leis (inclusive constitucionais) que regia/regem a sociedade brasileira possibilitou a organização das mulheres para, primeiramente denunciar sua exclusão dos espaços deliberativos de poder e, secundariamente, pugnar pelo reconhecimento de direitos iguais, porém sem perder de vista sua condição de seres humanos com necessidades específicas, seja como trabalhadoras, como mães ou como cidadãos do sexo feminino. (SILVA, 2011, p. 84-85)

O presente trabalho se propõe ao debate a respeito do aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio no que se refere aos direitos conferidos às mulheres e o papel do movimento feminista nesse processo.

Principiando a com uma explanação dos principais textos legais que pautavam as condutas da população feminina antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, parte para a análise da influência feminista na redação dessa Magna Carta, concluindo com algumas considerações a respeito dos desafios experimentados na efetivação das garantias trazidas pelo legislador constituinte quando da promulgação daquela que ficou conhecida como a Constituição Cidadã.

## SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Embebido no conservadorismo e patriarcalismo preponderantes no século XIX, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) foi redigido por Clóvis Beviláqua<sup>1</sup>. Segundo

---

<sup>1</sup> Extrai-se da redação do referido diploma essa disparidade entre a condição jurídica do homem e da mulher quando na sua redação, a exemplo do que ocorre nos artigos 2º (“*Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*”) e 4º (“*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a*

esse *Codex*, ao homem era conferido o comando exclusivo da família, tocando-lhe seu provimento, representação legal, administração de bens (comuns e particulares da mulher) – observando-se regime matrimonial ou pacto antenupcial –, decisão pelo domicílio da família e autorização da profissão da mulher, bem como sua residência fora do teto conjugal (art. 233, CC/16).

À sua feita, a mulher, ao casar-se, perdia sua capacidade plena, passando a figurar enquanto sujeito relativamente capaz (art. 6º, II, CC/16), dependendo da autorização do marido para prática de uma série de atos da vida civil (art. 242, CC/16), sob pena de, quando não suprida a falta dessa autorização pelo juiz, os atos por ela executados serem reportados inválidos. Tal nulidade poderia ser arguida pelo outro cônjuge até dois anos após o término do casamento (art. 252, CC/16).

Ademais, deveria a mulher, quando do casamento, adotar o patronímico do marido, figurando na dinâmica da sociedade conjugal ele como provedor da família, e ela na posição de mera colaboradora (arts. 233 e 240, CC/16).

O Código Civil de 1916 preocupava-se, também, em reforçar a tradicional valoração à virgindade feminina. De acordo com tal codificação, o prévio “defloramento da mulher”, quando ignorado pelo marido, era considerado erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, capaz de justificar pleito pela anulação do casamento (arts. 219, IV e 220, CC/16), o qual deveria ser interposto pelo “marido enganado” no prazo de dez dias, a contar da data em que foram contraídas núpcias (art.178, CC/16).

À época, apenas o casamento constituía família legítima, e os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos com o ostracismo. Nas palavras de Maria Berenice Dias [s.n.t.]:

Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, não gerando qualquer direito. Em face da posição da mulher, às claras, era ela a grande prejudicada.

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo.”

Vigorava como meio de dissolução da sociedade conjugal o instituto do desquite, o qual precedido pela separação de corpos (art. 223, CC/16), poderia ser amigável – hipótese em que era homologado pelo juiz, nos termos do art. 318, CC/16 – ou judicial (arts. 316 e 317, CC/16). Havia discussão de culpa pela separação e podia-se, inclusive, retirar da mulher o direito de usar o nome do marido (art.324, CC/16). A guarda dos filhos menores era conferida ao cônjuge tido por inocente (art. 326, CC/16), mas, se ambos fossem achados culpados, à mãe tocava o direito de guarda sobre as filhas menores e sobre os filhos com até seis anos (art. 326, §1º, CC/16).

Nessa fase, a pensão era vista como obrigação com raízes no vínculo parental, sendo conferida nos casos de desquite judicial, segundo determinação do magistrado, apenas quando se tratasse de mulher inocente e pobre (art. 320, CC/16).

---

*concepção os direitos do nascituro”*), o legislador optou pela terminologia “homem” ao invés de outra mais gregária, tal qual “indivíduo” ou “cidadão”.

Na evolução da tutela jurisdicional aos direitos das mulheres, o Código Eleitoral Provisório de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932) é grande marco, pois estendeu às mesmas o direito de votar e serem votadas, desde que, quando casadas, obtivessem o aval do marido, ou, se viúvas ou solteiras, possuísem renda própria.

Posteriormente, com a consolidação do Código Eleitoral em 1934, tais exigências foram retiradas do ordenamento. Permaneceu como única distinção a obrigatoriedade do voto exclusivamente para os homens, mas isso foi regularizado em 1946, quando o voto feminino também passou a ser obrigatório.

A concessão do direito ao voto é conquista de suma relevância, uma vez que retira a mulher da condição de “cidadão de segunda classe”, conferindo-lhe a possibilidade de participar de maneira ativa na vida política de seu país. A inserção feminina na esfera pública desponta em 1955, quando lhe foi concedido ocupar postos e funções públicas.

Destaque subsequente na referida luta dos movimentos feministas, possivelmente um dos mais significativos, é a aprovação, em 1962, do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962). A seu respeito, aduz Dias [s.n.t.]:

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 4.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

A essa conquista legislativa somou-se, em 1977, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), que regulou formalmente a dissolubilidade dos laços conjugais inserida no direito pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 09.

Superando o conceito de desquite, no qual não havia dissolução da sociedade conjugal, mas tão somente separação de corpos, a Lei do Divórcio alterou o art.2º do Código Civil de 1916, estabelecendo a separação judicial (termo substitutivo para desquite) e o divórcio como fatores para o término daquela sociedade<sup>2</sup>. Ademais, facultou à mulher a escolha quanto à adoção do sobrenome do marido.

## **O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS TRANSFORMAÇÕES DECORRENTES**

A promulgação da Carta Política de 1988 alterou significativamente os parâmetros norteadores da ordem jurídica, trazendo consigo sensíveis aprimoramentos no tocante aos direitos da mulher. Contudo, antes de detalhar tais avanços, é preciso ponderar acerca do contexto social que motivou a redação da nova Constituição, mais especificamente, o papel desenvolvido pelo movimento feminista nessa ocasião.

---

<sup>2</sup> A celeridade na aprovação da Lei do Divórcio requereu da parte daqueles que por ela lutavam algumas concessões quanto a sua redação, razão pela qual perdurou a exigência de um lapso temporal para requerimento do divórcio. Desta maneira, os consortes que desejassem dissolver sua união, primeiro deveriam impetrar ação de separação judicial, para somente após três anos – posteriormente alterada para um ano, de acordo com a Lei 8.408/92 - requerer o divórcio a fim de, finalmente, lograr romper os laços com o ex-cônjuge, ficando apto a constituir nova relação. Com o advento do Código Civil de 2002 a Lei do Divórcio foi derogada, passando aquele a regular as questões concernentes à separação e ao divórcio.

No alvorecer da década de 1960, especificamente até 1964, o Brasil foi campo de um forte movimento encabeçado por componentes de distintas classes, unidos em prol de reformas sociais, políticas, econômicas e agrárias. Temendo que se lograsse instaurar uma nova ordem contrária aos seus interesses, o grupo conservador reagiu depondo o então presidente João Goulart e instalando a ditadura militar no país por meio do golpe de Estado de 1º de abril de 1964. A esse respeito, Luziano Pereira Mendes de Lima (2009, p.38) é citado por Salette (2001, p.123):

[...] (este) foi o meio que os setores mais reacionários das classes dominantes brasileiras, com apoio dos centros imperialistas, em especial dos Estados Unidos da América, utilizaram para manter a ordem burguesa, o latifúndio, e a dependência que eles consideravam ameaçada pelo crescimento dos movimentos populares. (E) o governo João Goulart, visto como conivente com a luta popular, foi deposto e a ordem democrático-burguesa suprimida.

Nesse período, a classe em poder trabalhou a fim de fomentar a captação de investimentos estrangeiros, fez uso da intimidação e das repressões físicas diretas, promoveu alterações legislativas e fortificou o aparato militar estatal. Tudo com o propósito de suprimir qualquer insurgência oposicionista.

Em seu artigo *O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política*, Ana Alice Alcântara Costa (2005) aponta que o movimento feminista fortificou-se nesse período histórico por meio do combate aos excessos cometidos pelo regime ditatorial<sup>3</sup>.

Fosse mediante a coordenação das campanhas de busca por parentes presos e desaparecidos políticos ou participando diretamente das organizações clandestinas que lutavam pela libertação do país, “as mulheres já esboçavam os primeiros passos coletivos enquanto sujeito social e político em pleno Estado de exceção” (SILVA, 2011, p.125). Pintando o quadro dessa fase do movimento feminista, Moema Toscano e Mirian Goldenberg (1992) são citadas por Silva (2011):

A dura fase de repressão política, iniciada em 1964, foi um período de enorme conscientização a respeito da situação da mulher na sociedade brasileira. As mulheres mais politizadas começaram a se organizar, ansiosas por protagonizarem algum tipo de resistência à ditadura militar. Muitas vieram de partidos clandestinos, outras vieram de movimentos apoiados pela ala mais progressista da Igreja Católica, e eram trabalhadoras sindicalizadas, artistas, intelectuais, estudantes, profissionais liberais, de diferentes idades e origens políticas sociais e religiosas. As mulheres começaram a despontar como militantes ativas, na luta contra o governo militar que abalou o cenário político com a promulgação do Ato Institucional número 5 (AI 5), em dezembro de 1969.

O ano de 1975 foi declarado pela ONU (Organização das Nações Unidas) como sendo o Ano Internacional da Mulher, razão pela qual, em todo o globo, diversas atividades voltadas à discussão da condição feminina foram conduzidas, dentre as quais merece destaque a I Conferência Mundial da Mulher realizada na Cidade do México. Quanto às movimentações, que ocorreram no Brasil naquele ano, Costa (2005, p.14-15) coloca:

[...] foram realizadas várias atividades públicas em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, reunindo mulheres interessadas em discutir a condição feminina em nossa sociedade, à luz das propostas no ‘novo’ movimento feminista que neste momento se desenvolvia na Europa e nos Estados Unidos. O patrocínio da ONU e um clima de relativa distensão política do regime permitiam às mulheres organizarem-se publicamente pela primeira vez desde as mobilizações dos anos 1967-1968.

---

<sup>3</sup> Para Costa (2005) a estruturação do movimento feminista é o resultado da maior incorporação das mulheres no mercado de trabalho e no sistema educacional, aliada à propagação do ideal libertário advindo da efervescência cultural da época, o qual pregava novos comportamentos sexuais e afetivos, e o fim da luta armada.

Nessa época, relata Silva (2011), a participação feminina nos movimentos reivindicatórios ganha força. Mulheres integrantes das camadas mais simples que não tinham tradição na vida intelectual do país, acuadas pelas dificuldades cotidianas, passaram a protestar, por exemplo, contra o alto custo de vida, a falta de escolas e creches, os baixos salários e a desnutrição infantil. À sua vez, aquelas pertencentes às classes médias recorreram a advogados, religiosos e estudantes para obter seu apoio na luta pela anistia.

[...] posteriormente, em face da crescente onda de espancamentos e assassinatos de mulheres, especialmente nos espaços privados e/ou em razão de relações afetivas ou intrafamiliares, também se articularam campanhas contra a violência de que a mulher é vítima. Mesmo ‘sob uma ditadura militar, mas com o apoio da ONU, a mulher brasileira passou, então, a ser protagonista de sua própria história, em que a luta por seus direitos específicos se fundia com as questões gerais [...]’ (SILVA, 2011, p. 126-127)

Não obstante os esforços travados pelos militares com o propósito de permanecerem no poder, a blindagem desse regime começou a ruir, “pois com a polarização entre dois partidos – ARENA e MDB – a população foi cada vez mais se identificando com a oposição, representada pelo segundo partido [...]” (SILVA, 2011, p.127). Desse modo, apesar da repressão, o Brasil do fim da década de 1970 e começo da de 1980 presencia, com a busca pela redemocratização da nação, o crescimento das lutas dos movimentos sociais, especialmente o voltado à defesa das mulheres<sup>4</sup>.

A eleição de Tancredo Neves, em 1985, para presidente da República encerra a fase de governos militares no Brasil, reabrindo o período democrático; contudo, o conturbado cenário político contribuía para que pairasse sobre o país “um misto de esperança e descrédito, que ora estimulava a apatia e ora impulsionava uma já embrionária discussão sobre a necessidade de uma nova ordem político-jurídica nacional.” (SILVA, 2011, p.128).

Nesse compasso, passou-se a falar na preeminente necessidade de restaurar a democracia mediante ativa participação popular. Era o início de uma nova era, e os partidos políticos atentaram para a necessidade de assimilar os pleitos das mulheres em suas propostas, o que ocasionou um choque de opiniões dentro do movimento feminista. Tal conflito nasceu porque, não obstante reconhecesse o papel do Estado e dos partidos como instrumentos de transformação social, uma parcela das integrantes do movimento rejeitava o que consideravam como “junção contaminada”, uma vez que entendiam que as necessárias mudanças sociais só ocorreriam a partir da luta emancipatória feminina, sem qualquer mácula por comprometimentos institucionais.

Nessa perspectiva, passar a questão da mulher à tutela do Estado significava renunciar à luta pelo fim da sociedade patriarcal e considerar que nossos problemas seriam resolvidos através de pequenas reformas e concessões manipuladas pelos homens, dentro do espírito de “entregar alguns anéis para não perder os dedos”. De outro lado, aqueles grupos que defendiam a adoção de políticas mais realistas, com a participação crescente das militantes feministas no sistema de poder, afirmavam ser essa a única opção que permitiria às mulheres condições imediatas de se integrarem plenamente à sociedade, em pé de igualdade com os homens, já que só o Estado disporia de recursos suficientes para implementar projetos de ação mais ambiciosos. (Toscano e Goldenberg, 1992 *apud* Silva, 2011, p. 130)

Costa (2005) afirma que o primeiro mecanismo de Estado no Brasil direcionado à implementação de políticas para mulheres foi o Conselho Estadual da Condição Feminina, criado em abril de 1983. Seguindo-o, alguns estados instituíram os Conselhos de Direitos da Mulher,

---

<sup>4</sup> “Em linhas gerais poderíamos caracteriza o movimento feminista brasileiro dos anos 1970 como fazendo parte de um amplo e heterogêneo movimento que articulava as lutas contra as formas de opressão das mulheres na sociedade com as lutas pela redemocratização.” (COSTA, 2005, p.15).

órgãos governamentais voltados à elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas às demandas desse grupo social. Ato contínuo, em 1985, foi criada em São Paulo a Delegacia Policial de Defesa da Mulher e o Centro de Orientação Jurídica e Encaminhamento Psicológico com o propósito de contribuir no atendimento às vítimas de violência. Naquele mesmo ano, foi estruturado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que, vinculado ao Ministério da Justiça, serviria para que as mulheres acompanhassem as atividades desenvolvidas pelos constituintes, voltando sua atenção aos debates referentes aos seus direitos<sup>5</sup>.

### **A convocação da Constituinte e a atuação do *lobby* do batom**

Desde o fim da década de 1970, a campanha Pró-Constituinte começava a tomar forma, sendo a bandeira da reconstitucionalização democrática alçada por partidos políticos e indivíduos que, individual ou coletivamente, buscavam desvencilhar-se do passado reacionário, desbravando o caminho para construção da cidadania brasileira aos gritos de “Constituinte já!”.

Essa campanha por uma Constituinte livre e soberana desencadeou entre as feministas uma intensa atividade na busca pela conscientização das eleitoras para matérias específicas da mulher, sem ignorar a relevância dos demais interesses que recaiam sobre toda a coletividade (salários, custo de vida, desemprego, dívida externa, reforma agrária, dentre outros)<sup>6</sup>.

Silva (2011) aponta como primeira articulação concreta do movimento feminista em prol da Constituinte o 1º Encontro Nacional de Educação Popular e Movimento das Mulheres, realizado pela Rede Mulher de Educação em Piracicaba-SP, em novembro de 1985. Nessa oportunidade, mulheres vinculadas a diversas associações de bairros, igrejas, clubes e entidades de donas de casa deliberaram pela participação feminina na Constituinte. Como resultado desse encontro, foi gerado o boletim “Nós e a Constituinte”.

Em termos nacionais, contudo, foi o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) o responsável pelo lançamento da primeira campanha em prol da participação feminina na elaboração da nova Constituição. Intitulada de “Constituinte para valer tem que ter palavra de mulher”, também conhecida como “Alerta Mulher para a Constituinte”, foi lançada em 1985 com o propósito de articular as propostas das mulheres mediante a conscientização social – preparação e distribuição, pelo território nacional, de 30 mil cartilhas, tratando de temas relacionados às demandas das mulheres – e promoção de candidaturas femininas à Assembleia Nacional Constituinte como meio de assegurar que assuntos do interesse dessa classe fossem levados à discussão.

A referida articulação nacional organizou incontáveis atos públicos, seminários, debates, palestras e atividades artísticas e culturais pelo território nacional, buscando apurar quais mudanças a sociedade percebia como necessárias nas leis constitucionais.

Essa campanha culminou com o Encontro Nacional Mulher e Constituinte, em 26 de agosto de 1986, no qual mais de duas mil mulheres, divididas em doze grupos de trabalho – violência, família e direito civil, educação, discriminação racial, cultura, terceira idade, saúde, trabalho no

---

<sup>5</sup> Criado pela Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985, o CNDM era composto por comissões de trabalho voltadas as áreas de saúde, educação, violência, creche, legislação, constituinte, cultura e trabalho; e, “contrariando o temor de muitas feministas, se destacou na luta pelo fortalecimento e respeito à autonomia do movimento de mulheres, o que lhe garantiu o reconhecimento de toda a sociedade.” (COSTA, 2005, p.17).

<sup>6</sup> “Maria Amélia de Almeida Teles, por sua vez, sustenta que as primeiras manifestações realizadas pelas feministas em prol de uma nova Constituinte para o Brasil, data do ano de 1983, quando, por ocasião da criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, as feministas paulistas já se somavam a outras vozes, esboçando o desejo de haver no país uma Constituinte soberana.” (Silva, 2011, p.133).



campo, creche, participação política, trabalho nos centros urbanos e questões nacionais e internacionais -, debateram e, refletindo sobre as contribuições remetidas de todos os rincões do Brasil, buscaram sistematizar as propostas, que seriam encaminhadas à Assembleia Constituinte.

O resultado desse trabalho foi a redação da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, na qual se defendia que o exercício pleno da democracia significava direito à representação, à voz e à vez na vida pública, ao mesmo tempo em que dependia da dignidade na vida cotidiana. Sustentava que devia a lei assegurar o direito à educação, à saúde e à vivência familiar sem violência, bem como promover o tratamento igualitário a todos os cidadãos, independente de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade.

A carta foi entregue ao então deputado Ulisses Guimarães, presidente da ANC, em 26 de março de 1987, consistindo no “passo fundamental para o início das atividades do que, posteriormente, passaria a se chamar *lobby* do batom.” (SILVA, 2011, p.158).

Contando com mais de 500 parlamentares, dos quais apenas 25 eram mulheres, a Assembleia Constituinte presenciou a união dessas na formação de uma bancada feminista, que, ultrapassando quaisquer divergências partidárias, trabalhou de forma coesa na defesa das propostas levantadas pelo movimento feminista. Foram 3.218 emendas apresentadas por essa bancada, contemplando não só a temática da condição da mulher, mas também os diversos temas enfrentados pelas Comissões nas quais as integrantes tiveram assento

Discorrendo acerca do *lobby* do batom, pondera Costa (2005, p.07):

Através de uma ação direta de convencimento dos parlamentares, que ficou identificada na imprensa como o *lobby* do batom, o movimento feminista conseguiu aprovar em torno de 80% de suas demandas, se constituindo no setor organizado da sociedade civil que mais vitórias conquistou. A novidade desse processo foi a atuação conjunta da chamada “bancada feminina”. Atuando como um verdadeiro “bloco de gênero”, as deputadas constituintes, independentemente de sua filiação partidária e dos seus distintos matizes políticos, superando suas divergências ideológicas, apresentaram, em bloco, a maioria das propostas, de forma suprapartidária, garantindo assim a aprovação das demandas do movimento.

Essa articulação do CNDM, movimento feminista e bancada feminina, através do *lobby* do batom representou uma quebra nos tradicionais modelos de representação vigentes até então no país, na medida em que o próprio movimento defendeu e articulou seus interesses no espaço legislativo sem a intermediação dos partidos políticos.

A bancada do batom - representando apenas 4,9% na Assembleia Nacional Constituinte, mesmo as mulheres correspondendo a 54% da população e 52% do eleitorado (SILVA, 2011, p. 234)-, unida aos movimentos pelos direitos femininos principalmente por meio de seu diálogo com a CNDM, lutou pela consolidação de uma sociedade com as mesmas oportunidades para homens e mulheres em todos os aspectos da vida.

Cientes de que as mudanças necessárias à consolidação desse ideal não se restringiam às demandas feministas, o movimento das mulheres no contexto da ANC, especialmente por meio do *lobby* do batom, interagiu com diversas outras frentes, estabelecendo diálogo e atuando em conjunto com as lideranças dos movimentos dos trabalhadores, das lideranças indígenas, da defesa dos direitos homossexuais, dentre outros, a fim de assegurar a democratização da Constituinte e da própria Constituição (Silvia, 2011).

Em virtude do exposto, é correto afirmar que o êxito da atuação do *lobby* do batom não se restringiu à inserção no texto constitucional tão somente das reivindicações trazidas pelos movimentos feministas. Antes, com igual fervor, a bancada do batom contribuiu para que

questões de interesse geral da sociedade fossem alçadas à condição de normas constitucionais. Silva (2011, p.271- 275) esquematiza didaticamente as propostas defendidas por aquele grupo de parlamentares e sua correspondência no texto da Constituição Federal de 1988. Do rol por ela trazido, é possível destacar:

**Quadro 01 - Reivindicações específicas e respectivas conquistas**

<b>Reivindicações específicas</b> (inscritas na Carta das Mulheres)	<b>Direitos conquistados</b> (inscritos na Constituição Federal)
Proibição de discriminação em razão do sexo	Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Plena igualdade entre homens e mulheres	Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional;	Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
Igualdade salarial entre homens e mulheres por trabalho igual	XXX – proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
Proteção estatal à maternidade e à gestante	Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
Reconhecimento da união estável como entidade familiar	Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
Igualdade na sociedade conjugal	§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
Liberdade no planejamento familiar	§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
Coibição da violência na constância das relações familiares, bem como o abandono dos filhos menores.	§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
Plena igualdade entre os filhos, não importando o vínculo matrimonial existente entre os pais.	Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Fonte: Silva (2012)

## Quadro 02 - Reivindicações gerais e respectivas conquistas

Reivindicação geral	Direito conquistado
Titularidade do direito de ação aos movimentos sociais organizados, sindicatos, associações e entidades da sociedade civil, na defesa dos interesses coletivos.	Art. 5º [...] <p>XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;</p> <p>[...]</p> <p>LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:</p> <p>[...]</p> <p>b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;</p>
Educação universal, pública e gratuita em todos os níveis como prioridade estatal	Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. <p>Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:</p> <p>IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;</p>
Liberdade de pensamento e expressão	IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
Liberdade e autonomia sindicais.	Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)
Direito de greve extensivo a todas as categorias profissionais.	Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. <p>§1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.</p> <p>§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.</p>
Política responsável de proteção ao meio ambiente.	Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
Definição de uma política que mantenha a integridade das populações indígenas, impedindo o genocídio a que vêm sendo submetidas.	Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
Democratização do Estado e das instituições, mediante revogação da Lei de Segurança Nacional e de toda a legislação repressiva.	Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: <p>I – a soberania;</p> <p>II – a cidadania;</p> <p>III – a dignidade da pessoa humana;</p> <p>IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;</p> <p>V – o pluralismo político.</p> <p>Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.</p>

Fonte: Silva (2012)

Os exemplos apresentados corroboram para a certeza da relevância da bancada feminista na Assembleia Constituinte. Conforme o exposto, em que pese parte das propostas endossadas pelo *lobby* do batom não ter obtido aprovação – por exemplo, os pleitos referentes às donas de casa e empregadas domésticas – restou, de maneira incontestada, sacramentada a importância do movimento feminista na constitucionalização dos direitos no Brasil e no desenho do Estado Democrático de Direito atualmente em voga.

A Carta Política promulgada em outubro de 1988 fundamenta-se essencialmente no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que forçou uma revisão do ordenamento infraconstitucional, bem como do próprio ente estatal, para que esses fossem readequados aos novos ditames constitucionais.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana assume a condição de princípio fundamental, demandando que sejam assegurados ao indivíduo os direitos fundamentais de todas as dimensões. Ademais, possui função instrumental integradora e hermenêutica, sendo utilizado como guia para aplicação, interpretação e integração de todas as normas componentes do ordenamento jurídico. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2011) em seu verbete na obra *Dicionário de Princípios Jurídicos*:

De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais inculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização inerente ao processo interpretativo e concretizador. Tal compreensão também tem encontrado respaldo na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, apontando-se aqui para decisão na qual restou afirmado que a dignidade constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (HC 87.676/ES, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 06/05/2008). (SARLET, 2011, p. 340)

Dessa maneira, guardando em sua mente as inovações trazidas por aquela Carta Política, principalmente com a positivação das garantias da dignidade e igualdade<sup>7</sup>, o legislador pátrio promoveu diversas mudanças no ordenamento infraconstitucional, dentre as quais, para o estudo ora proposto, a mais significativa foi a revogação do Código Civil de 1916 mediante aprovação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

As alterações experimentadas pelo Código Civil de 2002 começam na própria escolha do legislador civilista em substituir o termo “homem”, que constava nos dois primeiros artigos da antiga lei, pela palavra “pessoa” referindo-se ao ser humano genericamente considerado, apontado, de plano, o afastamento de atitudes discriminatórias.

Os parâmetros da sociedade conjugal também são modernizados, passando a vigorar entre os consortes igualdade de direitos e obrigações (art. 1.511, CC/02), devendo, portanto, as decisões que dizem respeito à união matrimonial serem tomadas em comum acordo.

Acresce-se à lista de inovações a retirada do marido da posição de chefe da sociedade conjugal e provedor único da família, passando ambos os cônjuges a figurarem em posições iguais no que concerne à responsabilidade pelos encargos familiares (art. 1.565, CC/02).

Indo além do previsto na Lei de Divórcio, a qual tornou facultativa a adoção do sobrenome do marido pela esposa, o novel Código Civil proclama que também o marido poderá acrescentar o sobrenome da esposa se assim o desejar (art. 1.565, §1º).

A subalternidade da mulher em relação ao marido também restou superada, passando a ser responsabilidade de ambos os cônjuges responder pela direção e obrigações – respectivamente, arts. 1.567 e 1.565, CC/02 – da sociedade conjugal em igualdade de condições, inclusive na escolha do método de planejamento familiar a ser adotado. Substituiu-se o instituto do

---

<sup>7</sup> É preciso compreender quando se fala em princípio da igualdade, este pressupõe a “abolição de todo tipo de dominação ou discriminação e romper com a posição degradante que a mulher sempre manteve na sociedade” mediante a adoção de medidas que viabilizem a efetivação da dignidade da pessoa humana. (Sousa e Nascimento, 2009, p. 10818).

“pátrio poder” pelo “poder familiar”, vinculando-o ao princípio da igualdade protegido pelo ordenamento constitucional

Com o advento do novo código, extinguiu-se o direito do homem impetrar ação para anular o casamento em razão do “defloramento da mulher”, bem como foi retirado do rol de causas para deserdação a “desonestidade da filha”.

A guarda dos filhos menores, que antes era preferencialmente conferida à mãe, passa a ter que ser decidida pelo casal ou, na impossibilidade de consenso, determinada pelo Juiz. Esse decidirá com base nas provas coligidas, atribuindo-a aquele que apresentar melhores condições para exercê-la, sem excluir a possibilidade de concessão a terceiro (arts. 1.583 e 1.584, CC/02).

Com o advento do Código de 2002, as diferenciações entre os filhos foram derrubadas, sendo qualquer espécie de discriminação repudiada. Assim, sejam eles biológicos, adotivos, oriundos do matrimônio ou fruto de relacionamento distinto, a todos é assegurado tratamento equivalente.

O instituto da união estável foi trazido pelo legislador constituinte de 1988, sendo elevado à condição de entidade familiar pela Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. De acordo com o art. 1.723, CC/02, exige-se a continuidade, publicidade, durabilidade e vontade de constituir família para o reconhecimento da união estável, à qual tocam direitos equivalentes aos decorrentes do matrimônio. Substituiu-se, dessa maneira, a ideia do concubinato – e toda carga pejorativa que desse termo fluía – pela do companheirismo.

Houve também inovação na matéria referente à pensão alimentícia, pois, com a nova redação, o matrimônio e a união estável foram alçados à posição de fontes de obrigação alimentar. Pautando-se na solidariedade familiar, portanto, os arts. 1.694 e 1.702, CC/02 passam a permitir que os cônjuges ou companheiros requeiram alimentos uns dos outros quando necessários forem à sua sobrevivência.

## **DISSONÂNCIAS ENTRE AS PROMESSAS LEGAIS E OS DIREITOS EFETIVADOS**

Hodiernamente, não obstante toda a gama de direitos textualmente assegurados pela legislação pátria, percebe-se clara desarmonia entre as promessas do Estado Democrático de Direito e a realidade. Tal destoar é ainda mais grave quando consideradas as desigualdades de gênero, raça e classe que ainda perduram no atual contexto social.

Em 2012, após vinte anos da realização da CPI da Violência Contra a Mulher, o Congresso Nacional, ciente dos crescentes índices de violência letal contra mulheres, instaurou uma CPMI para a investigação da situação da violência contra a mulher.

Os resultados são alarmantes: segundo o Instituto Sangari, na última década, cerca de 43,5 mil mulheres foram assassinadas. No espaço de trinta anos houve um aumento quase de 217,6% dessas ocorrências, passando o número de mortes de 1.353 para 4.297. Tais números renderam ao Brasil a 7ª posição no ranking mundial, com uma taxa de 4,4 homicídios para cada 100 mil mulheres.

Em 2010, a Fundação Perseu Abramo/Sesc, ao conduzir a pesquisa *Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado*, constatou que uma em cada cinco mulheres afirma já ter sofrido “algum tipo de violência de parte de algum homem, conhecido ou desconhecido” – 24% disseram ter sido vítimas de violências ou ameaças físicas, 21% de violências psíquicas, 16% já levaram tapas, empurrões ou foram sacudidas, 16% sofreram xingamentos e ofensas recorrentes referentes a sua conduta sexual e 15% foram controladas em relação ao local aonde iriam e com

quem saíam. Considerando os dados coletados, a pesquisa projetou que, em 2010, a cada 24 segundos, uma mulher era vítima de espancamentos.

Investigando a fase de denúncia da violência sofrida, a pesquisa constatou que 55,7% das vítimas deixou de procurar a polícia. Desse universo, 33,1% argumentou ter se portado dessa maneira por medo de represália ou por não querer envolver a polícia. Dos 1,1 milhão de pessoas que procuraram a polícia, 86,9% dessas realizaram registro na delegacia da última agressão sofrida, enquanto que aqueles que não efetuaram o registro (147 mil pessoas) apontaram como razões o fato de a polícia não querer fazer o registro (22,4%), não querer envolver a polícia ou medo de represália (19,2%), a falta de provas (10,30%) e o descrédito na polícia (10,2%).

Os dados apontados servem de confirmação para a tese de que ainda perduram desigualdades de gênero, não obstante todas as garantias legais aprovadas com o advento da Constituição Federal de 1988.

O estudo da evolução da tutela jurídica aos direitos da mulher brasileira comprova que as conquistas do reconhecimento desses são frutos de uma trajetória lenta, marcada pela persistência dos movimentos feministas no embate. Outrossim, é sabido que a situação da mulher, por fatores econômicos, culturais e sociais, é de inferioridade em relação ao homem. Havendo que quedar marcado o aprofundamento dessas disparidades ao considerarmos as diferenças raciais. Desse modo, é utópica a ideia de que a mera previsão legal de igualdade seria suficiente para equiparar tais condições, pondo fim às desigualdades de gênero. Nas palavras de Sousa e Nascimento (2009, p.10816, 10819):

Apesar de toda mudança normativa, ainda vigora na sociedade brasileira, a mentalidade machista. Nem as normas constitucionais, nem as civis, nem as trabalhistas foram suficientes para conter a dominação do homem sobre a mulher. Não são raras notícias de comportamentos discriminatórios, preconceituosos e tratamento desigual dispensado às mulheres. Isto sem contar a violência doméstica vivenciada pelas mulheres, a qual contabiliza altos índices, justificando a edição da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

O Direito evoluiu em relação às mulheres, todavia, a manifestação concreta dessa evolução ainda está longe de ser atingida. Ainda há que se pensar e refletir objetivando vivenciar a tão almejada igualdade da cidadania das mulheres em relação aos demais integrantes da sociedade [...]

A edição de novas leis mostrar-se-á medida inócua no combate às atitudes discriminatórias se não vier acompanhada de mudanças na postura social. Há que se transformar a consciência coletiva, dissipando as arcaicas noções de subalternidade das mulheres, para que essas possam realmente alcançar sua posição enquanto verdadeiros sujeitos de direito.

Sabidamente o coloca Silvia (2011) quando afirma que a construção da cidadania passa pela luta política; não é direito concedido naturalmente, mas sim, fruto de reivindicações constantes. A mulher se encontra enquanto cidadã quando sua voz é ouvida e suas necessidades, desejos e reivindicações expostos. É essa cidadania ativa que levará a sociedade à eliminação das diversas desigualdades de gênero que insistem em permanecer arraigadas à estrutura social (Silvia, 2011).

## **CONCLUSÃO**

Estabelecendo como seu propósito o alcance da almejada justiça social, o Estado Democrático de Direito depende da consolidação de uma sociedade pluralista e inclusiva, firme no propósito de conferir a todos os cidadãos condições equivalentes para participarem da vida social, repudiando qualquer espécie de discriminação.

Para efetivação de tal projeto, constatou-se a necessidade da consolidação de uma cidadania democrática, dependente da efetivação da igualdade diante da lei, na participação política e nas condições socioeconômicas básicas para garantir a dignidade humana.

Dessa maneira, o legislador constituinte pátrio, abraçando o ideal do Estado Democrático, estabelece na norma a garantia ao exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça. Coloca tais direitos como pilares para a constituição de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a qual, fundada na harmonia social, tem no princípio da dignidade da pessoa humana seu ponto basilar.

Quando expostas as demandas sociais, constatou-se que a pós-modernidade trouxera consigo a necessidade de uma reformulação do pensamento jurídico, uma vez que a complexidade da sociedade passara a demandar um Direito capaz de se adaptar às suas novas exigências a fim de assegurar a concretização daqueles direitos necessários à efetivação da cidadania. Sendo assim, caíram por terra as presunções de universalidade, objetividade e impositividade, que caracterizavam o pensamento jurídico moderno, e, em seu lugar despontou um Direito dinâmico, plural, reflexivo, discursivo e relativo.

Apesar dessa alteração paradigmática, percebe-se que o confronto das promessas legais com a realidade social ainda deixava a sensação de que aquelas eram meras falácias, normas utópicas, sem concretude.

É da recusa em aceitar essa discrepância entre os direitos promulgados e os efetivamente aplicados que os movimentos sociais surgem como agentes promotores da revolução da Justiça. Eles assumem o propósito de lutar pela efetivação das garantias legais e promoção de um Estado verdadeiramente democrático, no qual a dignidade da pessoa humana e a igualdade não sejam promessas inatingíveis. Nesse contexto, o presente trabalho voltou-se à análise do movimento feminista e sua luta no combate à desigualdade de gêneros.

Na revisão da história desse movimento, constata-se que o período da ditadura militar pelo qual o Brasil passou promoveu o fortalecimento dos grupos feministas, os quais se firmaram na luta contra aquele regime, inserindo as mulheres e suas demandas no circuito político, revelando as desigualdades sociais, econômicas, jurídicas e políticas a que elas eram submetidas.

Percebe-se que, desde esse cenário que antecede a Assembleia Nacional Constituinte, o movimento feminista trabalha no sentido de promover a consciência da condição feminina na sociedade, lutando pelo empoderamento político das mulheres como meio destas alcançarem a cidadania plena. Essa atuação garantiu a voz do movimento feminista, consolidando-o enquanto sujeito político ativo no processo de democratização do país.

Os trabalhos desenvolvidos durante a Assembleia Nacional Constituinte por meio do *lobby* do batom asseguraram que 80% das demandas trazidas especificamente pelo movimento feminista e diversas outras encabeçadas por lideranças sociais distintas fossem consolidadas enquanto direitos constitucionais. Eis que nascia a Constituição Cidadã!

A renovação constitucional promoveu a revisão do ordenamento jurídico pátrio. A fim de adequar-se com os princípios salvaguardados nas cláusulas pétreas da Carta Política de 1988, normas obsoletas foram revogadas e, em seu lugar, leis novas foram inseridas nos cadernos legais. A igualdade entre homens e mulheres era, agora, ordem.

Em que pese a relevância que essa renovação normativa expressa na luta contra as desigualdades de gênero, sabe-se que a posição de inferioridade da mulher nas relações sociais decorre de fatores econômicos, culturais e sociais, razão pela qual unicamente alterar textos legais não será suficiente para terem fim as desigualdades de gênero.

Ilustração clara da permanência do desequilíbrio social apesar da edição de novas leis é a expressividade dos dados referentes à violência contra a mulher no país. Não obstante o Brasil possuir uma das mais modernas legislações no combate a essa chaga social, conforme foi apresentado no decorrer do trabalho, pesquisas comprovaram sua ineficácia na diminuição dos índices de violência.

Percebe-se que, apesar da inconteste consagração do princípio da igualdade, a mulher ainda está longe de alcançar condição jurídica verdadeiramente digna. Reconhece-se que houve uma evolução teórica no Direito; contudo, ainda, espera-se por sua manifestação concreta.

Trabalhando em prol dessa tão almejada efetivação, desenvolveram-se políticas públicas voltadas à garantia dos direitos da mulher. Para formulação, coordenação e articulação dessas é que foi criada, em 2003, a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR). Com o propósito de combater o preconceito em todas as suas formas e a discriminação herdada de uma sociedade patriarcal e excludente, a SPM-PR promove a valorização da mulher e sua inclusão no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

À luz do exposto, percebe-se que “a mais justa das leis não coíbe, apenas por ser lei, o mais repugnante dos crimes – é necessário investir em educação e em campanhas contra a violência que possam modificar cultura e comportamento” (BOECHAT, 2013, p. 23).

O almejado Estado Democrático de Direito depende, portanto, de uma reeducação social com vistas ao rechaço da tradição sexista e à equiparação de homens e mulheres no cenário social a partir do desenvolvimento de políticas que considerem as diferenças de gênero, raça e classe dos sujeitos.

## REFERÊNCIAS

BOECHAT, Ricardo. **Não basta a Lei Maria da Penha**. In: IstoÉSEMANA. Revista IstoÉ. Ano 37. Ed.nº 2289. 2 out 2013. p. 23.

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Labrys, Estudos Feministas/Études Féministes**, Brasília, v. 7, 2005. Disponível em <[https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/teorias\\_explicativas\\_da\\_violencia\\_contra\\_mulheres/o\\_movimento\\_feminista\\_no\\_brasil.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/teorias_explicativas_da_violencia_contra_mulheres/o_movimento_feminista_no_brasil.pdf)>. Acesso em 30 nov 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil** [s.n.t.]. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_-\\_a\\_mulher\\_no\\_c%F3digo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf)> Acessado em 28 jul 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade Humana (Princípio da -) (no Direito Constitucional). In: **Dicionário de Princípio Jurídicos**. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores; Silvia Faber Torres, supervisora. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 330-360.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2012. 322 f. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre as Mulheres, Gênero e Feminismo) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%C3%A3o%20para%20PDF%20.pdf>> Acessado em 20 mai 2014

SILVA, Salete Maria da. O legado jus-político do lobby do batom vinte anos depois: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal. **XXI Encontro Regional de Estudantes de**



**Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária “20 anos de Constituição. Parabéns! Por quê?”.** ISBN 978-85-61681-00-5. Disponível em <[http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf)> Acessado em 21 mai 2014

SOUSA, Ana Maria Viola de; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento. **Transformações do direito no século XXI:** a tutela jurídica da mulher brasileira. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo-SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2297.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2297.pdf). Acesso em 28 jul 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012 – Caderno Complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil. *In:* WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil.** São Paulo, Intituto Sangari, 2011. Disponível em <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012\\_HomicidiosMulheres.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012_HomicidiosMulheres.pdf)> Acesso em 18 mai 2014.

# A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DE BIOLOGIA PARA A CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADES DE GÊNERO E DIVERSIDADES SEXUAIS

**Marianne Fernandes de Lima**

Mestranda em Direitos Humanos (UFPE)

**Soraya Barreto Januário**

Doutora em Ciências da Comunicação (Universidade de Nova Lisboa). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

**Virginia Leal**

Doutora em Semiótica e Linguística (USP/Université Paris X). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

## INTRODUÇÃO

O estudo de Biologia, nas salas de aula, não se encontra isolado das atividades e práticas sociais; apresenta-se de forma interligada e influencia e sofre influência da sociedade na qual se encontra inserido. Similarmente, o Direito, ao longo de sua história, sofreu adaptações de acordo com o contexto histórico social.

A inegável influência das teorias científicas na construção social (BOBBIO, 2004) reverbera até os dias atuais através de discursos que utilizam teorias científicas como base para a opressão de grupos sociais específicos.

No ano de 2018, foi encarregado, pelo Plano Curricular Nacional, da responsabilidade de ser a única disciplina do Ensino Médio que aborda “questões de gênero, as expressões da sexualidade [...]” (p. 38), com a finalidade de distinguir um posicionamento isento, bem fundamentado do ponto de vista científico, da simples especulação, do puro preconceito ou de tabus.

Portanto, o Ensino de Biologia encontra-se em um momento privilegiado para as problematizações sobre a diversidade sexual e de gênero. Porém, nesse contexto, a Biologia está sendo reforçada como uma instância distante da coexistência dos componentes sociais e culturais de sua produção e naturalizada como uma fabricação neutra na procura de orientações, classificações, definições e verdades determinadas (SILVA, 2019).

Com esta configuração, tornou-se imprescindível o diálogo acerca de sexualidade e de gênero no Ensino de Biologia, muito além de uma perspectiva apenas biológica, haja vista que as problemáticas envolvendo a temática, fincadas em visões reducionistas, refletem práticas descontextualizadas e em processos formativos das e dos estudantes sem respeito às diferenças.

Dentro da Educação Básica, esse diálogo ficou relacionado ao que se encerrou como Educação Sexual, cabendo corriqueiramente às aulas de Biologia a tarefa de trabalhar tais conteúdos, uma vez que estes compreendem assuntos relacionados à origem da vida e à reprodução.

Sendo assim, o campo do ensino de Biologia tanto trata as existências e os corpos, como também o faz hegemonicamente, a partir do verificável; do que permite a narrativa binária calcada em genes, em certa fisiologia hormonal e na constituição anatômica. Ou seja, em corpos

biologicamente imutáveis e com antecedentes, implicando uma redução abusiva e um empobrecimento da existência a partir das experiências do gênero e da sexualidade.

Com efeito, o objetivo geral desse estudo abarca a (re) significação das abordagens e sentidos do conceito de sexualidade e de gênero no Ensino de Biologia para além das lentes científicas biologizantes e identificar como a (re) visão desses temas é abordada na Educação Básica.

Estudos recentes (COSTA e SOUZA, 2015; SOUZA e PINHO, 2014) vem mostrando que a disciplina de Biologia, sem discutir a ciência na sociedade, é uma Biologia compartimentalizada, que não abre espaço para uma educação de caráter emancipatório e que respeite as pluralidades, impedindo a formação de cidadãos críticos onde o diálogo, com sujeitos e fontes diversas de conhecimento, promova saberes críticos que visem ações emancipatórias de transformação social.

A metodologia empregada nesta pesquisa é de caráter qualitativo, com natureza descritiva, bibliográfica, buscando em livros, artigos, dissertações e periódicos de educação e ensino de Biologia, bem como em documentos norteadores educacionais como os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino de Biologia, a elucidação sobre a importância do Ensino de Biologia para a construção das identidades de gênero e diversidades sexuais.

Parte significativa da atração exercida pelo conceito de gênero reside no convite que ele oferece para um novo olhar sobre a realidade (PISCITELLI, 2002), assim, o sentido da (re) criação da categoria gênero torna-se, sobretudo, político.

## **ESCOLA: ESPAÇO PARA A CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADES E DIVERSIDADES**

A escola não é só um espaço físico. É, acima de tudo, um modo de ser dos sujeitos e de ver o mundo. (FREIRE, 199b). Ela é um espaço social privilegiado onde se definem a ação institucional pedagógica e a prática e vivência dos direitos humanos (PNEDH, 2008); dessa maneira, para alcançar os ideais democráticos e de direito, é necessário que a discussão envolvendo a diversidade sexual e de gênero esteja presente no dia a dia escolar.

A escola é uma instituição social. Ela está envolvida com as formas culturais e sociais de vivermos e constituirmos nossas identidades de gênero e nossas identidades sexuais (LOURO, 2000). Dessa maneira, a escola não pode ser considerada um lugar à parte do resto da sociedade, mas sim um espaço fundamental para as construções identitárias.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH, 2008) estabelece a escola como local de estruturação de concepções de mundo e de consciência social, de circulação e de consolidação de valores, de promoção da diversidade cultural, da formação para a cidadania, de constituição de sujeitos sociais e de desenvolvimento de práticas pedagógicas.

Um dos objetivos gerais do PNEDH (2008) é a ênfase do papel dos Direitos Humanos na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática, portanto, uma disciplina de Biologia que não discute a ciência na sociedade torna-se uma Biologia compartimentalizada, que não cria espaço para a Educação em Direitos Humanos.

Assim, uma Educação em Direitos Humanos deve abarcar questões concernentes aos campos da educação formal, à escola, aos procedimentos pedagógicos, às agendas e instrumentos que possibilitem uma ação pedagógica conscientizadora e libertadora, voltada para o respeito e valorização da diversidade e de formação da cidadania ativa.

Os conceitos de gênero e sexualidade, embora intrinsicamente relacionados, possuem distinções importantes. O uso da palavra gênero emergiu na década de 1970, em um momento de grande efervescência que em certos casos toma a forma de uma evolução dos paradigmas científicos e sociais (NICHOLSON, 2000). A palavra procurava indicar a rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”.

Segundo Joan Scott (1989), gênero é uma percepção sobre as diferenças sexuais, hierarquizando essas diferenças dentro de uma maneira de pensar binária baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, tornando o gênero a primeira forma de significar as relações de poder.

Linda Nicholson (2000) elucida que o reconhecimento das diferenças entre os corpos não leva à manutenção da diferença entre sexo e gênero, pois se o corpo é sempre entendido a partir de um ponto de vista social, o conceito de sexo estaria subentendido a partir do gênero, logo, não faria sentido pensar o sexo como pertencente à natureza questionando o porquê da determinação do gênero a partir do sexo biológico.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (2001), sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da vida e inclui o sexo, gênero, identidades e papéis, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. Ela é experienciada e expressa através de pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis. Embora a sexualidade possa incluir todas estas dimensões, nem sempre elas são todas experienciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais.

O papel da biologia é estudar e compreender o ser humano e seu corpo sexuado, preparado genético, hormonal, anatômico e fisiologicamente para responder e desenvolver determinadas respostas relacionadas com sentimentos de prazer e de bem-estar (LOPEZ & FUERTES, 1989), mas a sexualidade biológica é apenas uma condição prévia, uma símbolo de potencialidades que é sempre mediada pela realidade humana (WEEKS, 1989).

O gênero torna-se, portanto, um meio de decifrar o sentido e de compreender as relações complexas entre diversas formas de interação humana e da organização social da diferença sexual (SCOTT, 1989).

Considerando essas definições e a diversidade e diferenças das pessoas, pode-se constatar que não é possível falar sobre sexualidade, mas sim de sexualidades. Assim como todos os aspectos da vida, as concepções de sexualidade foram mudando e diferenciam-se entre as culturas. A sexualidade é uma construção que resulta fundamentalmente de uma história da vida, da biologia e da cultura para a sua construção e, portanto, podemos dizer que existem tantas “sexualidades” quanto pessoas (GOMES, 2002).

A sexualidade, enquanto conceito, é multidimensional, extremamente permeável ao contexto social, cultural e histórico, mas é também um poderoso motor de mudança social e encontra-se em permanente transformação, que segundo a autora Gayle Rubin (1975) não é compreensível em termos biológicos. O direito à sexualidade é um direito identitário, é parte essencial do indivíduo enquanto ser construído socialmente (SANTOS 2018).

Tal situação reflete a responsabilidade que a escola possui de pedagogizar, regular e higienizar os corpos, fortalecer padrões hegemônicos por meio de suas práticas, inspecionar e, constantemente, vigiar atitudes.

Por outro lado, a autora Guacira Lopes Louro (2007) afirma que a questão não é responsabilizar a escola de tudo o que diz respeito a orientar as estudantes e os estudantes, mas

nos convenceremos da importância da instituição escolar na construção de subjetividades e corpos, uma vez que “[...] suas proposições, suas imposições e proibições fazem sentido, têm efeitos de verdade”, constituem parte significativa das histórias pessoais” (p. 21). Consequentemente, a escola não pode ser vista apenas como mais um espaço de formação para o trabalho, “precisa ser um espaço organizador dos múltiplos espaços de formação, exercendo a função mais formativa do que informativa”, ou seja, tornar-se um “círculo de cultura” como dizia Freire (1996b)

Portanto, a escola, como local de inclusão, deve fornecer instrumentos para a discussão sobre gênero e sexualidade por serem eles elementos intimamente ligados à dignidade humana. Pensar a educação para além da sala de aula é também pensar o ser social para além da Biologia. A educação para a preservação e manutenção dos direitos humanos não pode excluir identidades de gênero não conformadas aos padrões impostos pela heterossexualidade e heteronormatividade.

### **ENSINO DE BIOLOGIA; PROTAGONISTA DA EDUCAÇÃO SEXUAL**

A ciência também é construída historicamente e culturalmente. O conhecimento científico é um produto social que almeja a busca da verdade de forma objetiva e neutra. Em contrapartida, ao apresentá-lo sob forma de disciplina, o fragmenta, de maneira não crítica e hegemônica. Essa estruturação reflete nos documentos de referência e no modo de pensar da e do estudante.

Por conter em seu currículo assuntos sobre anatomia, fisiologia e genética, o Ensino de Biologia acaba recebendo questionamentos das estudantes e dos estudantes sobre dúvidas sobre o ato sexual, gravidez, anticoncepcional, infecções sexualmente transmissíveis, orientação sexual, identidade de gênero, violência sexual entre outros assuntos, e consequentemente, de maneira indireta, a disciplina torna-se encarregada de trazer a educação sexual para o ensino formal.

De um modo genérico e muito abrangente, considera-se que a educação sexual corresponde à aprendizagem específica sobre os aspectos relativos à sexualidade. Aprendizagem essa que é um processo contínuo ao longo de todo o ciclo vital e envolve componentes como o físico, o psicológico, o erótico, o genital, a relação didática ou a experimentação, entre outros (CORDEIRO, 2003).

As perguntas dos alunos estão ligadas na sua maior parte não ao viés biologizante da sexualidade e do gênero, mas ao seu lado social e cultural, por exemplo; a quem recorrer no caso de uma gravidez indesejada, ou o porquê da homossexualidade e transgêneridade.

Outro ponto é que as aulas de biologia parecem se aproximar mais do contexto social e cultural dos alunos, pela linguagem que adota, pelas problemáticas que relata e questiona, e por isso os alunos se sentem mais confortáveis ao comunicarem ou perguntarem aos professores questões de natureza pessoal.

No ano de 2015, a pesquisa Percepção Pública da Ciência e Tecnologia (C&T) realizou um levantamento do interesse, grau de informação, atitudes, visões e conhecimento dos brasileiros em relação à C&T. Foram entrevistadas cerca de 2 mil pessoas, pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, órgão vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia. Alguns dos resultados foram a confiança dos jovens entre 16 e 17 anos de idade em fontes de cunho científico, além de 70% dos jovens entrevistados se interessarem mais por assuntos relativos a ciência e saúde.

Dessa forma é possível perceber o interesse e a credibilidade que a ciência possui na vida das e dos jovens, e a responsabilidade que o ensino de biologia tem ao abordar ciência na

educação básica. De maneira indireta e direta, através das demandas das alunas e alunos, a disciplina de biologia torna-se encarregada de trazer a educação sexual para o ensino formal.

Ensinar Ciências é fazer com que o aluno contribua para o seu próprio desenvolvimento, e que seja capaz de questionar, refletir e raciocinar. Trabalhar gênero e sexualidade sob a perspectiva neutra da ciência, sugere uma limitação preocupante, pois, quando se deduz uma identidade de gênero, sexual ou étnica de 'marcas' biológicas essa dedução pode ser (e muitas vezes é) equivocada (LOURO, 2017). O processo de produção desse conhecimento implica pensar o ensino das ciências vinculado às peculiaridades da vida concreta das pessoas, podendo-se concluir que a preferência pela neutralidade já é indicativo de uma escolha.

## **METODOLOGIA**

Em vista disso, o estudo objetivou a (re) significação das abordagens e sentidos do conceito de sexualidades e de gênero no Ensino de Biologia para além das lentes científicas biologizantes.

Como campo de estudo, foi escolhido o Ensino Médio do ciclo da educação básica, que compreende uma faixa etária de estudantes entre 14 e 18 anos, intervalo de idade caracterizado como o início da vida sexual e amorosa. Produções científicas a partir do ano de 2014 e até 2019 foram selecionadas para uma análise da produção científica recente visando conhecer: (i) como os temas gênero e sexualidade são abordados; (ii) o porquê das temáticas de identidade de gênero e diversidade de sexualidades serem destinadas as aulas de biologia; (iii) quais as perspectivas para a Educação Sexual no Ensino de Biologia.

Tomou-se como referência a produção acadêmica da área de Ensino no período de 2014 a 2019, disponível na página da CAPES. Os critérios para seleção dos trabalhos a serem analisados tiveram por base: 1) classificação  $A_1$ ,  $A_2$ ,  $B_1$ ,  $B_2$  do Qualis da área de ensino; 2) presença das palavras-chave: gênero, sexualidade, orientação sexual, educação sexual, formação docente; 3) foco do estudo no contexto brasileiro; 4) publicação no período de Janeiro de 2014 a Julho de 2019.

O presente estudo utilizou de uma metodologia de caráter qualitativo, com natureza descritiva, bibliográfica, buscando em livros, artigos, dissertações e periódicos de educação e ensino de Biologia, bem como em documentos norteadores legais e educacionais como os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino de Biologia (PCN), a elucidação sobre a importância do Ensino de Biologia para a construção das identidades de gênero e diversidades sexuais.

Considerando os estudos feitos por Louro (2003), Pereira e Monteiro (2015) e Quirino (2014), que já questionaram o silenciamento dos professores de biologia diante dessas temáticas e quando elas são trabalhadas, observaram que apenas o viés biologizante é levado em consideração. O cenário atual do Brasil que aponta um conservadorismo nas interfaces política, social e cultural é também um fator a ser levado em consideração.

## **Democratização da Educação Sexual**

Segundo Altmann (2006), no Brasil, a entrada da educação sexual na educação formal aconteceu entre os anos 1920 e 1930, como resposta à preocupação nacional com os chamados desvios sexuais (desde então reconhecidos como doenças e não mais enquanto crimes).

A inclusão da temática da sexualidade nos currículos da educação básica foi intensificada a partir da década de 1970 e 1980, como resposta à preocupação social com o aparecimento do

Vírus da Imunodeficiência Adquirida (HIV), causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids) e, com o aumento nos índices de gravidez indesejada entre as jovens (BRASIL, 1996).

Desde então, a sexualidade tem sido incorporada na educação formal e, portanto, o seu estudo passa a ser um dever do Estado; mas, sob o olhar da universalidade, moralidade e da natureza, ou seja, do discurso dominante da heterossexualidade (BRITZMAN, 1996). Desse modo, a estratégia do Estado é utilizar a escola como espaço legal para pedagogização e controle dos corpos (SOUSA, 2018).

Em 1997 foram elaborados os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN), destacando a questão da transversalidade. A proposta de transversalidade neste documento, com a referência aos temas transversais que se mostram relacionados às questões sociais, ressalta sobre a abordagem das questões de sexualidade nas diversas disciplinas e não somente nas convencionais, vinculadas às Ciências Naturais (BRASIL, 1997).

Os PCN, no capítulo denominado “Orientação Sexual”, abordam temáticas relacionadas à sexualidade a serem trabalhadas nas escolas. Este documento está organizado e dividido em três seções: corpo e matriz da sexualidade; relações de gênero e prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS (BRASIL, 1997).

Pautados nas premissas dos direitos humanos e da cidadania, vinculadas ao respeito às diversidades sexuais e de gênero, os PCN ressaltam a importância da abordagem da sexualidade nas escolas, e legitimam a execução das práticas de Educação Sexual no espaço escolar (BRASIL, 1997). Entretanto, Silva (2007) afirma ser restrita a abordagem dos PCN, uma vez que apresenta as diferenças dos gêneros predominantemente focadas no órgão sexual, ou seja, nas questões biológicas.

Em 2003, foi aprovada a primeira versão do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, e nesta versão contou como princípio norteador a diversidade cultural e ambiental, garantindo a cidadania, o acesso ao ensino, a permanência e conclusão, a equidade (étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras) e a qualidade da educação, como fundamental para assegurar o respeito e a defesa aos direitos humanos.

Sobre as abordagens curriculares da temática da sexualidade, o Programa Nacional do Livro Didático (PNLD) e a Política Nacional do Livro Didático para o Ensino Médio (PNLEM) são responsáveis pela elaboração dos materiais didáticos, livros e dicionários, a serem utilizados no ensino público. Temáticas são incluídas nos conteúdos destes materiais com o objetivo de garantir uma educação mais integral e cidadã, tais como mudanças e contextos atuais de família, diversidades étnicas, raciais, sexuais, dentre outras questões que ainda são perpassadas por valores morais cristalizados e que necessitam ser alvo de problematização e reflexão.

No ano de 2004, um movimento social denominado Escola Sem Partido (ESP) surge levantando os debates contra a doutrinação das alunas e dos alunos, que supostamente as disciplinas da educação básica; história, filosofia e sociologia faziam. Desde então, esse movimento vem chamando atenção e ganhando força na sociedade civil e também entre os parlamentares.

Dez anos depois, em função do amplo apoio de parlamentares e empresários, motivados por crescentes mobilizações conservadoras, o texto idealizado por Miguel Nagib deu origem a vários projetos de lei. Ainda que alguns deles tenham sido arquivados no Senado, ainda persistem Projetos de Lei que tramitam no Congresso Federal, Estados e Municípios que compartilham os ideais desse movimento (MOURA, 2016); e várias iniciativas de restrição à abordagem da

diversidade sexual e de gênero aparecem, dentre as quais citamos: os formulários extrajudiciais contra a chamada “ideologia de gênero” nas escolas; a Reforma do Ensino Médio, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB); a nova Base Nacional Comum Curricular (BNCC); e o Plano Nacional de Educação (PNE), que eliminou toda e qualquer menção à palavra gênero.

A retirada dos temas gênero e orientação sexual do PNE e da BNCC tenta deslegitimar o tema, entretanto isso não significa que professoras e professores não possam abordá-los, tendo em conta que fazem parte das demandas dos próprios estudantes. Além disso, ainda constam nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) e nas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN), e que embora sejam menos recentes ainda continuam em vigor.

## **GÊNERO E SEXUALIDADES: SUBSTANTIVOS QUE NÃO PODE SER PRONUNCIADOS**

Apesar dos avanços no sentido do reconhecimento sobre a importância da inclusão de temas diferenciados nos conteúdos curriculares, estudos recentes identificam a permanência de lacunas com relação a determinadas temáticas em sexualidade, mantendo-se o foco nos aspectos biológicos e reprodutivos da sexualidade (PEREIRA, 2014; PADILHA, 2016; BASTOS, 2017; REIS, 2017; SOUSA, 2018; SANTOS, 2019).

A transversalidade igualmente não vem sendo desenvolvida, na medida em que o assunto tende a ser tratado apenas nas aulas de Ciências e Biologia (SANTOS, 2018). Sendo identidade de gênero e diversidade de sexualidades apenas reiteradas a partir do viés da disciplina de Biologia.

Dentre os porquês para essas questões, o despreparo e a insegurança das professoras e dos professores está como o principal motivo para um fundacionalismo biológico (NICHOLSON, 2000; PEREIRA, 2014; PADILHA, 2016; BASTOS, 2017; REIS, 2017; SOUSA, 2018; SANTOS, 2019). As professoras e os professores de biologia destacam a importância e a falta de cursos de formação continuada para a capacitação e também confiança para a abordagem desses assuntos dentro de classe.

Neilton Reis (2017) relata a necessidade da professora e do professor de Biologia “biologizar” um conhecimento como única saída pedagógica para preencher as lacunas existentes no processo ensino-aprendizagem. O autor também relatou o constrangimento como uma razão para a não abordagem dessas problemáticas nas aulas de biologia. A partir disso, a forma como a professora e o professor organizarão suas próximas aulas, seus próximos conteúdos, suas próximas ações e aproximações, seus próximos passos docentes no sentido a reforçar esse entendimento de Biologia, organizará e produzirá, também, novas e novos estudantes de Biologia que reproduzirão as normas e os conceitos transmitidos ou silenciados.

Reis (2017), Alvarenga e Dal’Igna (2013) afirmam que ao vincularmos a sexualidade à reprodução, acabamos por silenciar algumas práticas e desejos corporais das e dos estudantes e também estabelecemos uma relação particular de exclusão das outras formas de viver as práticas e os desejos sexuais, que não podem ser classificados como heterossexuais e, portanto, são marginalizados, invisibilizados e até eliminados.

Para Eve Sedgwick (2007), o contato com sexualidades e gêneros desviantes aciona automaticamente uma estrutura de transferência; em outras palavras, a estrutura da sexualidade hegemônica é implicada e fragilizada a partir do contato com existências desviantes, por exemplo homossexuais e transgêneros e, por isso, a rejeição, negação, invisibilização, marginalização e eliminação desses corpos.

O PNEDH (2008) reforça a necessidade da concentração de esforços, desde a infância, na formação de cidadãos e cidadãs, com atenção especial às pessoas e segmentos sociais



historicamente excluídos e discriminados; portanto, é importante garantir dignidade, igualdade de oportunidades, exercício da participação e da autonomia aos membros da comunidade escolar.

Silva e Ciciolini (2017) discutem a inexistência na formação universitária de professoras e professores, das diversas áreas, de espaços de estudo e reflexão destes temas pois existe pouca ênfase nos assuntos referentes à sexualidade no currículo. Além de serem tratados como tema secundário, sexualidade também é concebida como tema opcional à formação da professora e do professor.

Apesar de a escola não ser o único espaço pelo qual tais discussões perpassam e de não ser a disciplina Biologia a única voz autorizada a falar das questões levantadas, elas tem sido responsabilizadas e inventadas como espaço de tradução destes e de outros discursos e noções que são reconhecidos (ou se reconhecem) como do campo biológico. Com isso, são definidos conteúdos, saberes e fazeres próprios a esta disciplina escolar.

Zilene Silva (2019) e Pereira (2014) analisaram cursos de capacitação e atualização para essas e esses profissionais de educação. Ambos obtiveram relatos positivos sobre os cursos. A aquisição de conhecimentos teóricos, principalmente sobre a homossexualidade, foi apontada como um dos pontos positivos do curso. As discussões do curso foram incorporadas à vida cotidiana e promoveram mudanças nos discursos e práticas associadas às representações de gênero, bem como reflexões sobre visões e atitudes preconceituosas. Outras e outros assinalaram que passaram a abordar ou se interessar pelo assunto apenas após a realização do curso.

No estudo feito por Zilene Silva (2019) e Pereira (2014), a escola, seguida da família, foi eleita pelas alunas e pelos alunos a instituição mais importante para a divulgação da educação sexual. A escola é responsável por reproduzir padrões presentes na sociedade e, ao fazer isso, tem o potencial de reafirmar normas hegemônicas, propiciar a segregação social e fortalecer relações de poder (FOUCAULT, 2007).

Por outro lado, um conflito sobre a qual instituição está delegada o dever da educação sexual também foi notado. Pereira (2014) obteve relatos sobre as professoras e os professores sentirem-se em um espaço de competição com a família e serem indagados por algumas alunas e alunos por discutirem os assuntos relacionados a sexualidades e gênero. Zilene Silva (2019) destacou que todas e todos entrevistados concordaram ser preciso desenvolver atividades sobre gênero no espaço escolar, porém destacaram a importância da família na socialização das filhas e filhos.

Segundo os PCN, sexualidade deve ser primeiramente abordada no espaço privado, pelas relações familiares. Assim, de forma explícita ou implícita, são transmitidos os valores que cada família adota como seus e espera que as crianças assumam. De forma diferente, cabe à escola abordar os diversos pontos de vista, valores e crenças existentes na sociedade para auxiliar o aluno a encontrar um ponto de auto referência por meio da reflexão. (BRASIL, 2017, p. 299).

Com relação aos PCN, Nardi e Quartiero (2012) afirmam que permanece um desconhecimento por parte dos profissionais da área da Educação sobre este documento. Esta lacuna existente em relação aos PCN, somada a não obrigatoriedade de execução de práticas de intervenção, pode justificar o fato de muitas instituições de educação não desenvolverem trabalhos de Educação Sexual em uma perspectiva de transversalidade. A partir deste enfoque, ao invés de a sexualidade ser abordada de forma a recortar as diversas disciplinas, as intervenções passam a ocorrer de modo restrito aos currículos, bem como de forma esporádica e/ou não sistematizada.

Ivor Goodson (2007) aponta para um caminho de transformação curricular, que se dedique à atenção dos diferentes saberes e conhecimentos: “precisamos mudar de um currículo prescritivo para um currículo como identidade narrativa; de uma aprendizagem cognitiva prescrita para uma aprendizagem narrativa de gerenciamento da vida”. Neste ponto, o currículo e a construção da sexualidade se entrelaçam, pois, assim como o currículo é uma questão de discursos, de identidade e de poder, também é a sexualidade (FOULCAULT, 2007).

Ana Molina (2018) afirma que os objetos não existem, o que existe são os discursos que o corporificam como tal e sobre o qual nos forjamos, por assujeitamentos ou resistências. Então, o currículo, por si mesmo, possui determinada prática a respeito da normatividade sexual e de gênero.

Para Reis (2017), não-discutir a diversidade sexual e de gênero ou, em outras palavras, discutir apenas os aspectos biológicos da sexualidade é opção de trabalho. Se limitar a trabalhar o que é “bem biológico” é trabalhar sim, gênero e sexualidade, mas silenciando os corpos que a Ciência Moderna não previu ou tratou como patologias.

Tudo isso é reproduzido constantemente na prática da educação, devido, entre outros, a uma carência na preparação do corpo escolar bem como dos recursos didáticos que rompem com os estereótipos. Mais do que uma carência de conhecimento, no entanto, Michel Apple (1995) nos chama atenção para o fato de que os percursos pelos quais os gêneros se tornam visíveis ou invisíveis no ensino e nos textos podem nos dizer muito sobre quem está realmente lucrando e quem realmente está perdendo nessa lógica conservadora.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme exposto, inúmeras iniciativas são pensadas com o objetivo de garantir que questões de sexualidade sejam trabalhadas junto à população adolescente. Para além da existência destes documentos e Políticas Públicas, ressalta-se as possibilidades de aplicação e efetivação na realidade concreta.

Portanto, é o momento de resgatar a afirmação: a Biologia é uma ciência privilegiada para o debate sobre o gênero e sexualidade? A disciplina ocupa uma posição de privilégio para a discussão sobre tais temas, mas não de referência, visto que sua abordagem se embasa em núcleos específicos, determinados por documentos construídos, com o intuito de fortalecer a norma imposta pela educação e, conseqüentemente, pela sociedade (SANTOS, 2018).

O despreparo das professoras e dos professores, o sentimento de competição com a família, a vergonha, a falta de suporte na formação dessas e desses profissionais tornam-se as fontes da não abordagem relativa às problemáticas acerca de gênero e sexualidades. Razões essas que são reforçadas pela atual conjuntura político social na qual o Brasil se encontra. Dessa maneira, transformar a sexualidade em um tabu é ainda assim educação sexual, cuja mensagem transmitida é negativa.

Em vista disso, violências são silenciadas e reiteradas. Essas violações podem se apresentar em forma de: gravidez precoce, abandono parental, Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST's), homofobia e violência sexual, e podem ainda encontrar na professora e no professor de biologia um cúmplice.

Mesmo sendo a única disciplina à qual é delegado o debate da Educação Sexual na educação básica (BRASIL, 2018), o Ensino de Biologia, necessita da transversalidade com as outras disciplinas, tendo em vista que a construção dos saberes não se dá de maneira individualizada,

mas sim é feita de modo coerente aos valores da Educação em Direitos Humanos: de modo inter e transdisciplinar.

Os Direitos Humanos tornaram-se arma de guerra para diversas categorias sociais que encontraram, no discurso sobre a dignidade humana um amparo para vulnerabilidades (SANTOS, 2018); e o Ensino de Biologia, focado no reducionismo e apenas na biologia dos corpos, reforça os conceitos de opressão aos grupos socialmente minoritários como as negras e negros, mulheres, pessoas com deficiência, lésbicas, gays, transsexuais, transgêneros, queer, agênero, bissexuais, não-binárias entre outras.

Portanto, faz-se necessária a urgência de um Ensino de Biologia centrado nos princípios dos Direitos Humanos, que tem a responsabilidade e o potencial de fornecer elementos importantes para a (re) significação, a construção de saberes emancipatórios e plurais, onde o diálogo com sujeitos e fontes diversas de conhecimento poderá promover saberes críticos que visem ações emancipatórias de transformação social.

## REFERÊNCIAS

APPLE, Michel. **Trabalho docente e textos: economia política das relações de classe e de gênero em educação**. Tradução Tomás Tadeu da Silva, Tina Amado, Vera M. Moreira. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

ALTMANN, Helena. Orientação sexual nos parâmetros curriculares nacionais. **Revista Estudos Feministas**, v. 9, n. 2, 2001.

ALVARENGA, L. F. C.; DAL'IGNA, M. C. Corpo e sexualidade na escola: as possibilidades estão esgotadas? In: MEYER, D.; SOARES, R. (Org.). **Corpo, gênero e sexualidade**. Porto Alegre, Brasil: Mediação Editora, 2013.

ANTT (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). **Número de assassinatos de travestis e transexuais é o maior em 10 anos no Brasil**. Empresa Brasileira de Comunicação EBC. 2018.

BASTOS, Giseli & LUDKE, Everton. Reflexões Sobre Gênero no Ensino de Biologia - Um Olhar Sobre o Discurso de Estudantes do Primeiro Ano do Ensino Médio Acerca da Gravidez na Adolescência. **Revista Unijuí**, Ano 32 lno 101 Jan./Abr. 2017.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, MEC/Secretaria de Ensino Médio. **Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN)**. Brasília, 1997.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)** / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília.2007.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Percepção Pública da Ciência e Tecnologia**. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Brasília. 2015.

BRASIL, MEC/Secretaria de Ensino Médio. **Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN)**. Brasília, 2018.

BRITZMAN, Deborah P. O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação & Realidade**. Porto Alegre, v 21, n 1, jan-jun. de 1996. p.71-96.

- BUTLER, Judith. El gênero en disputa - el feminismo y la subversion de la indentidad, **Paidós**, Barcelona, Buenos Aires, México, 4 impression, marzo 2011.
- FOUCAULT, M. **História da Sexualidade**, vol. I – A vontade de saber. 18 ed. Rio de Janeiro, Ed. Graal, 2007.
- FREIRE, P. **A Educação na Cidade**. São Paulo: Cortez; 1991.
- FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- FREIRE, P. **Educação como Prática da Liberdade**. 22.ed. São Paulo: Paz e Terra,1996a.
- FREIRE, P. **Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários a Prática Educativa**. 35 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996b.
- GADOTTI, M. **A escola e o professor: Paulo Freire e a paixão de ensinar**. São Paulo: Publisher Brasil, 2007a.
- GATENS, MOIRA. 'A Critique of the Sex/Gender Distinction'. **Intervention**, February 1983.
- GOMES, Zampian. Educação Afectivo-Sexual. **Sexualidade & Planeamento Familiar**. 35, 33-38. 2002.
- GOODSON, Ivor. Currículo, narrativa e o futuro social. **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo, v. 12 n. 35. 241-252. 2007
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Estudos e Pesquisas**. Informação Demográfica e Socioeconômica n.38. 2018.
- LOPEZ, F. & FUERTES, A. Para compreender a sexualidade. **Lisboa: Associação para o Planeamento Familiar**. 1999
- LOURO, G. L . **Flor de açafrão**. Takes Cuts Close-ups. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- LOURO, G. L . Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pro-Posições**, v. 19, n. 2 (56) - maio/ago. 2008
- LOURO, G. L . Sexualidade: lições de casa. In: MEYER, D. E. E. (Org.). **Saúde e sexualidade na escola**. Porto Alegre, RS: Mediação Editora, 2000. p. 85-96.
- LOURO, G. L . Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista. Petrópolis: **Vozes**, 1997
- MOLINA, A. M. & SANTOS, W. Educação Sexual e Currículo de Ciências/Biologia: Desafios a Prática Docente. RIAEE – **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, Araraquara, v. 13, n. 03, p. 1149-1163, jul./set., 2018.
- MOURA, F. P. “**Escola Sem Partido**”: relações entre Estado, educação e religião e os impactos no ensino de história. 189 f. Dissertação – (Mestrado Profissional em Ensino de História) Instituto de História, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016.
- NARDI, H. C. QUARTIERO, E. Educando para a diversidade: desafiando a moral sexual e construindo estratégias de combate à discriminação no cotidiano escolar. **Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 59-87, 2012
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o Gênero. **Revista Estudos Feministas**. 8. 2000
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAUDE. **Relatório Mundial da Saúde** - Saúde Mental: Nova concepção, nova esperança. Lisboa: Direcção-Geral da Saúde. 2001.

- PADILHA, N. & CARVALHO, M.. Sexualidade, Gênero e Diversidade Sexual: Reflexões sobre uma sequência didática para o Ensino de Biologia. **Cadernos PDE**. 2016
- PISCITELLI, A. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, L. (Org.). A prática feminista e o conceito de gênero. **Textos Didáticos**, n. 48. Campinas: IFCH/Unicamp, 2002.
- QUIJANO, A.. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein – Part I. **Jornal of world-systems research**. v.6, n.2, 2000
- REIS, N. “Bem biológico mesmo”: tensões entre ensino de biologia, currículo e sexualidade. **Revista Educação e Emancipação**, São Luís, v. 10, n. 4, ed. especial, set./dez.2017
- RUBIN, G.. The Traffic in Women. Notes on the "Political Economy" of Sex. In: REITER, Rayna (ed.) *Toward an Anthropology of Women*. New York, **Monthly Review Press**, 1975.
- SANTOS, A.C. Entre natureza e (re) construção: da sexualidade reprodutiva às sexualidades emancipatórias. **Cadernos de Saúde Pública**, 19 (4), 885-886. 2003.
- SANTOS, S. . Corpo Gênero, Sexualidade e Currículo: Experiências na formação Inicial de Professores/as em Ciências Biológicas. **Seminário Internacional de Representações Sociais**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2013.
- SANTOS, B. S. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2006.
- SANTOS, Sandro. SILVA, Elenita. Ensino de Biologia e transsexualidade. **Ensino Em Re-Vista**. Uberlândia, MG. v.26. n.1. p.147-172 . 2019
- SCOTT, J. W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, vol. 16, no 2, Porto Alegre, jul./dez. 1989.
- SEDGWICK, E. K.. **Epistemologia do Armário**. Coimbra, Angelus Novus. (2004)
- SILVA, E.; CICILLINI, G.. Das noções de corpo no Ensino de Biologia aos dizeres sobre sexualidade. In: 33ª Reunião Anual da ANPED – Educação no Brasil: O Balanço de uma Década. Caxambu/MG. **Anais...** Caxambu/MG, 2010.
- SILVA, L.. **Sexualidade e Formação Docente**: concepções dos/as futuros professores/as de Ciências e Biologia. 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Biológicas) - Faculdade de Ciências Integradas do Pontal, Ituiutaba, 2011.
- SILVA, Z. & MONTEIRO, S. Formação de professores/as em gênero sexualidade: possibilidades e desafios. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, v. 35, n. 73, p. 287-305, jan./fev. 2019.
- SOUZA, J.. **Gênero e Sexualidade sob a perspectiva de Docentes de Biologia da Rede Estadual do Município de Aparecida de Goiânia**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos. Universidade Federal de Goiás. 2018.
- WEEKS, J. The body and sexuality. In Bocock, R. & Thompson, K. (Eds.). **Social and Cultural Forms of Modernity**. Polity Press. (1992).
- WEEKS, J. **Sexuality**. Nova Iorque: **Routledge**. (2003)

# GBT EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE: O CONTRASTE ENTRE A REALIDADE PRISIONAL E A FICÇÃO PROCESSUAL

**Neon Bruno Doering Morais**

Mestre em Direito (UNICAP). Servidor (DPU).

## INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste em desenvolver uma análise ao redor de problemas que envolvem a população LGBT em situação de cárcere. Índícios demonstram que os operadores do direito atuam com um distanciamento enorme da realidade prisional – ou seja, aqueles que protagonizam no cenário jurídico-penal contemporâneo, que operam distribuindo penas de prisão “a torto e a direito”, pouco ou nada sabem sobre as experiências queer no cárcere, das vulnerabilidades e das dificuldades no cumprimento de suas penas.

Por isso mesmo que se parte do princípio de que “a prisão é o lugar perfeito para abjeção, e sua estrutura consegue reunir no mesmo espaço indivíduos que são, sob algum aspecto, indesejados no meio social [...]. É verdadeiramente uma arma de extermínio!” (DOERING, 2018, p. 167). Por esse motivo, as agências estatais, perversamente legitimadas, atuam, conscientemente ou não, de modo a alcançar esse objetivo.

E, como o trabalho de campo tem revelado, não raras vezes, é uma pessoa totalmente alheia à realidade prisional quem aplica a pena e decide a forma e o local de seu cumprimento, quem elabora a defesa, quem denuncia, quem fiscaliza a aplicação das leis dentro das penitenciárias e/ou emite parecer a esse respeito, quem investiga... Pois é, enquanto a maioria estão encastelados em seus gabinetes de trabalho, “na torre de marfim” (BATISTA, 2012, p. 16), outros sujeitos, que estão na mira do sistema de (in)justiça criminal, considerados menos importantes (abjetos), sofrem inúmeras violências na prisão.

Quer-se dizer que, algumas disposições discutidas no processo nem sempre refletem a realidade experimentada pelos presos LGBT, tampouco atendem suas necessidades. Portanto, o objetivo desse debate seria alertar sobre os contrastes que existem entre a realidade e o que está escrito. Até porque, como dizia Graciliano Ramos (2013): o papel aguenta tudo. Pois é, a verdade é que aguenta mesmo!

A justificativa reside na importância de revelar, a partir de uma observação, quais são as reais necessidades da população LGBT reclusa. Até porque o campo já revelou muitos problemas, quais sejam: o estupro, a homofobia dos funcionários da prisão, a transferência arbitrária dessas pessoas entre estabelecimentos prisionais, etc.

Como se vê, é necessário enfrentar a nebulosidade da realidade para evitar interpretações e decisões equivocadas. A correspondência com a realidade é medida que se impõe, mas nem sempre é fácil de ver!

Pois bem... a missão é ir além da dogmática penal e trabalhar o invisível, pressupostos implícitos e acrílicos, na tentativa de provocar um giro na situação (precária) do encarceramento de LGBT. A lente epistemológica utilizada foi construída principalmente a partir da articulação entre a criminologia crítica e a teoria queer (criminologia queer).

Em um primeiro momento, faz-se necessário trabalhar um pouco da lente epistemológica utilizada. Após analisar, ainda que brevemente, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF),

no HC 152.491, quando determinou que duas travestis, antes em celas masculinas, fossem colocadas em estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero.

## **CÁRCERE E O PROCESSO DE NULIFICAÇÃO DOS CORPOS**

A criminologia queer atingiu a paisagem da criminologia crítica apenas recentemente, foi somente em 2014, momento em que destacou maior preocupação com as experiências de pessoas dissidentes de gênero e sexualidade no Sistema Jurídico Penal, que confirmou sua presença na agenda acadêmica (BUIST; LENNING, 2016, p. 121, tradução nossa).

Esse direcionamento queer em criminologia passa então a contemplar na análise crítica, por exemplo, aqueles grupos de pessoas encarceradas que estão do lado de fora da paisagem heteronormativa e que escapam à noção de gênero binário. A partir disso, foi possível perceber que o cárcere “é marcado pelo binarismo sexual” (ARCELO; SILVA, 2016, p. 32), sendo sexista o critério de segregação adotado pelo sistema penal para encarcerar pessoas, e não o de gênero (RIBEIRO, 2017).

Assim, os prisioneiros LGBT são as vidas mais precárias do cárcere e suas experiências revelam nada parecido com uma vida, e por não serem consideradas “potencialmente lamentáveis e, por conseguinte, valiosas, são obrigados a suportar a carga [...] da privação de direitos legais e da exposição diferenciada à violência e à morte” (BUTLER, 2016, p. 45-46). Valendo-se das palavras de Roberto Efrem (2016, p. 318), representam “os corpos brutalizados” do cárcere.

Observe-se que, a sexualidade e o gênero são pontos cruciais na discussão, pois o contexto prisional masculino, onde os LGBT são aprisionados, dificulta a efetivação de direitos fundamentais. Mas não é estranho que isso aconteça, porque a prisão reflete e repete (mais violentamente) a lógica social androcêntrica, estando a violência contra essas pessoas normalmente associada ao fato de aproximarem sua imagem à figura feminina, isso resulta num rebaixamento desses corpos.

Exemplo disso são as dinâmicas distintas nos relacionamentos construídos dentro do cárcere, a depender do contexto prisional – se feminino ou masculino. Isso porque, enquanto a relação entre duas mulheres é prestigiada pelas outras detentas (presídio feminino), a relação entre dois homens é desprestigiada pelos detentos (presídio masculino) – e a violência que é produzida, neste último caso, é reflexo da dominação masculina (BOURDIEU, 2003).

Normalmente, as mulheres encarceradas que aproximam sua imagem (aparência física e comportamentos) ao gênero masculino tendem a governar alas e pavilhões, por outro lado em presídios masculinos, travestis e gays costumam ser dominados pelos homens. Os “atributos de masculinidade [...] na penitenciária feminina [...] são agregados sentidos como os de ‘tentação’/‘ameaça’, e que fazem dos ‘sapatões’ sujeitos privilegiados nos arranjos sexuais da prisão” (PADOVANI, 2015, p. 247). Segundo a autora, os corpos montados nos termos apontados pelos atributos de masculinidade colocam as mulheres em uma posição prisional de destaque nos mercados sexuais.

E não se enganem, por mais que o trabalho fale sobre LGBT em situação de cárcere, o cerne da questão é notar a constituição e demarcação das posições de gênero nas relações que estabelecem dentro e fora da prisão, assim como acontece com mulheres no cárcere. Seria o gênero então “categoria analítica útil para” pensar as desigualdades e as relações de poder decorrentes das diferenças entre os sexos na prisão (LAGO, 2014, p. 17).

Em meio a tantas inconsistências existe uma certeza, de que o cárcere simboliza uma instituição de controle do gênero, preparado para operar tão somente com homens e mulheres,

estando encarregado de engendrar valores de uma cultura extremamente heteronormativa e patriarcal. “Neste contexto o masculino seria o dominador, o independente; e o feminino aquele que se submete e é dominado. Trata-se de um fenômeno amplamente assimilado de uma forma precoce e performativa” (ARCELO; SILVA, 2016, p. 32).

Além do mais, a noção de prisão sempre esteve conectada à moral religiosa, por isso funciona de modo a neutralizar sujeitos considerados “pervertidos”, colocando-os e fixando-os em padrões sexuais e de gênero estrategicamente estabelecidos. O propósito desde o início era reabilitar condenados por meio da força e dentro de valores espirituais e morais adequados, e não diminuir ou simplesmente conter a criminalidade. Observe-se que “penitenciária” procede da palavra penitência, e foi pensada inicialmente como casas na Inglaterra do século XVIII destinadas para “prostitutas penitentes”, o que influenciou a formatação das prisões até dias atuais (MOGUL; RITCHIE; WHITLOCK, 2011, p. 94).

O cárcere foi pensado para controlar a atividade sexual de homens e de mulheres. Até porque, pelo fato do desejo ser considerado pecado, as relações sexuais eram terminantemente proibidas (MOGUL; RITCHIE; WHITLOCK, 2011). O processo de nulificação dos corpos, que desde o surgimento das primeiras prisões estava associado com o controle da atividade sexual, continua nos dias de hoje, mas de uma forma ainda mais complexa e sofisticada. Os corpos dos transgressores das normas de gênero e sexualidade são nulificados no cárcere, e qualquer que seja a opção, de isolamento ou convivência, são ações voltadas à inflição de dor e sofrimento.

O cárcere representa um “instrumento de controle e repressão social reservado aos marginalizados”, leia-se aos sujeitos considerados abjetos. Contra os abjetos, “os fracos e diferentes”, “a justiça penal é extraordinariamente rápida e ‘eficiente’” (FERRAJOLI, 2002, p. 33-34).

Tudo aquilo que foge ao ser humano modelo, é segregado, ou até, enjaulado. Ocorre que, os presídios não estão preparados para receber, com dignidade, a comunidade LGBT – nem ninguém –, e por estarem programados para trabalhar tão somente com a divisão tradicional baseada no dimorfismo sexual, submetem essas pessoas diariamente à violência de gênero. A influência predominante da abordagem tradicional da sexualidade na política criminal nacional, que vincula o sexo a somente aspectos naturais e biológicos (padrão genital e o genético), produz mais dor a essas pessoas do que a outras.

## **LGBT NO CÁRCERE: FICÇÃO PROCESSUAL**

Observaram-se, ultimamente, intervenções do Judiciário no sentido de reduzir a vulnerabilidade da população LGBT privada de liberdade. Contudo, a questão não é defender a criação de um “superpoder” que concentra todas as decisões da sociedade nas mãos dos juízes, mas sim admitir a existência de direitos que carregam em si uma pujança universalizante, e por serem tão relevantes, não admitem delongas para serem efetivados. Direitos que, sem eles, pessoas não dotam de sentido suas vidas e a consequência é a morte social.

Em consulta à jurisprudência estrangeira, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Alguns entendem que essa decisão “invadiu” o terreno do Poder Executivo, na medida em que determinou que esse Poder elaborasse um plano nacional com programas para efetivar a separação de detentos de acordo com critérios de gênero, e assim, propiciar tratamento adequado à população LGBT no ambiente prisional.

O Partido Socialista e Liberdade (PSOL) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347), ajuizada em maio de 2015, visando o reconhecimento da violação



sistemática de direitos fundamentais dos presos, enfatizou, entre outras coisas, que as “minorias” sexuais formam um grupo que mais sofre “com o encarceramento inadequado”, pois “ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis” (PSOL, 2015).

A ação apresentada destacou “que o sistema penitenciário brasileiro vive um verdadeiro” estado de inconstitucionalidade e requereu que a União e os Estados “tomassem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos” (FERNANDES, 2017, p. 263).

Vale destacar que o sistema carcerário brasileiro talvez seja “o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais”. Uma situação que vem sendo agravada pela sistemática incapacidade e inércia “das autoridades públicas em superar tal quadro” (CAMPOS, 2016, p. 265).

Diante disto, a Suprema Corte brasileira, em deliberação que concedeu parcialmente a cautelar solicitada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), na ADPF 347, reconheceu de forma inédita o ECI. Restaram configurados seus pressupostos, “máxime a violação massiva de direitos fundamentais e o fator da falha estrutural [...]. Melhor dizendo: o sistema carcerário brasileiro é um ECI” (é, como um todo, inconstitucional), expõe-se doravante a necessidade do Judiciário tanto “intervir para superar esse estado” quanto atuar no “controle da omissão estatal como fator de proteção deficiente de direitos fundamentais” (CAMPOS, 2016, p. 276).

O instituto do ECI foi criado em 1997 pela Corte Constitucional colombiana – nas palavras de Campos (2016, p. 276) foi uma construção teórica “importada” –, tendo o STF o pronunciado para afastar o cenário inconcebível de violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais dentro das penitenciárias brasileiras, sendo a decisão justificada pela flagrante violação dos direitos humanos e também pela abstenção, persistente e reiterada, do Estado na implementação de políticas públicas necessárias a assegurar o direito ao mínimo para uma existência digna.

A decisão assentou “que o quadro de superlotação carcerária e de condições de encarceramento configura um ECI no Brasil”, foi no intuito de “reduzir ou acabar com esse estado de coisas” que a Suprema Corte encontrou sua legitimidade. Então, a postura judicial (a intervenção estrutural) adotada é legítima, pois para superar omissões estatais e defender a ordem constitucional houve a necessidade de o Supremo formular remédios/medidas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 276).

Trata-se de uma sentença dialógica e estrutural, visto que somente transformações estruturais da atuação das autoridades públicas, em meio a um diálogo institucional, podem superar a situação de inconstitucionalidade. Observe-se que a Corte Constitucional brasileira ficou diante de um “litígio estrutural”, por isso dos “remédios estruturais” estabelecidos na ADPF 347 serem “voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas”. Esses remédios são justificados por situações concretas de paralisia administrativa ou parlamentar, e ao serem fixados por juízes constitucionais “cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional” (FERNANDES, 2017, p. 261-262).

A ausência de efetividade dos direitos fundamentais nem sempre decorre da falta de lei, mas sim da ausência de cooperação e coordenação entre órgãos, entidades públicas e legislador, o que resulta “na falência prática da própria lei” (CAMPOS, 2016, p. 93). Na decisão em ADPF 347, a Suprema Corte afirma “que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-membros e Distrito

Federal” (FERNANDES, 2017, p. 264), e por decorrer de falhas estruturais, a responsabilidade pela solução não pode ser suportada por um único ente (CAMPOS, 2016, p. 93).

A decisão enumerou medidas a serem observadas também pelos juízes, como o dever “de aplicação restritiva das prisões provisórias [...], e de dar preferência às penas alternativas e a prisão domiciliar”, estando, outras, direcionadas ao Poder Executivo, a exemplo de que a União não poderia contingenciar recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN) necessário à melhoria do cenário caótico o qual se encontra o sistema prisional nacional (CAMPOS, 2016, p. 283).

Como se depreende, muitas das determinações feitas na ADPF 347 foram direcionadas aos juízes, ou seja, o Judiciário chamou a responsabilidade da caoticidade do sistema carcerário pra si, o que afasta alegações genéricas de supremacia judicial, e do mesmo modo essa “falha estrutural” também é proveniente “da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias” (FERNANDES, 2017, p. 264). Portanto, os três Poderes são corresponsáveis pelas lesões aos direitos dos presos, e a Constituição de 1988 previu mecanismos institucionais que autorizam o Supremo a declarar o ECI (CAMPOS, 2016).

O reconhecimento do ECI não significa corrigir a atuação/incompetência dos outros poderes, mas promover diálogos democráticos e institucionais entre eles, pois além de provocar a participação da sociedade nos processos decisórios em busca de melhores soluções – é uma espécie de ativismo judicial estrutural dialógico (FERNANDES, 2017; CAMPOS, 2016).

O objetivo das sentenças estruturais é possibilitar “a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades”. Não se trata de supremacia e autoritarismo judicial, “mas sim de diálogos e cooperação institucionais” (FERNANDES, 2017, p. 269).

É justamente por inspirar-se na Corte colombiana que a decisão da mais alta Corte judiciária brasileira na ADPF 347 pode ser compreendida como uma decisão resultante de um diálogo entre tribunais/juízes<sup>13</sup> (ALLARD; GARAPON, 2006; FRYDMAN, 2016). Caretti (2015, p. 437), nesse sentido, aduz que “o ‘diálogo’ requer uma competição saudável a fim de saber quem é capaz de salvaguardar mais e melhor os direitos”.

Observe-se que na Colômbia, ocorreu um caso de violação de direitos fundamentais similar ao do Brasil, envolvendo essencialmente a privação de direitos e superlotação nos presídios. E por meio de “uma ação individual interposta por um preso que denunciava violações de seus direitos mais básicos, a Corte ampliou o escopo original da demanda e chegou à conclusão de que o problema não se restringia ao presídio”.

Verifica-se que a “evolução jurisprudencial do ECI ocorreu, originalmente, em um caso emblemático julgado em 1998 (T 153/98), envolvendo a crise dos presídios” (MARMELSTEIN, 2015, p. 245). Para a Corte colombiana os direitos fundamentais não podem ser encarados pelo Estado como mera retórica. Assim, o ECI surgiu como mecanismo de defesa desses direitos, porque em uma realidade onde direitos básicos não são garantidos, juízes combatem nas suas decisões situações sociais e políticas que os negam (ARIZA, 2000).

A decisão pela importação do ECI pelos juízes da Suprema Corte brasileira não foi totalmente desacertada. Não é novidade que o Estado brasileiro promoveu a institucionalização da barbárie nos presídios nacionais, e que os estabelecimentos penais não oferecem condições mínimas de habitação, situação que é agravada no caso de LGBT. O cárcere brasileiro está em total desacordo com a legislação nacional e internacional que trata sobre os direitos humanos.

Essa decisão é importante, porque foi o primeiro passo para o STF sair da zona de conforto e cobrar providências urgentes para o enfrentamento de um problema que é rotineiramente

denunciado, determinando ao Governo Federal a elaboração de um plano nacional para a superação do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro. O plano deveria conter metas e propostas voltadas à

[...] (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; [...] (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT [...] (STF, 2015).

Por outro lado, em outro momento, o Ministro Luís Roberto Barroso (STF), determinou que duas travestis, antes em celas masculinas, fossem colocadas em estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero (HC 152.491). Em que pese a discussão jurídica, e a existência de trabalhos significativos acerca da temática no Brasil (AGUINSKY; FERREIRA; CIPRIANI, M., 2014), ainda há uma escassez de pesquisas empíricas que prestigiam a fala das pessoas presas, que são as verdadeiras interessadas no tema. A verdade é: existe muita coisa ainda a ser concretizada no campo (BUIST; LENNING, 2016).

Para a decisão, o Ministro mencionou a Resolução Conjunta 1/2014 CNPCP e o CNCD/ LGBT para conceder a ordem de ofício da transferência e justificar a decisão. Ao fazer isso, ele criou um precedente que pode vir a influenciar decisões futuras em casos semelhantes. De agora em diante, juízes têm a possibilidade de replicar seus argumentos em suas decisões. É bem verdade que o precedente não possui eficácia formalmente vinculante, mas, neste caso, possui uma natureza forte em sua capacidade de determinar outras em casos sucessivos. Afinal de contas, a decisão foi proferida pela mais alta corte do país, possui autoridade maior, porque se encontra no vértice do sistema judiciário brasileiro (TARUFFO, 2013).

Contudo, há de se reconhecer que a ingerência do Judiciário na política tem sido a causa das conquistas do movimento LGBT (MASIERO, 2014). O Judiciário é, entre os Poderes instituídos, aquele que tem mais atuado neste sentido. “Por meio de decisões inovadoras e ousadas, os Tribunais estão avançando na interpretação do Direito, renovando-o mais eficazmente que o Poder Legislativo, no que tange à sua missão legiferante” (SALES, 2007, p. 930).

Quanto às transferências, Doering, Mello e Amazonas (2018) problematiza a posição do Ministro Luís Roberto Barroso (STF), no HC 152.491, quando determinou que duas travestis, antes em celas masculinas, fossem colocadas em estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero. Para os autores, pode ser que decisões bem-intencionadas causem resultados desastrosos quando a realidade está encoberta e não se mostra de forma clara no processo.

Decisões afastadas da realidade prisional podem acarretar efeito adverso, prejudicial a todos os envolvidos. A decisão, por exemplo, não considerou o fato das travestis receberem poucas visitas, por isso sobrevivem na prisão por meio do trabalho que prestam aos homens presos. Questiona-se: para quem as travestis trabalhariam no contexto prisional feminino? Além disso, a transferência não foi discutida nos presídios femininos, com as mulheres presas (DOERING; MELLO; AMAZONAS, 2018).

Mas pode ser também que decisões bem-intencionadas causem resultados desastrosos. Não seria estranho, neste caso, se uma mudança da dinâmica prisional (transferência de travestis/mulheres trans para presídios femininos e/ou transferência de homens trans para presídios masculinos) acarretasse efeito adverso, prejudicial a todos os envolvidos.

A decisão mencionada é apenas um exemplo desse distanciamento da realidade prisional. O trabalho que vem sendo desenvolvido visa, em particular, proporcionar uma reflexão maior

sobre a temática, é algo que vai muito além da questão das transferências. Por ora, basta destacar que existem indícios do contraste entre a realidade prisional e a ficção processual. Não só isso, mas o sofrimento causado a partir disso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por último, observa-se que o real e único significado da pena é a infligência intencional de dor e, assim como Christie (2017, p. 25-26), ainda não “vejo outra posição defensável que não seja lutar por reduzir dor”, porque a “tristeza é inevitável, mas não o inferno criado pelo homem” na terra – o cárcere. O sistema penal “custa um grande número de vidas humanas [...] e as vidas humanas são suprimidas sem o sistema operando a este respeito” (ZAFARONNI, 2003, p. 18, tradução nossa).

Esse sistema age baseado em estereótipos, atua desigualmente na seleção de sua clientela e distribui, segundo critérios próprios, a quantidade de dor a ser infligida – “seleciona pessoas e as condiciona, formando grupos humanos de acordo com um processo de ‘matriceria estereotípica’” (ZAFARONNI, 2003, p. 28, tradução nossa). A população LGBT presa, por causa disso, tem punições adicionais à sentença – sofrem mais no ambiente prisional, quando comparados aos outros presos.

A lógica do sistema é de uma elite branqueada e masculinizada (MISKOLCI, 2013), isso faz com que comportamentos considerados imorais e/ou provenientes de estratos inferiores se subsumam mais facilmente ao tipo penal criado. Por isso, o Sistema Penal acaba por criminalizar “modos de ser” e não “atos”, e as prisões são máquinas penais para separar os sujeitos indesejados da sociedade – serve para prender e torturar, não para punir ou reduzir a criminalidade (CHOUKR, 2014, p. 30). Como se vê, o cárcere é um terrível instrumento de tortura empregado na perseguição de sujeitos ininteligíveis, que possuem corpos incompreensíveis e impensáveis socialmente.

Para além disso, a estrutura binária da prisão reflete a dominação masculina, isso significa que pessoas com comportamentos “femininos” vão sentir muito mais dificuldades no cumprimento de sua pena e, neste universo, são incluídas não apenas as mulheres cis, que são aquelas que se identificaram com o gênero atribuído a elas desde o nascimento, mas também as transexuais, travestis e os homens homossexuais – essas pessoas são submetidas a “processos maiores e mais refinados de controle, violência e punição” (IHU, 2017) – recebem punição adicional às que foram sentenciadas.

Mas a verdade é que se demorou muito a pensar sobre um espaço reservado às pessoas dissidentes de gênero e sexualidade nas prisões, e não está sendo uma realidade fácil de ser implementada. A maioria dos funcionários que trabalham na prisão não compreendem sequer a distinção entre os termos sexo e gênero, não tem (e se tem é muito pouca) ideia de como lidar com pessoas LGBT privadas de liberdade – de nada sabem sobre a vida queer, e a forma como conduzem à classificação é repleta de estereótipos (BUIST; LENNING, 2016).

As travestis sofrem inúmeras violências nas prisões brasileiras, que se tornam ainda mais acentuadas devido às suas identidades de gênero. Até recentemente, a tradição penitenciária do país era colocar, sob o pretexto da proteção, as travestis em alas reservadas aos homens que perpetraram crimes sexuais (na galeria dos chamados “criminosos sexuais”), pois os homens presos de outras alas poderiam não aceitar as travestis e, por isso, as violentariam (FERREIRA, 2015). Porém existe outra explicação, “o desejo de aglomeração, em um só espaço, de todos os ‘tipos’ indesejáveis dentro dos já segregados” (FERREIRA, 2015, pos. 2290).

As “instituições penais assumem que os destinatários de sanções devem ser retribuídos com algo que os torne infelizes, algo que faça doer”, esta lógica prega que os “punidos devem sofrer” (CHRISTIE, 2017, p. 30). Em nossa sociedade, respostas/soluções “consideradas como a não-reação, perdão e bondade são empurrados para obscuridade”. “Pior do que a importância dada ao crime e da culpa individual é a legitimidade dada à dor” (CHRISTIE, 2017, p. 66).

O Estado Democrático de Direito discorda do “poder punitivo que sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas”, por isso que “deve tratar de limitar e reduzir ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça” (ZAFFARONI, 2007, p. 11-12). E nada mais busca o presente estudo senão reduzir as dores (CHRISTIE, 2017) oriundas da adoção irresponsável e desmedida de um sistema penal ilegítimo e discriminatório, fundado em um discurso jurídico-penal falso.

## REFERÊNCIAS

- AGUINSKY, B. G.; FERREIRA, G. G.; CIPRIANI, M. **Vidas (hiper)precárias**: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.
- ARIZA, L. J. **La realidad contra el texto**: uma aproximación al estado de cosas inconstitucional. En Tutela acciones populares y de cumplimiento, 2000.
- ARCELO, Adalberto Antonio Batista; SILVA, Ramon Alves. **Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 29-37, jan-jun. 2016.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD). **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Disponível em: [[www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp)]. Acesso em: 20.11.2016.
- BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. **Queer criminology**: new directions in critical criminology. New York, NY: Routledge, 2016.
- BUTLER, Judith. **Quadros de Guerra**: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CARETTI, Paolo. **O futuro dos direitos fundamentais**: uma visão comparada. In: ROMBOLI, Roberto; ARÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Org.). Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Apontamentos sobre a cultura do sistema penal no momento de sua recodificação**. In: Tensões contemporâneas da repressão criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor**: O papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DOERING, Neon Bruno D. M. **GBT e prisões**: uma análise criminológico-queer do cárcere pernambucano. 2018. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2018.

DOERING, Neon Bruno D. M; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. **Direito e população LGBT em cárcere**: uma análise a partir da experiência pernambucana do Complexo do Curado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 145. ano 26. p. 241-280. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

EFREM FILHO, Roberto. **Corpos brutalizados**: conflitos e materializações nas mortes de LGBT. Cad. Pagu [online]. 2016, n.46, pp.311-340. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460311>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **A separação dos poderes e o estado de coisas inconstitucional reconhecido na ADPF nº 347**. In: Dilemas na Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 7. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões**: Experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015.

FRYDMAN, Benoît. **Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal**. In: Diálogos jurisdicionais e direitos humanos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na mundialização**: A nova revolução do Direito. Lisboa: Piaget, 2006.

INSTITUTO NACIONAL UNISINOS (IHU). **Violência nas prisões**. Mulheres, travestis, pessoas trans e gays são as maiores vítimas. Entrevista especial com Guilherme Gomes. 2017. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/eventos?id=568746:mulheres-travestis-pessoas-trans-e-gays-encarcerados-enfrentam-mais-violencias-que-os-demais-detentos-entrevista-especial-com-guilherme-gomes>>. Acesso em: 5 de novembro de 2017.

LAGO, Natália Bouças do. **Mulheres na prisão**: entre famílias, batalhas e a vida normal. 2014. 108f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Estado de coisas inconstitucional**: uma análise panorâmica. Pesquisa realizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MISKOLCI, Richard. **O desejo da nação**: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX. São Paulo: Annablume, 2013.

MOGUL, Joey L.; RITCHIE, Andrea J.; WHITLOCK, Kay. **Queer (in)justice**: the criminalization of LGBT people in the United States. Boston: Beacon Press, 2011.

PADOVANI, Natália Corazza. **Sobre casos e casamentos**: afetos e “amores” através de penitenciárias femininas em São Paulo e Barcelona”. 400 f. Tese (Doutorado em Antropologia social). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2015.

RIBEIRO, Juliana Serretti de Castro Colaço. **Fronteiras de guerra**: um estudo etnográfico com as mulheres que fazem a travessia de drogas para presídios masculinos reclusas na penitenciária Júlia

Maranhão. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

SALES, Dimitri Nascimento. **Direito à visibilidade**: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia, IKAWA, Daniela (Coord.). Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, v. 2, p. 927-944, 2007.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: Ensaios. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo. Marcial Pons, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

# A CONSTRUÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DISCURSIVA FEMININA: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DA ADPF 442 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tainã Almeida Pinheiro de Sousa

Discente (UPE)

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o processo de “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442” com a finalidade de observar os componentes ideológicos, culturais e as relações de poder e opressão social que compõem representação discursiva feminina e as intervenções da ideologia patriarcal nas relações de gênero nesses textos judiciais. Para tanto, foi explorada a tese da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 no tocante as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940.

Para efetivar este trabalho, foi analisado, de acordo com perspectiva da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) e pelas Teorias Sociais, os aspectos lexicais, fraseológicos e textuais, seus componentes ideológicos, culturais e as relações de poder que compõem representação discursiva dos textos jurídicos.

Quanto a sua Natureza, classifica-se a pesquisa como aplicada, que se propõe a desenvolver conhecimentos para aplicação prática com a finalidade de encontrar à solução de problemas específicos. Ainda quanto à Natureza da pesquisa, classifica-se pelo caráter explicativo, pois se propõem também trazer à luz dos porquês dos discursos que culminaram nas razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940.

Investiga-se a tessitura da superfície textual quanto à estrutura dos constituintes sintáticos, mais especificamente o fenômeno da Topicalização, Passivação, Nominalização e a aplicação dos Operadores Argumentativos, com o objetivo de detectar “Os Modos De Operação da Ideologia”, conforme descrito por J. Thompson.

Daí a importância de se analisar de forma sincrônica a estrutura dos termos e seus aspectos discursivos no texto Jurídico, e o impacto, nas mulheres, nos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar. Levanta-se o questionamento acerca dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), pela ordem normativa constitucional vigente.

Nossa Carta Magna assegura como direitos fundamentais a dignidade e a cidadania de todas as pessoas. E esses preceitos são violentamente atacados pelo Estado quando criminaliza as mulheres que abortam, negando a autonomia para tomar as próprias decisões, sendo a medida menos restritiva de direitos que gera graves danos à vida das mulheres, principalmente as que estão em condições de vulnerabilidade econômica e social.

A análise possibilitou observar que os valores vigentes da sociedade, de retrocesso e repressão aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres foram reproduzidos pelo Poder Legislativo, e, a depender do resultado da ADPF nº 442, consolidados pelo Poder Judiciário.



## O ABORTO E O DIREITO AO ESTADO LAICO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra um modelo de Estado Laico em defesa dos direitos humanos fundamentais e de um Estado Plural, Democrático e respeitador da diversidade, desvinculado de qualquer manifestação religiosa.

Pedro Salazar Ugarte (2008, p. 4) aponta que, por trás do projeto de laicidade, descansa uma ideia poderosa de que as pessoas são seres dignos que têm o direito a viver suas vidas de forma autônoma e livre e, num Estado Laico, nada e nem ninguém pode intrometer-se nas ações que têm a ver com a vida privada, com a integridade do próprio corpo, com a sexualidade, com o pensamento, com a consciência.

Um Estado Democrático, na defesa de direitos fundamentais para todos, não deve assumir ou patrocinar uma determinada religião. Tal atitude compromete a atuação estatal nas crenças, princípios morais, e ideologias de um determinado grupo em detrimento de outros, principalmente os minoritários.

Dessa forma, a liberdade de religião, crença e consciência deve ser protegida como direito fundamental. Isso significa não aceitar, como próprio do Estado, nenhuma religião específica para que todos sejam protegidos em sua liberdade, inclusive os que não professam religião alguma.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, possibilita a proteção para os grupos vulneráveis e as minorias ao constituir o Brasil como Estado Laico, assegurando a liberdade de crença e consciência para todas as pessoas, que todos são partes do elemento humano que formam o Estado, e não estão obrigados a seguir padrões morais específicos de uma determinada religião.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI estabelece que é inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegura o livre exercício dos cultos religiosos, protegendo os locais de culto bem como as suas liturgias. O inciso VIII, do artigo 5º diz que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Pela Constituição, com o reconhecimento de um direito fundamental à liberdade de crença e consciência bem como à liberdade de convicção filosófica ou política, a relação Estado-Religião assenta-se:

na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (SILVA, 2015, p. 242, grifo do autor).

Além disso, ao respeitar essas liberdades ensejadoras de direitos fundamentais, a Constituição quis que o próprio Estado se abstivesse de patrocinar qualquer religião, ou seja, que fosse um Estado Laico.

Conforme pontua Jorge Miranda (1993, p. 357), a Constituição Federal de 1988, ao optar por um Estado Laico, escolheu o regime da tolerância e do respeito à diversidade:

sem plena liberdade religiosa, em todas as suas dimensões – compatível, com diversos tipos de relações das confissões religiosas com o Estado – não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim como, em contrapartida, aí onde falta a liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada.

Como um direito constitucional, o tratamento da liberdade de crença e consciência é peça-chave para a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos. Com a não adoção de determinada

concepção religiosa ou de cunho moral em debate, o Estado garante na órbita privada todas as posições.

É válido ressaltar que a descriminalização do aborto não obrigar ninguém a abortar, já que Estado é laico e garante o exercício de todas as concepções morais e ou religiosas.

Com base no exposto, é de fundamental importância para que se interprete a proibição do aborto com base no princípio do Estado Laico, além de interpretar a proteção do direito à vida e dos demais direitos constitucionais fundamentais das mulheres como barreiras constitucionais a manutenção da criminalização do aborto.

Ao apontar a laicidade como um argumento de ordem política para revisão da criminalização do aborto, Flávia Piovesan (2007, p. 67) afirma que o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, na busca de uma sociedade livre, diversa e plural. Argumenta a autora que não há uma definição científica a respeito do início da vida: se na fecundação, na implantação do embrião no útero, ou se apenas com a vida extrauterina.

Samantha Buglione (2013, p. 200), no mesmo sentido, afirma que a criminalização do aborto voluntário funda-se num campo exclusivo de moralidade que não cabe nem à ciência, nem à ética, pois o conflito se dá em diferentes crenças morais sobre a vida, decorre da liberdade de crença que é assegurada pelo mesmo ordenamento jurídico que provoca discriminação. Dessa forma, tem-se, ao mesmo tempo, uma violação dos pressupostos fundamentais da ordem democrática: da liberdade de crença e pensamento e da igualdade.

A laicidade estatal é pressuposto de realização de todos os direitos constitucionais envolvidos na discussão sobre descriminalização do aborto. Suporte necessário para o exercício de todos esses direitos e para a compreensão laica do direito à vida, para ainda possibilitar a proteção à vida também do embrião, conforme seu desenvolvimento, ao mesmo tempo em que se garante os demais direitos constitucionais das mulheres, conforme será abordado a diante.

## **O DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

Ao abordar a descriminalização do aborto, não há como não tratar da vida, visto que o principal argumento utilizado para a criminalização, pelo Código Penal brasileiro, é o com o suposto objetivo de proteger a “vida”.

É válido lembrar o “caminho” percorrido, na doutrina constitucional. Sabe-se que o direito à vida foi um dos primeiros direitos contemplados pelas Declarações de Direitos e Constituições do constitucionalismo moderno. Nasceu ligado ao modelo de Estado Liberal e, em um primeiro momento, foi interpretado como garantia da vida biológica, física, orgânica, bastando para sua garantia a não intervenção do Estado no sentido de não violar a vida das pessoas, de não as matar e de deixá-las viver.

A partir do nascimento do Estado Social, o direito à vida incorpora um sentido social e coletivo. A proteção do direito à vida passa pela garantia de condições mínimas de vida boa, vida com qualidade, vida em que se garanta saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, bem-estar etc. Dessa forma, não basta abstenção do Estado para o atingimento de tais valores, e sim o Estado atuar na consecução desses demais direitos relacionados ao direito à vida através das políticas públicas.

Fazem parte dos direitos clássicos, além do direito à vida, os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo os primeiros direitos constitucionalizados e que estão previstos logo no início do título “Dos direitos e garantias fundamentais” e fazem parte do caput, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Acerca da descriminalização do aborto e sua interpretação constitucional, merece destaque o curso de José Afonso da Silva (2015, p. 205) que busca enfrentar o tema da seguinte forma:

Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando, nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós, nos parece que, no feto, já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que se não evitou. No fundo, a questão será decidida pela legislação ordinária, especialmente a penal, a que cabe definir a criminalização e descriminalização do aborto. E, por certo há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar.

Inicialmente, com base na previsão da Constituição Federal, pode-se pensar que a solução para o aborto, no que diz respeito à inviolabilidade do direito à vida, bastaria a concordância sobre o início da vida. Determinando-se o início da vida pela CF/88, a proteção ao direito constitucional fundamental a inviolabilidade do direito à vida, começaria quando a vida se iniciasse. Adotando-se a teoria da concepção como termo inicial, toda a vida intrauterina estaria protegida pela Constituição.

Entretanto, em sua redação original, a Constituição Federal de 1988, nada disse a respeito do momento em que a vida estaria protegida ou seria inviolável.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais de forma tão abrangente e detalhada, no sentido de garantir a igualdade entre mulheres e homens, o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, a CF/88 possibilita novas interpretações, e passa a ser possível argumentar a não recepção da criminalização do aborto pela Constituição, ao não se dispor a dizer expressamente quando a vida se inicia, e tampouco há consenso científico a respeito.

Dessa forma, se faz possível a solução da questão da descriminalização do aborto protegendo-se a vida do embrião, porém não de forma absoluta e sem nenhuma ponderação com os demais direitos envolvidos nessa questão, inclusive o direito à vida da gestante que não deseja prosseguir com uma gravidez indesejada. São vários direitos, também de estatura constitucional, que devem ser levados em consideração.

O entendimento que vem prevalecendo nas decisões dos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo é o de que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas. E por razões de ordem biológica, social e moral, tem-se considerado também que o grau de proteção constitucional conferido à vida intra-uterina vai aumentando na medida em que se avança o período de gestação.

Assim, sob com base na ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a cada um dos bens jurídicos envolvidos seja o menor possível, e que atente tanto para as implicações éticas do problema a ser equacionado, como para os resultados pragmáticos das soluções alvitadas. (SARMENTO, 2007, p. 6), deve ser observada a descriminalização do aborto.

Daniel Sarmiento (2007, p. 29) sustenta a tese de que a vida humana intrauterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade muito menor do que a vida de alguém já nascido. Mais ainda, que a vida não é protegida uniformemente ao longo da gestação, mas que comporta gradações ao longo de seu desenvolvimento. A tutela vai aumentando progressivamente à medida que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina.

Silvia Pimentel (2007, p. 161) pontua a respeito da maior valorização da vida do feto:

Hoje, a proibição moral e legal à interrupção da gravidez não desejada pela mulher não encontra motivos razoáveis ou racionais, de ordem pública, que a justifiquem, ao contrário, ela representa um verdadeiro tabu, pois não é racional nem razoável valorizar mais a vida do feto – vida humana em formação – do que a vida da mulher – ser humano pleno. Representa tácita sub-valorização da mulher.

Com o exposto, defende-se a necessidade do sopesamento da vida do feto/embrião com a vida da mulher, de modo que não ocorra anulação total de um pelo outro, e sim a utilização de uma proteção gradual, conforme o desenvolvimento da gestação, permitindo-se o aborto nos estágios iniciais da gravidez e dificultando a sua ocorrência nos estágios finais.

A Constituição, consagra o direito à vida do feto e igualmente da mulher que, desfruta de uma série de direitos constitucionais durante à gestação, e que também entram na valoração que deve ser realizada, através da sua condição de ser humano dotado de dignidade.

Esses direitos constitucionais das mulheres também não podem ser ignorados. Trata-se de ser humano pleno.

## **OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM O DEVER DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

É de fundamental importância trazer ao debate outros direitos constitucionais fundamentais que, na discussão do aborto e da proteção do direito à vida, têm sido utilizados como extensão e aprofundamento do direito constitucional à vida, para, a partir da esfera de direitos sociais, pensar-se em vida com saúde, com bem-estar físico e psíquico etc.; ora como direitos constitucionais fundamentais das gestantes que estariam em colisão ou conflito com o direito à vida do embrião/feto.

O presente artigo considera inconstitucional um direito à vida absoluto do feto em detrimento do direito à vida da mulher e dos demais direitos constitucionais fundamentais, como dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, diferença, privacidade e intimidade.

Se faz necessário examinar esses direitos fundamentais que estão imbricados na discussão do aborto e na necessária relativização do direito à vida do feto.

Conforme o exposto, o princípio da dignidade humana passou a ter assento constitucional na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental. De forma que se pretendeu não somente proteger a vida, mas a vida com dignidade. A dignidade da pessoa humana é essencial para o enfrentamento adequado de questões limítrofes, como a que envolve o aborto, como bem assinala Ingo Sarlet (2007, p. 212). De acordo com o autor, a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, princípio irrenunciável da própria condição humana.

Daniel Sarmiento (2016, p. 310) observa que, na interpretação e aplicação da dignidade da pessoa humana por autoridades estatais, deve-se respeitar o princípio da laicidade estatal e se orientar por razões públicas, vale dizer, por razões que sejam independentes de compreensões

religiosas ou metafísicas particulares que possam ser aceitas pelas pessoas das mais diferentes crenças.

A criminalização do aborto pode significar uma lesão ao direito de liberdade estabelecido constitucionalmente. O direito da pessoa sobre si mesma, o direito à maternidade voluntária como autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo, é um direito fundamental do ser humano.

O direito à saúde passou a ter status constitucional a partir da Constituição Federal de 1998. Foi caracterizado como direito fundamental de mulheres e homens, constando do rol dos direitos sociais (art. 6º). Segundo Sueli Gandolfi Dallari (1995, p. 23):

[...] no Brasil a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta. Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988. A primeira República ignorou completamente qualquer direito social e evitou, igualmente, referir-se à saúde.

Somente a partir de 1946, foi reconhecido como parte integrante dos direitos humanos, passando a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que o definiu como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos.

Na Constituição Federal de 1988, por força de seu reconhecimento, como direito social fundamental, ele é referido em diversos outros momentos, espelhando a preocupação da sociedade com a sua proteção.

Nota-se, portanto, que a proteção da saúde abrange a prevenção, proteção e recuperação, com acesso universal, integral e igualitário a todas as ações e serviços, independentemente de qualquer contribuição. A prevenção é até mesmo uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde (art. 198, I). É de responsabilidade do Estado, embora a Constituição não tenha vedado a execução dos serviços de saúde à iniciativa privada, o que não exime o Poder Público de responsabilidade de regulamentar, fiscalizar e controlar, em face da relevância pública desse direito (art. 197 e 199).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que:

Art. 226. [...]§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, on-line).

Assim sendo, conhecer e utilizar os métodos, meios e técnicas para planejar a família faz parte do direito à saúde reprodutiva, sendo um direito garantido pela Constituição. A possibilidade de decidir livremente a respeito de quantos filhos se quer ter, o espaçamento entre eles, ou mesmo que não se quer ter filhos é um direito fundamental assegurado à mulher, ao homem ou ao casal. Vale ressaltar que a saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória (PIOVESAN, 1998, p. 173).

No Brasil, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamenta o planejamento familiar no Brasil. De acordo com essa lei, o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

As políticas públicas de atenção à saúde sexual e reprodutiva das mulheres se inserem na “Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes” do Ministério da Saúde .

São algumas das ações da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres – PNAISM (BRASIL, 2004): políticas de planejamento familiar; atendimento das mulheres em situação de aborto previsto em lei, que envolve o atendimento humanizado para vítimas de violência sexual; atenção ao abortamento inseguro .

O direito constitucional fundamental à saúde reprodutiva compreende, por parte do Estado, o dever de atuar por meio de políticas públicas específicas que possam garantir às mulheres o planejamento familiar e o atendimento digno no que diz respeito à situação de abortamento inseguro, conforme previsão da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres (PNAISM).

A saúde reprodutiva é um dos direitos humanos fundamentais das mulheres e o aborto, embora não possa e nem deva ser considerado como método contraceptivo, insere-se nesse direito de planejamento familiar e de controle da fecundidade.

A partir da abordagem dos direitos reprodutivos e planejamento familiar, o presente artigo pretende pontuar os direitos constitucionais fundamentais imbricados na discussão do aborto. Entende-se que eles devam ser levados em consideração na ponderação com o direito à vida do feto. Ignorá-los significa subtrair a dignidade humana das mulheres violando todos os demais direitos correlatos.

## **MODOS DE OPERAÇÃO DE IDEOLOGIA DE THOMPSON**

Ideologia, segundo Thompson, é uma ferramenta de expressão dos interesses da classe dominante, articulando as ambições, os interesses e as decisões dos grupos sociais hegemônicos interessados em manter a posição social privilegiada. (THOMPSON, 1999).

O autor desenvolveu cinco modos de operação de ideologia: legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e reificação.

A legitimação consiste na técnica discursiva de trazer veracidade e autenticidade para a argumentação. Esse modo de operação se subdivide em outros três tipos: racionalização, que se caracteriza por ser a construção do argumento através de cadeias de raciocínio; universalização, entendida como a defesa de o ponto de vista pelo interesse coletivo; e narrativação, que seria a justificação da ideologia pela opinião do locutor.

Já a dissimulação é utilizada para desviar a atenção do interlocutor por meio de manifestações implícitas de opinião. Essa modalidade é dividida em deslocamento, ou seja, trazer uma informação diversa do tópico principal e atribuir um juízo de valor negativo ou positivo; a eufemização, cuja característica principal é a diminuição de um aspecto determinado; e a tropo, considerada o uso figurativo da linguagem para sustentar um argumento.

A unificação, terceira modalidade de operação de ideologia, é pautada no sentimento de coletividade. Essa operação se subdivide em standardização/padronização, considerada a elaboração de uma linguagem nacional padrão e em simbolização da unidade, que seria a construção de linguagem coletiva a partir dos grupos sociais individualizados.

A fragmentação é o oposto da unificação, pois busca a separação dos grupos, estabelecendo as relações de poder de forma transparente. É dividida em diferenciação, com a qual a argumentação enfatiza as diferenças, criando barreiras entre os grupos, e em expurgo, considerada a criação de um inimigo.

Por fim, há a reificação, que consiste no estabelecimento de uma relação de poder através da ocultação sócio histórica dos fatos. É dividida em naturalização, com a transformação os fatos

em acontecimentos naturais; em eternalização, com a fundamentação das ideias em realidades esquecidas; e em passivação, na qual os agentes ativos se tornam os agentes passivos.

## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO NA ADPF 442**

A ADPF 442 busca discutir a exclusão do Código Penal dos artigos 124 e 126, que definem como crime a interrupção da gravidez tanto para a mulher, quanto para quem a ajuda a abortar.

Durante a leitura da ADPF, é possível observar, na argumentação contrária, ou seja, que objetiva manter a proibição do aborto, os fenômenos da operação de ideologia proposto por Thompson.

O fenômeno mais utilizado é a fragmentação, ao estabelecer as relações de poder da forma mais suave possível. Através da diferenciação, é possível verificar que a atual legislação, ao criminalizar o aborto, enfatiza as barreiras sociais, principalmente a desigualdade de renda, prejudicando as mulheres pobres, conforme o entendimento da Ministra Carmem Lúcia:

“mulheres pobres, sem informação sobre procriação, sem condição alguma de assumir, inclusive materialmente, uma criança ou um filho a mais, são levadas a ter de levar a cabo uma gravidez, que nem sempre gostariam de ter de aceitar, mas que procriam por serem que são sujeitas à ordem penal vigente sem qualquer possibilidade de se excluir, como o podem fazer as pessoas com recursos financeiros”.

Dessa forma, com base na diferenciação, por causa do problema da desigualdade de renda, cor e região na sociedade brasileira, as mulheres brancas, de renda mais alta, do sul e sudeste do país exercem sua autodeterminação quanto ao aborto, mesmo em contexto de ilegalidade, seja pelo acesso aos serviços de saúde em outros países ou por métodos clandestinos mais seguros. Já para as mulheres pobres resta o aborto realizado em condições muito inseguras ou a maternidade compulsória.

Além disso, podemos identificar a unificação, principalmente a simbolização da unidade. Se por um lado a utilização da fragmentação demonstra as diferenças de tratamento às mulheres, relativas às desigualdade social, de cor e região, todas são afetadas pelos estereótipos, que objetivam a perpetuar as desigualdades de gênero e o patriarcado.

Assim, com a simbolização da unidade, são ignoradas as necessidades individuais das mulheres, tratadas de acordo com a categoria mulher. Os estereótipos de gênero criam expectativas de destino às mulheres, tais como a reprodução, a maternidade compulsória, ou mesmo a heterossexualidade. Mulheres fora dessas expectativas estereotipadas em nome de uma “natureza feminina” são vítimas de graves violações de direitos e mesmo de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

## **CONCLUSÃO**

Utilizando da Análise Crítica do Discurso, pautada na teoria de Thompson, houve a demonstração do silenciamento, a marginalização e a invisibilidade da figura feminina através da criminalização do aborto no Brasil. Essa prática configura uma violência de gênero, instrumentalizada por uma violência institucional da figura de poder do legislativo, visto que o mesmo demonstra resistência para a mudança da legislação.

Além disso, a criminalização do aborto também viola a dignidade humana das mulheres e os demais direitos constitucionais imbricados: liberdade, autodeterminação, diferença,

privacidade, intimidade, saúde reprodutiva e planejamento familiar, sendo missão do Supremo Tribunal garantir a realização desses direitos, dando interpretação conforme à Constituição.

Ainda foi possível verificar que a criminalização do aborto se deve a um Direito ainda patriarcal e sexista que utiliza o crime de aborto como forma de controle da sexualidade e dos corpos das mulheres.

A utilização do argumento da proteção do direito à vida desde a concepção, admitindo que as exceções hoje previstas no Código Penal estariam de acordo com a Constituição Federal de 1988 não é suficiente para embasar a negativa de descriminalização em maior número de hipóteses, como a que se propõe atualmente e se encontra em discussão na ADPF 442.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Rel. Min. Rosa Weber. autuado 08 mar. 2017. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes**. Brasília. 2004. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_nac\\_atencao\\_mulher.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BUGLIONE, Samantha. O aborto voluntário e seu eterno desconforto: um debate sobre o alcance das democracias laicas. In: FERRAZ, Carolina Valença et. al. **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião: entre direito e moral. **Revista do Ministério Público de Portugal**. n. 94, ano 24, abr/jun 2003. Disponível em: <[http://rmp.smmp.pt/ermp/rmp\\_94/mobile/index.html#p=1](http://rmp.smmp.pt/ermp/rmp_94/mobile/index.html#p=1)>. Acesso em: 29 nov. 2019.

MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2a ed., rev. atual., Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1993.

PIMENTEL, Sílvia. Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações. Assim temos falado há décadas. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords.) **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.



ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna**: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum. p. 160-161.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (coords.) **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

THOMPSON, J. **Ideologia e Cultura Moderna**. Teoria Social e Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa. Petrópolis: Vozes, 1999.

UGARTE, Pedro Salazar. **Estado Laico Y Derechos Sexuales e Reproductivos**. GIRE – Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. 2008. Disponível em: <[http://www.sidocfeminista.org/images/books/12857/12857\\_00.pdf](http://www.sidocfeminista.org/images/books/12857/12857_00.pdf)>. Acesso em: 26 de nov. 2019.



**Coordenação:**

Flavianne Nóbrega (UFPE)

Bruno Galindo (UFPE)

Jayme Benenuto (UNILA/UFPE)

Lorena Freitas (UFPB)



## VIOLAÇÕES DE DIREITOS SOCIAIS: MASSACRE DE CORUMBIARA E COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**Adriane Célia de Souza Porto**

Mestranda em Direito e Desenvolvimento (FDRP-USP)

**Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua**

Livre Docente em Sociologia do Direito (FDRP-USP). Professor Associado (FDRP-USP).

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca tecer reflexões acerca dos direitos fundamentais a partir do caso que ficou conhecido como “Massacre de Corumbiara”, em que a luta de trabalhadores rurais por acesso à terra e a esperança de uma vida digna se tornaram um verdadeiro pesadelo.

O caso é bastante emblemático por retratar uma gama complexa de direitos humanos. Em virtude da atrocidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a violação do Estado brasileiro aos direitos à vida, integridade física, garantias judiciais e direitos relacionados à prática de tortura. Além disso, emitiu recomendações que determinavam a investigação imparcial do caso, a reparação das vítimas e a tomada de medidas preventivas aptas a evitar episódios análogos.

Contudo, por trás do massacre há muito mais violações de direitos que os constatados pela no Relatório de Mérito n. 32/2004, haja vista a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. É válido sublinhar que, no sistema interamericano de direito humanos, aos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Protocolo de São Salvador, não é aplicado o sistema de petições individuais, excetuando os direitos sindicais e o direito à educação.

O Brasil, assim como o restante da América Latina, é extremamente marcado pela desigualdade social e pela pobreza e ambas guardam estreita ligação com a desigualdade histórica de distribuição de terra e com a falta de observância da função social da propriedade. O acesso à terra, por sua vez, está vinculado a direitos sociais, a exemplo dos direitos de moradia, trabalho digno e alimentação.

O presente artigo pretende olhar para o caso de Corumbiara de uma maneira mais integral, além das conclusões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para tanto, narra sucintamente os fatos, descreve os principais pontos de sua tramitação na Comissão, e reflete sobre o acesso à terra e os consequentes direitos sociais envolvidos no caso, a partir de documentos do sistema interamericano de direitos humanos, em especial, o Relatório sobre o

Brasil, de 1997, bem como artigos científicos e relatórios elaborados por entidades que atuam em prol da justiça social, como a Comissão Pastoral da Terra e a OXFAM Brasil.

## O MASSACRE DE CORUMBIARA

A tragédia que ficou conhecida como Massacre de Corumbiara é simbólica por diversos aspectos: por refletir a gigantesca desigualdade social que assola o Brasil, por expor a necessidade da luta por acesso à terra e, conseqüentemente, moradia, trabalho, alimentação e vida digna e por escancarar a violência institucional contra dos movimentos sociais, bem como a tendência à criminalização de seus membros.

O caso destacado por esse artigo é remanescente dos longínquos problemas agrários do país, porém, iniciaremos essa breve narrativa partindo da ocupação.

Assim, na data de 14 de julho do ano de 1995, algumas centenas famílias em situação de pobreza extrema montaram acampamento com a intenção garantir seu direito à terra e à dignidade. Foi ocupada uma pequena porção (cinquenta hectares) da Fazenda Santa Elina, uma fértil e extensa propriedade, estimada em vinte mil hectares. À época, veiculava a imprensa local a notícia de que a área não era regularizada, além do que, boa parte não era utilizada para a produção, circunstâncias essas que, somadas aos recursos naturais, faziam daquela uma área privilegiada para os trabalhadores. (MESQUITA, 2011)

O fazendeiro, então, ingressou com ação judicial e, sem a oitiva dos camponeses, o mandado de reintegração de posse foi expedido. A primeira tentativa de cumprimento da ordem, em 19 de julho, foi frustrada. Os ocupantes, em defesa de seus ideais, resistiram e a grande desproporção entre a quantidade de camponeses e de policiais, estes em menor número, foi o trunfo dos trabalhadores rurais. Após tentativas inócuas de negociação, foi, então, planejada uma nova operação, iniciada na madrugada de 09 de agosto de 1995 e integrada por policiais e por jagunços. A ação foi truculenta, com execuções sumárias, práticas de tortura, mulheres usadas como escudo, destruição das posses dos ocupantes e incêndio no acampamento (MESQUITA, 2008, p. 116-117). A seqüela foi o saldo de mortes de doze ocupantes e dois policiais, cinquenta e três pessoas feridas e trezentas, cinquenta e cinco detidas (CIDH, 1998), além de uma centena de desaparecidas. (BARBOSA; LIMA, 2018)

No julgamento, ocorrido no ano 2000, havia quatorze réus: doze policiais, dos quais três foram condenados, e dois posseiros, ambos condenados. (MESQUITA, 2011, p. 143-144)

O massacre na Fazenda Santa Elina, cenário da atrocidade, está associado à desigualdade fundiária no Brasil, para a qual, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório sobre o país, dedica um capítulo inteiro, constatando que “Los conflictos y situaciones de tensión provocados por la desigualdad en la distribución de tierra y el crédito dan origen a enfrentamientos que crean las condiciones para que sean cometidos excesos en la represión y violaciones a los derechos humanos.”<sup>1</sup> (CIDH, 1997, § 47, b)

O mais inquietante é o fato de que o caso salientado por estas linhas nem de longe configura exceção, haja vista os quatrocentos e quarenta conflitos por terra ocorridos somente no mesmo ano, 1995, conforme levantamento realizado pela Comissão Pastoral da Terra (1996). Nesse contexto: “A violência contra trabalhadores rurais e povos e comunidades tradicionais remete ao problema da formação da propriedade privada da terra no Brasil e ao não

---

<sup>1</sup> “Os conflitos e situações de tensão provocados pela desigualdade na distribuição de terra e do crédito dão origem a enfrentamentos que criam condições para que sejam cometidos excessos na repressão e violações aos direitos humanos.” (CIDH, 1997, § 47, b) (tradução nossa)

enfrentamento da questão agrária pelos diferentes governos que marcaram a história política do país.” (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 139).

Como agravantes, apresentam-se a hostilidade contra os movimentos sociais, e até a criminalização, sobretudo dos movimentos que reivindicam acesso à terra e reforma agrária, pela população e pelo poder público, na tentativa de deslegitimar suas lutas.

## O CASO NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema regional americano se desenvolve e atua em uma região com altos níveis de exclusão e violência, democracias ainda não solidificadas e com resquícios da herança dos regimes ditatoriais, com altos índices de violência e insatisfatórios níveis de respeito aos direitos humanos (PIOVESAN, 2014). Ele possui corpo jurídico próprio e conta com dois órgãos competentes para atuar diante de violação dos direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual incumbe as funções consultiva e jurisdicional; e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cujo dever principal é a salvaguarda e proteção dos direitos humanos e, entre os deveres específicos – conforme preceitua o artigo 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - figuram as tarefas de: impulsionar a consciência acerca dos direitos humanos; emitir recomendações aos Estados; elaborar relatórios e estudos; solicitar informações que considerar pertinentes aos Estados; responder às consultas dos Estados-membros; atuar com relação às petições e comunicações; e, por fim, redigir relatório anual destinado à Organização dos Estados Americanos.

Quando um Estado-parte viola direitos humanos, se mantém inerte diante de violações ou após as violações não atua de maneira satisfatória para punir os culpados, reparar as vítimas e prevenir novos casos, pode ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo o Pacto de São José da Costa Rica, após a denúncia de um Estado e os trâmites de admissibilidade, intenta-se uma solução amistosa (artigo 49). Restando infrutífera, é redigido relatório com os fatos, conclusões e, facultativamente, proposições e recomendações, que será encaminhado aos Estados interessados (artigo 50). Após o prazo de três meses, contados da remessa do relatório aos interessados, não havendo solução ou submissão à Corte Interamericana, a Comissão poderá emitir novas opiniões, conclusões e recomendações, estabelecendo prazo para que o Estado adote as devidas medidas. Por fim, são supervisionados os cumprimentos tanto das resoluções amistosas quanto das recomendações. (artigo 51).

Assim, diante da morosidade em conferir respostas adequadas ao caso, o Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de Porto Velho, a Comissão Teotônio Vilela, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), o *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL) e *Human Rights Watch*/Américas, em conjunto, submeteram o Estado brasileiro ao respectivo sistema regional de direitos humanos. E, presentes todos os requisitos, bem como aplicada a exceção do prévio esgotamento dos recursos internos prevista pela Pacto de São José da Costa Rica<sup>2</sup>, o caso do Massacre de Corumbiara foi admitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 1998. (CIDH, 1998)

---

<sup>2</sup> Artigo 46.

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

Antes de adentrar ao mérito do caso, que alude tão somente a direitos civis e políticos – e não poderia deixar de sê-lo, em razão das regras estabelecidas pelo *corpus* jurídico do sistema interamericano – a Comissão faz referência à disfuncional distribuição de terras no Brasil e menciona “...que trasciende el objeto del presente caso estudiar las razones económicas, sociales, históricas y de otra índole que puedan haber llevado a los trabajadores ocupantes a tomar la decisión de invadir la hacienda Santa Elina”<sup>3</sup> (CIDH, 2004, § 124).

No mérito, a Comissão (CIDH, 2004) conclui que o Brasil transgrediu sua obrigação de respeitar e garantir os direitos previstos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, violando os direitos à vida, à integridade pessoal, à proteção judicial e a garantias judiciais; além dos deveres prescritos pela Convenção Interamericana para prevenir e Punir a Tortura, que impõem aos signatários as obrigações: de prevenir e punir a tortura (artigo 1); de adotar medidas efetivas para prevenir e punir a tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e de que tais atos sejam considerados delitos (artigo 6); de que as denúncias de tortura sejam investigadas com imparcialidade e que as autoridades competentes realizem a investigação e o respectivo processo penal de ofício e, finalmente, o documento dispõe que, após esgotados os recursos internos, os casos poderão ser sujeitos às esferas internacionais competentes (artigo 8).

Por fim, as recomendações emitidas, no ano de 2004, foram: i) a investigação imparcial e efetiva do caso, por órgãos não militares; ii) que as vítimas e seus familiares fossem reparados pela violação de seus direitos humanos; iii) a adoção de medidas aptas à prevenção de atos semelhantes; iv) a alteração da competência para investigações de violações de direitos humanos cometidos pela polícia militar. (CIDH, 2004)

Somente vinte anos após o massacre, as indenizações pecuniárias foram efetivadas e a fazenda foi desapropriada para a promoção de reforma agrária e, como símbolo de vitória, foi demarcada pelos próprios camponeses, antes que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária o fizesse (BARBOSA; LIMA, 2018). Não há dúvidas, contudo, de que qualquer tentativa de reparação é pequena demais e menos ainda de que nenhuma indenização é capaz de compensar os danos emocionais e traumas sofridos pelos trabalhadores e suas famílias.

## O CASO ALÉM DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Massacre de Corumbiara foi submetido ao sistema interamericano por violações a direitos civis e políticos constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo esses os direitos passíveis de petição.

Contudo, rompendo com a dicotomia e atendendo aos preceitos da Declaração Universal de Direitos Humanos e da Declaração de Viena<sup>4</sup>, os direitos humanos devem ser compreendidos a

---

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e  
d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

<sup>3</sup> “... que transcende o objeto do presente caso estudar as razões econômicas, sociais, históricas e de outra índole que podam ter levado os trabalhadores ocupantes a tomar a decisão de invadir a fazenda Santa Elina.” (tradução nossa)

<sup>4</sup> A Declaração de Viena prevê: “5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e

partir da sua inter-relação, interdependência e indivisibilidade, associando-se direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, e creditando a ambas as categorias igual relevância, de modo quando um dos grupos de direitos é violado, o outro também o é. (PIOVESAN, 2011, p. 105-107). Afinal, “de que vale o direito à vida sem o provimento das condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário). De que vale o direito à locomoção sem o direito à moradia adequada?” (GOMES, 2011, p. 80).

Nesse contexto, Dallari (2004) declara que o respeito à vida não se resume em não matar, mas propiciar condições para que haja vida com dignidade, de modo que as necessidades fundamentais, do corpo e espírito do ser humano, sejam atendidas.

No caso de Corumbiara, além das violações aos direitos civis e políticos, é explícita a violação aos diversos direitos sociais que figuram como plano de fundo e, nesse ponto, é importante destacar que “...o direito à terra é uma questão central de direitos humanos. Ele constitui a base para o acesso à alimentação, moradia e desenvolvimento, e, sem acesso à terra, muitas pessoas são colocadas em situação de grave insegurança econômica.” (GILBERT, 2013, p. 121). Assim, não desperta estranhamento a demonstração de preocupação da Comissão com a distribuição de terra no país<sup>5</sup>.

Como uma das atribuições específicas, conforme preceitua o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 60), compete aos seus membros elaborar relatórios acerca da conjuntura dos direitos humanos dos Estados. E, por ocasião da elaboração do relatório do Brasil, em 1997, foi dedicado um capítulo ao tema propriedade da terra rural e trabalhadores rurais, enfatizando que “Brasil tiene un extenso territorio con gran capacidad productiva y de asentamiento social, pero por razones históricas la distribución de dicha propiedad es extremadamente desequilibrada...”<sup>6</sup>. (CIDH, 1997, § 1º)

A desigualdade no Brasil é fruto de uma complexidade de fatores, dentre os quais a concentração de terras, fundada e concretizada ao longo da história do país. Episódios essenciais que resultaram na desproporcional e injusta distribuição de terras iniciaram-se logo no período colonial, perpassando pelo instituto de Sesmarias, política de distribuição de terras aos amigos da Coroa Portuguesa; pela famigerada Lei de Terras de 1850, que determinou que o acesso à terra somente se daria por meio de pagamento, impedindo o acesso pelos estratos pobres da sociedade e favorecendo a elite agrária, que continuou se apropriando por meio da grilagem; pela política de modernização da agricultura empreendida nos anos 60, que partilhou desigualmente recursos aos beneficiários, conectou latifundiários e militares e incentivou o acesso a grandes porções de terra, seja por meio da compra ou apropriação. (OXFAM BRASIL, 2016)

---

regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais” (ONU, 1993).

<sup>5</sup> “123. Previo a su análisis sobre el fondo del presente caso la Comisión debe señalar que el objeto de éste trasciende lo relativo a las situaciones preocupantes sobre la distribución de la tierra en Brasil, en general, así como respecto a la situación particular de los trabajadores y trabajadoras sin tierra que invadieron con sus familias la hacienda Santa Elina, en agosto de 1995.” (CIDH, 2004, §123)

“123. Antes de análise sobre o mérito do presente caso, a Comissão deve salientar que o objetivo deste caso transcende do que diz respeito às situações preocupantes sobre a distribuição de terras no Brasil, em geral, assim como à situação particular dos trabalhadores e trabalhadoras sem terras que invadiram com suas famílias a fazenda Santa Elina, em agosto de 1995.” (CIDH, 2004, §123) (tradução nossa)

<sup>6</sup> “O Brasil tem um extenso território com grande capacidade produtiva e de assentamento social, mas por razões históricas a distribuição da dita propriedade é extremadamente desequilibrada...” (CIDH, 1997) (tradução nossa)

Servindo à manutenção da desigualdade “A violência no campo em Rondônia apresenta-se como fenômeno estrutural resultante de escolhas políticas que se conjugam pela manutenção da estrutura fundiária vigente, pelo favorecimento de oligarquias e discriminação social de movimentos sociais” (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 133)

A maneira como a estrutura latifundiária foi construída desafia a concepção da função social da propriedade, que, paradoxalmente, figura entre os princípios que regem a ordem econômica do país, conforme artigo 170, III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Pré-existente, mas bastante desenvolvida e destacada por documentos elaborados pela Igreja Católica na década de 60, a função social reconhece que os bens que existem no planeta, sobretudo a terra, pertencem a toda a humanidade. (DALLARI, 2004, p. 54)

A primeira vez em que uma Constituição pátria aludiu à ideia de que o exercício da propriedade não poderia contrariar os interesses sociais e coletivos foi em 1934<sup>7</sup>. A partir daí, as constituições posteriores ora apresentaram avanços, ora retrocessos com relação ao tema. Em 1937, essa mesma disposição não foi contemplada. Já no ano de 1946, uma norma de eficácia limitada prevê a justa distribuição da propriedade, não tendo sido acompanhada por lei regulamentadora<sup>8</sup>. A Constituição de 1967, por sua vez, incluiu a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica, o que foi mantido pela emenda constitucional nº 1, editada em 1969. (COSTA, 2014)

Na Constituição Federal de 1988, além de figurar entre os princípios da ordem econômica, a função social da propriedade passa a integrar o rol de direitos fundamentais (COSTA, 2014) Conforme preconiza, é cumprida a função social da propriedade rural quando cumulativamente: i) é promovido o aproveitamento de maneira adequada e racional; ii) os recursos naturais são utilizados adequadamente e o meio ambiente é preservado; iii) são observadas as disposições trabalhistas e; iv) a exploração visa o benefício do proprietário e trabalhador.

Não cumprida a função social, é competência da União desapropriar o imóvel por interesse social, para reforma agrária (CRFB, artigo 184). E é com base nesses dispositivos, bem como nos direitos fundamentais, que os movimentos sociais reivindicam o acesso à terra.

Os direitos relacionados à terra estão ligados à justiça social (GILBERT, 2013), e sua má distribuição resulta pobreza e desigualdade social, dois dos grandes problemas, não só do país, como de toda a região latino-americana.

Prova de que a estrutura agrária possui relação direta de causa e efeito com a pobreza da população rural (PRADO JR., 2000), é que, apesar de observada em toda a extensão territorial, a desigualdade na distribuição é mais ostensiva nas regiões amazônica e nordestina. Já na região sul, onde os índices de desenvolvimento econômico são mais elevados, a presença de latifúndios e terras improdutivas é mais baixa. (CIDH, 1997) Aquiescendo tal afirmação:

É possível constatar também que o grupo dos municípios com índice de concentração da terra mais reduzido possui taxa de pobreza, total e rural, inferior aos demais grupos. Tais valores não são apenas menores: existe uma diferença significativa entre as categorias, sendo que as frequências aumentam 77% entre o grupo mais desconcentrado e o

---

<sup>7</sup> Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

<sup>8</sup> Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.



intermediário, e mais do que triplicam entre os grupos extremos. (OXFAM BRASIL, 2016, p. 14)

Atuando em favor da manutenção do *status quo*, a Comissão Pastoral da Terra destaca o comportamento do Judiciário em 1995, ano do massacre, em que “Liminares de reintegração de posse e ordens de despejo com o uso da força policial foram distribuídas à vontade, sempre para atender os interesses dos latifundiários” (CPT, 1996, p. 10)

A desigualdade, falta de acesso à terra, e consequente violação do direito ao trabalho digno, somadas ao fato de que as terras mais férteis, com melhores localidades e recursos naturais estão nas mãos dos grandes proprietários, impossibilita a população rural de desfrutar de uma vida digna. Então, aqueles que não possuem qualquer pedaço de terra não têm saída senão alienar sua força de trabalho. A vasta oferta de mão de obra dos camponeses aliada à quantidade de trabalhadores, faz com que a balança pese para o lado dos fazendeiros, dando-lhes poder de determinar as condições de trabalho, muitas vezes quase servis e em troca de salários muito baixos. (PRADO JR., 2000)

No relatório sobre El Salvador, redigido em 1978, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos relaciona a vasta oferta de mão de obra e a desigual distribuição de terra à pobreza:

El exceso de la oferta de la mano de obra en el campo, junto con la baja productividad de las pequeñas propiedades rurales, contribuyeron a los escasos ingresos del campesinado. Por otra parte, indicó que la dispareja distribución de la tierra y el énfasis en la exportación de los productos agrícolas incidieron en la pobreza que vive una gran parte de la población.<sup>9</sup> (CIDH, 1978, *online*)

Essa dinâmica afronta o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo De San Salvador), no qual estão inscritos o direito ao trabalho, “...o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita” (artigo 6, § 1º), bem como a condições justas, equitativas e satisfatórias, que englobam: remuneração que lhe propicie uma vida digna (artigo 7, alínea a); possibilidade de trabalhar de acordo com as vocações (artigo 7, alínea b); limite adequado da quantidade de horas de trabalho (artigo 7, alínea g); descanso e férias (artigo 7, alínea h).

Por ocasião do relatório sobre o Brasil, a Comissão destaca situação ainda mais grave: os trabalhos forçados e a servidão. Elucidando, narra que as pessoas, sob a promessa de trabalho, são recrutadas em locais com elevados índices de extrema pobreza e levadas a outros estados. Chegando ao local de trabalho, são surpreendidas com trabalhos mais pesados que o prometido, salários menores, condições de trabalho insalubres, e, por vezes, são cobradas pelo transporte, habitação e alimentação, tornando-se devedoras dos fazendeiros, podendo deixar a fazenda somente após a quitação integral da dívida, que cresce de maneira desproporcional, impossibilitando o pagamento. (CIDH, 1997)

A falta de acesso à terra também afeta o direito à moradia, que é uma das necessidades mais basilares do ser humano e a melhor forma de garanti-la aos trabalhadores do campo é propiciando possibilidades de que sejam proprietários da terra em que trabalham (DALLARI, 2004).

Quanto ao direito à moradia, apesar de não inscrito explicitamente no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e

---

<sup>9</sup> O excesso de oferta de trabalho no campo, juntamente com a baixa produtividade de pequenas propriedades rurais, contribuiu para a baixa renda do campesinato. Por outro lado, indicou que a distribuição desigual da terra e a ênfase na exportação de produtos agrícolas afetavam a pobreza vivida por grande parte da população. (tradução nossa)

Culturais, defende-se, aqui, que se encontra implícito em alguns de seus dispositivos, por exemplo, quando preceitua que o trabalhador deve auferir remuneração que lhe propicie vida digna (artigo 6, § 1º), afinal, uma vida digna pressupõe moradia; ou quando defende o direito de proteção à família (artigo 15), pois como garantir a proteção de uma família que não tem habitação? Além disso, é um direito garantido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>10</sup>.

Outro conectado ao acesso à terra é o direito à alimentação, inscrito no artigo 12 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>11</sup> A carência de alimentação que resulta na fome parece ser a face mais rigorosa da pobreza. Nesse seguimento:

O conceito de fome, no Brasil, utilizado por diferentes setores da população, abarca desde aquela sensação fisiológica ligada à vontade de comer, conhecida de todos nós, até as formas mais brutais de violentação do ser humano, ligadas à pobreza e à exclusão social. Ver os filhos passarem fome é passar fome. Comer lixo é passar fome. Comer o resto do prato dos outros é passar fome. Passar dias sem comer é passar fome. Comer uma vez por dia é passar fome. Ter que se humilhar para receber uma cesta básica é passar fome. Trocar a dignidade por comida é passar fome. Ter medo de passar fome é estar cativo da fome. Estar desnutrido também é passar fome, mesmo que a causa principal não seja falta de alimento. (VALENTE, 2003, p. 56-57)

Sublinhe-se que a satisfação do direito à alimentação adequada vai além da disponibilidade de alimentos e engloba, dentre outros fatores, a oportunidade de que todos, por meio do trabalho no campo ou na cidade, possam suprir suas necessidades alimentares e as de sua família de maneira digna. (VALENTE, 2003)

Considerando a integralidade e a interdependência, aos mencionados, poderíamos ainda acrescentar, a título de exemplo: o direito à saúde, bastante correlacionado à alimentação adequada; o direito à proteção da família, que requer a satisfação dos direitos à moradia, trabalho etc.; e ao meio ambiente sadio, que é prejudicado pela desigualdade, de que provêm os latifúndios e monoculturas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elevados índices de pobreza e desigualdade, que há alguns anos passaram a ser compreendidos a partir da perspectiva dos direitos humanos, são características comuns dos países latino-americanos e têm como uma de suas fontes a desigual distribuição de terras, que produz, por um lado, grandes latifundiários e, por outro, uma camada de camponeses desprovidos de terra, trabalho, moradia etc.

A falta de acesso à terra vulnera os direitos econômicos e sociais, bem como os direitos civis e políticos, considerando as perspectivas da interdependência e inter-relação sob as quais

---

<sup>10</sup> ARTIGO 11 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

<sup>11</sup> Artigo 12 Direito à alimentação 1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.

devem ser compreendidos. E, nesse aspecto, o caso apresentado por este texto e julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos é bastante ilustrativo, demonstrando a situação de fragilidade aos diversos direitos a que os trabalhadores rurais estavam submetidos.

A desigualdade de acesso à terra foi sendo construída e mantida ao longo da história e persiste nos dias atuais. Exemplo disso é a ostensiva proteção do direito à propriedade frente aos direitos sociais visível na previsão de liminar de reintegração de posse sem oitiva da parte contrária, prevista entre as regras processuais civis. Nesse contexto, entretanto, é fundamental considerar que os direitos humanos são regidos pelo princípio *pro homine*, segundo o qual, em caso de conflito entre normas, deve prevalecer aquela que confira maior proteção ao ser humano e à sua dignidade.

O Brasil tem um longo caminho a percorrer quando se trata de respeito aos direitos humanos e a reforma agrária, tão perseguida por movimentos sociais, seria um passo fundamental nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Xênia de Castro; LIMA, Tiago Lins de. Sob jura de sangue: os massacres de Corumbiara e a luta pela terra em Rondônia. **Tempos Históricos**, Paraná, vol 22, n. 2, p. 132-160, 2018. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/20577>. Acesso em: 10 nov 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). La propiedad de la tierra rural y los derechos humanos de los trabajadores rurales. *In: Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. 1997. Disponível em: <[http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo\\_7.htm](http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_7.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Informe nº 32/04**. Caso 11.556. Fondo Corumbiara x Brasil. 11 de março de 2004. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11556.htm#\\_ftn4](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11556.htm#_ftn4)>. Acesso em: 08 nov. 2019

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Relatório 77/98**. Caso 11.556 Corumbiará x Brasil. 25 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Admisibilidad/Brasil11.556.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Derechos Económicos y Sociales. *In: Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador*. 1978. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador78sp/indice.htm>. Acesso em: 08 nov 2019.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA – CPT. **Conflitos no campo Brasil**. 1995. Goiânia, 1996. Disponível em: <https://cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/255-conflitos-no-campo-brasil-1995?Itemid=0>. Acesso em: 15 nov 2019.

COSTA, André Luiz. Aspectos cronológicos da função social da propriedade. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 2, n. 2, 28 maio 2014. Disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/133>. Acesso em: 12 nov 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

GILBERT, Jérémie. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, p. 121-143,

2013. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur18-port-completa.pdf>. Acesso em: 15 nov 2019.

GOMES, Dianaura Godinho Pimentel. Os direitos sociais no âmbito do sistema internacional de normas de proteção dos direitos humanos e seu impacto no direito brasileiro: problemas e perspectivas. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 79-102, 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/97621>. Acesso em: 08 nov 2019.

MESQUITA, Helena Angélica de. A LUTA PELA TERRA NO PAÍS DO LATIFÚNDIO: quando um conflito por terra se torna um massacre contra trabalhadores. Rondônia, 1995. **Campo - Território: Revista de Geografia Agrária**, Uberlândia, v. 3, n. 6, p. 109-124, 2008. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/campoterritorio/article/view/11868>. Acesso em: 05 nov 2019.

MESQUITA, Helena Angélica de. A luta pela terra no país do latifúndio: o massacre de Corumbiara/Rondônia. Goiânia: FUNAPE/DEPECAC/UFG, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XdwSXuhKjIU>. Acesso em: 10 nov 2019.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos IUS Commune Sul-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n 4, p. 102-139, 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/28340>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PRADO JR. Caio. **A questão agrária no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

OXFAM BRASIL. **Terrenos da desigualdade Terra, agricultura e desigualdades no brasil rural**. Brasil, 2016. Disponível em: <https://oxfam.org.br/publicacao/terrenos-da-desigualdade-terra-agricultura-e-desigualdade-no-brasil-rural/>. Acesso em: 12 nov 2019.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saude soc.**, São Paulo , v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902003000100008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902003000100008&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 12 nov 2019.

# A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA E A POLÍTICA EXTERNA NORTE AMERICANA DE DONALD TRUMP PARA A AMÉRICA

**Bárbara de Abreu Oliveira**

Graduada em Relações Internacionais (UFU). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UFPE).

**Jayme Benvenuto Lima Junior**

Doutor em Direito (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Direitos Humanos (UFPE).

## INTRODUÇÃO

Situada na América Latina, a República Bolivariana da Venezuela é entendida como um dos Estados mais consolidados quando se trata do poder petrolífero. Nos anos de 1970, a Venezuela exerceu grande influência no cenário internacional justamente por ser considerada a maior potência detentora de petróleo na América Latina, participando inclusive, como país membro da OPEP em conjunto com as nações árabes. Mais tarde, em 1977, o país ocupava o terceiro lugar no ranking entre os maiores produtores de petróleo do mundo, ficando atrás apenas da Arábia Saudita e Irã.

Estabelecida com um padrão econômico bem difuso em comparação aos demais países da América Latina, o país vivenciou um grande desenvolvimento em relação à sua política externa, principalmente quando se trata da abertura para novos parceiros comerciais, como a potência norte-americana. Considerado como um dos principais importadores de petróleo venezuelano, os Estados Unidos da América desempenham um grande papel na agenda do país em termos comerciais. Com o aumento no número de exportações, a Venezuela logo se viu inserida em uma crise econômica e mundial, tendo que adotar a liberação de câmbio como principal manobra para amenizar os prejuízos.

À medida que demandas internas surgiam, do final dos anos de 1989 até os anos atuais, a Venezuela se viu imersa em novos ciclos políticos marcados por crises de governabilidade, manifestações sociais e políticas, incluindo golpes de Estado. Com a morte do Presidente Hugo Chávez em 2013, o Vice-Presidente Nicolás Maduro assumiu o exercício da Presidência se mantendo até hoje no cargo. Passados 20 anos, a crise venezuelana ainda assombra o país, resultando em uma grande instabilidade interna. Além disso, recentemente, o país vem transmitindo uma certa preocupação no cenário internacional quando se trata das violações dos Direitos Humanos do povo venezuelano e da crise econômica, que envolve impasses com a potência americana em vista do petróleo.

A grande dependência sob os países desenvolvidos, principalmente os Estados Unidos, resultou em uma crise vivenciada até nos dias de hoje pelo povo venezuelano. Com o grande fluxo de exportação e o baixo preço do petróleo, o país se viu obrigado a importar produtos de primeira necessidade, o que agravou ainda mais a situação da população venezuelana, se transformando em uma grande crise humanitária e migratória.

A política adotada pelo Presidente Donald Trump em relação à Venezuela exclui totalmente as bases fundamentais dos Direitos Humanos e da democracia. Sendo assim, o principal problema de pesquisa deste trabalho constitui explicar a influência e o papel que o sistema ocidental desenvolve em países por eles controlados, especialmente quando se trata da relação dos Estados Unidos e Venezuela.

Por meio de uma pesquisa qualitativa, os autores deste estudo optaram por utilizar o método de levantamento bibliográfico a fim de compreender os principais pontos da atuação estadunidense na América Latina e o posteriormente o desencadeamento de uma crise democrática na Venezuela, partindo da hipótese de que a política externa norte-americana sobre a Venezuela é fundamentada tanto em pilares de interesses econômicos, quanto políticos e estratégicos.

Sendo assim, este estudo foi estruturado em quatro partes, incluindo esta introdução e as considerações finais. Na primeira seção, buscou-se apresentar aspectos em relação a ocidentalização dos países latinos. Já a segunda parte, foram elencados os principais fatores que propiciaram a grande crise humanitária que aflora na Venezuela nos dias de hoje, o que consequentemente resultou em incontáveis violações maciças dos Direitos Humanos.

Por se tratar de uma pesquisa atual e delicada que envolve aspectos econômicos, políticos e sociais, a escolha desta temática se justifica por simbolizar um estudo em ascensão no contexto internacional. Com a crise, muitos venezuelanos deixaram seu país de origem para buscar melhores condições de vida, e com a ascensão nos fluxos migratórios, o Brasil exerce um papel de país pioneiro na América Latina ao adotar leis que recebam os refugiados e por proporcionar ajuda humanitária a população.

## **O DESVANECIMENTO DO OCIDENTE E A OCIDENTALIZAÇÃO DA AMÉRICA LATINA**

O esforço teórico de Samuel Huntington para compreender o mundo pós-guerra fria<sup>1</sup> deu margem a muitas interpretações, tanto em relação ao que está claramente exposto em seus trabalhos, quanto com relação às possíveis intenções ocultas. Nas palavras do autor, no prefácio do livro que se seguiu ao artigo original, de 1998, a busca por entender a diversidade cultural do mundo como elemento central da política externa causou reações e comentários que deixaram as pessoas “impressionadas, intrigadas, indignadas, amedrontadas ou perplexas por meu argumento de que a dimensão central e mais perigosa da política mundial que estava emergindo seria o conflito entre grupos de civilizações diferentes.” (HUNTINGTON, 1998, p. XV).

A tese de Huntington é a de que o mundo está organizado em nove grandes civilizações - a Ocidental, a Japonesa, a Budista, a Latino-americana, a Ortodoxa, a Hindu, a Sínica, a Islâmica e a Africana. Embora relacionando e chamando a atenção para o conjunto de civilizações do mundo, é evidente a visão do autor em defesa dos valores ocidentais. O Ocidente é descrito como a civilização que reuniu as condições para dominar o mundo “por sua superioridade em aplicar a violência organizada.” A integração política e econômica do mundo, nos tempos atuais, seria obra do Ocidente, que passara a controlar o planeta por meio do Direito Internacional “oriundo da tradição de Grotius.”, produzindo um “sistema ocidental westfaliano de Estados-nações soberanos porém civilizados e dos territórios coloniais por eles controlados.” (HUNTINGTON, 1998, p. 59)

Contrariamente ao que expunha Francis Fukuyama, para quem os direitos humanos, a democracia liberal e a economia capitalista de livre mercado haviam se tornado a única alternativa ideológica após o fim da Guerra Fria, Huntington trabalha com a hipótese de que a fonte fundamental de conflitos no mundo atual não será principalmente ideológica ou econômica. A fonte dominante de conflitos será cultural. Os Estados-nações continuarão a ser os atores mais poderosos no cenário mundial, mas os principais conflitos da política global ocorrerão entre países e grupos de diferentes civilizações. O choque de civilizações dominará a política global.

---

<sup>1</sup> O artigo *The Clash of Civilizations?* foi publicado originalmente na revista *Foreign Affairs*, em 1993. Posteriormente, deu origem ao livro *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*.

Para fins deste artigo, o que mais nos interessa é a imagem construída por Huntington de que o Ocidente estaria se desvanecendo, o que deveria orientar uma reação, caso o Ocidente não queira ser deixado para trás por outras civilizações. É evidente, em sua argumentação, o medo da perda de poder para os países do Oriente, sobretudo a China.

O poder econômico está se deslocando rapidamente para a Ásia Oriental e o poder militar e a influência política estão começando a ir pelo mesmo caminho. (...) Está se evaporando rapidamente a disposição de outras sociedades de aceitar os ditames do Ocidente ou de acatar seus sermões, bem como a autoconfiança e a vontade de dominar do Ocidente. (...) Os aumentos de poder mais significativos estão se dando e continuarão a se dar nas civilizações asiáticas, com a China emergindo gradualmente como a sociedade com maior probabilidade de desafiar o Ocidente pela influência mundial. (HUNTINGTON, 1998, p. 108).

Observe-se, na citação acima, a ênfase dada pelo autor ao desafio chinês em relação ao Ocidente e à probabilidade de sua força seja persistente. O desvanecimento do Ocidente poderia ser sentido nos aspectos econômico, militar, político e cultural. No aspecto militar,

Muitas sociedades não ocidentais possuem armas nucleares (Rússia, China, Índia, Paquistão, e, provavelmente, Coreia do Norte), vêm desenvolvendo grandes esforços para obtê-la (Irã, Irque, Líbia e, possivelmente, Argélia), ou estão se colocando em posição para obtê-las rapidamente caso vejam necessidade disso (Japão) (HUNTINGTON, 1998, p. 112).

Além de as sociedades não-ocidentais estarem se tornando mais saudáveis, mais urbanizadas, mas alfabetizadas, mesmo mais instruídas, elas exerceriam cada vez mais influência cultural sobre a sociedade Ocidental. “À medida que sociedades não-ocidentais aumentam sua capacidade econômica, militar e política, elas cada vez mais trombeteiam as virtudes de seus valores, instituições e cultura.” Ao mesmo tempo em que as culturas não ocidentais aumentam em população nos seus lugares de origem, movimentam-se em direção ao Ocidente, numa alegada ameaça de contaminação dos valores ocidentais.

A proporção de imigrantes no total da população atingiu de sete a oito por cento nos principais países europeus. Nos Estados Unidos, os imigrantes constituíram 8,7 por cento da população em 1994, o dobro de 1970, e compunham 25 por cento da população da Califórnia e 16 por cento da de Nova York (HUNTINGTON, 1998, p. 249).

A ameaça vinda do Oriente é o ponto nevrálgico da teoria de Huntington, que certamente vem exercendo influência sobre vastos setores políticos e militares do Ocidente e seus satélites. Afinal, o “ressurgimento Islâmico e o dinamismo econômico da Ásia demonstram que outras civilizações estão vivas e atuantes e, pelo menos em termos potenciais, constituindo uma ameaça para o Ocidente.” (HUNTINGTON, 1998, p. 384).

Huntington aponta três características principais para o declínio do Ocidente. A primeira é de que se trata de um processo lento. A segunda é de que o declínio não segue um linha reta, mas irregular, com pausas, inversões e reafirmações do poderio ocidental. Enquanto que a terceira característica assinala a possibilidade de que uma pessoa ou um grupo altere o comportamento de outra pessoa ou grupo (HUNTINGTON, 1998, p. 112).

O comportamento pode ser mudado por meio de indução, coerção ou exortação, que exige que quem detém o poder possua recursos econômicos, institucionais, demográficos, políticos, tecnológicos, sociais ou de outro tipo. O poder de um estado ou de um grupo é, por conseguinte, normalmente avaliado medindo-se os recursos de que dispõe contra os de que dispõem os outros Estados ou grupos que ele está tentando influenciar.

A única possibilidade de o ocidente superar sua crise de desvanecimento seria incorporando à sua base cultural a cultura latino-americana, aquela tida como a que mais se aproxima da Ocidental. Huntington apregoa explicitamente que para preservar a sociedade ocidental ante um poderio ocidental em declínio que os Estados Unidos e a Europa estimulem “a ocidentalização da América Latina e, no máximo que for possível, um estreito alinhamento dos países latino-americanos com o Ocidente.” (HUNTINGTON, 1998, p. 397).

Os autores deste artigo trabalhamos com a ideia de que a leitura feita de Huntington por setores conservadores na Europa, nos Estados Unidos e na América Latina têm levado a uma reação, articulada a valores políticos, religiosos e militares. Por outro lado, a ideia segundo a qual a democracia seria compatível com modos diferentes de vida, como aqueles vigentes em países asiáticos, fez ressurgir movimentos anti-iluministas no Ocidente que comungam dos valores expostos por países e nações consideradas conservadoras em termos culturais e liberais em termos econômicos. Um exemplo dado por Huntington é o de Singapura, cujo Livro Branco definiu os valores compartilhados pelos nacionais do país como sendo “A nação antes da comunidade (étnica) e a sociedade acima do indivíduo; A Família como a unidade básica da sociedade; Respeito pelo indivíduo e apoio da comunidade a ele; Consenso em vez de contestação; Harmonia racial e religiosa.” (HUNTINGTON, 1998, p. 397).

Nessa linha de pensamento, a investida do governo Donald Trump em relação à Venezuela nada tem de comprometimento com a defesa dos direitos humanos ou da democracia. Além do interesse no controle do petróleo, os Estados Unidos, agora unidos a setores organizados e desorganizados nos ambientes virtuais da web, estariam mesmo é interessado em ocidentalizar a América Latina. Tais esforços acontecem, com base em argumentos relacionados à ameaça do comunismo, defesa de valores cristãos e armamentismo, em graus variados, em toda a América Latina, especialmente em países densamente povoados, como o México, o Brasil, o Peru e a Argentina.

Em que pesem os erros de governantes como Nicolás Maduro, na Venezuela, ou Evo Morales, na Bolívia, a América Latina está sob o ataque de conservadores por sua ocidentalização. Posto isto, a próxima seção deste estudo buscou apresentar as principais causas da crise humanitária no país.

## **A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA**

No ano de 1958 foi adotado na República Bolivariana da Venezuela o plano político de *Punto Fijo*, no qual tinha como princípios promover a democracia e resguardar o país de futuros golpes de Estado. Nas palavras de AMORIM NETO (2002, p. 254), o sistema “estipulava que seus signatários se comprometeriam a respeitar o resultado da eleição fosse qual fosse o vencedor, a estabelecer consultas inter-particárias em questões delicadas e partilhar cargos e responsabilidade política”.

Em dezembro de 1988, sob a gestão de Carlos Andrés Pérez (1989-1993), a Venezuela se firmou como uma grande nação no cenário internacional devido seu grande poderio petrolífero, onde dividiu o ranking com as principais potências detentoras de petróleo e se firmou com destaque na OPEP. Todo esse poderio concedeu ao Presidente Pérez a construção de uma boa imagem devido à conjuntura econômica que a nação se encontrava inserida.

Com o tempo, apenas a imagem não foi o suficiente para se manter no poder, e isso fez com que o Presidente abrisse mão de seu discurso nacionalista e adotasse uma política neoliberal proposta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). O resultado foi mais uma crise de



governabilidade marcada com “privatizações, desvalorização da moeda, reforma tributária, desregulamentação e a redução de tarifas [...]” (ALCOFORADO, 2019, p. 01).

Vários acontecimentos somaram para a queda do Pacto de *Punto Fijo*, como a famigerada revolta de *Caracazo* que resultou em diversas violações de Direitos Humanos, na qual resultou em um total de aproximadamente 400 mortes. Além da fragilidade institucional, em 1992, o governo foi surpreendido com o Golpe de Estado liderado pelo coronel Hugo Chávez, ora visto como um ato falho, mas que posteriormente serviu de impulso para a concretização da popularidade de Hugo Chávez que o manteve no governo por 14 anos.

No mesmo ano, no dia 27 de novembro de 1992, o governo sofreu outro Golpe de Estado, dessa vez conduzido por civis das Forças Armadas. Com o fim do sistema de *Punto Fijo*, Pérez sofreu um impeachment e a Venezuela passou a ser governada por Ramón Velásquez, que permaneceu no governo por apenas oito meses e foi responsável pelas próximas eleições, que concedeu à Rafael Caldera Rodrigues o exercício da presidência.

À medida que o tempo se passava, a Venezuela se consolidou em uma crise econômica, política e social. Por mais que reformas de cunho neoliberal com base nos preceitos norte-americanos foram adotadas, não foram o sufi ente para conter o desequilíbrio no Estado. No ano de 1998, ao ser anistiado pelo Presidente Caldera, Hugo Chávez retornou à vida política anunciando sua candidatura à presidência.

Conforme Do Carmo (2013, p. 08) aponta, “se por um lado, a vitória de Chávez serviu para desmobilizar o golpismo, por outro, não diminuiu a radicalização do discurso oposicionista que denuncia o resultado do referendo e das eleições subsequentes”. Sendo assim, a postura do governo chavista se baseou no

discurso nacionalista para um crescentemente socialista e vinculado ao fortalecimento da sociedade organizada nos conselhos comunais como base para democracia direta. [...] isso significou uma ampliação do papel do Estado na economia e uma crescente estatização de empresas em diferentes setores (DO CARMO, 2013, p. 08).

No que tange as políticas públicas voltadas para a população venezuelana, nos primeiros anos de seu mandato, foi implantado reformas que visavam principalmente a classe social mais baixa do país. Tais atuações propiciaram o acesso a serviços básicos que toda nação tende a oferecer, como serviço de saúde, educação fundamental, incluindo o ensino profissionalizante, todos até então subsidiados pelo governo federal. Melhorias como estas, possibilitam que o índice de desigualdade diminuísse e que a distribuição de renda aumentasse efetivamente.

[...] cerca de 1 milhão a mais de crianças foram matriculadas na escola primária desde que o líder bolivariano chegou ao poder. Em 2003 e 2004, Chávez lançou campanhas sociais e econômicas convertidas em aulas gratuitas de leitura, escrita e aritmética para os mais de 1,5 milhão de analfabetos adultos venezuelanos. Este conjunto de medidas trouxe, segundo levantamentos realizados, resultados como o crescimento em 150% da renda familiar dos mais pobres, entre 2003 e 2006, e a redução da taxa de mortalidade infantil em 18%, entre 1998 e 2006 (CATHCART, 2018, p. 44).

Já nos parâmetros da política externa venezuelana, Chávez buscou expandir a relação comercial com demais países, o que resultou na exportação do petróleo venezuelano para vários locais no globo, principalmente para os Estados Unidos, consagrado como o maior parceiro importador de petróleo da Venezuela. Durante esses anos da gestão de Hugo Chávez, as transações comerciais entre os dois países sofreram certo distanciamento e enquanto isso, a Venezuela utilizou-se do momento para intensificar sua relação com outros países, como foi o caso da China e Brasil.

Em meio a tantas divergências, se o anseio do Presidente Hugo Chávez era de mudar o modelo econômico da Venezuela, o ato foi falho. Se por um lado a nação se manteve capitalista, por outro, inúmeras políticas sociais foram aplicadas à população venezuelana com recursos advindos da extração do petróleo.

Por mais que o governo tenha tentado vincular as políticas sociais a novas formas de organização da produção e a construção de um novo modelo econômico, ao fim, os resultados foram decepcionantes. Entretanto, do ponto de vista cidadão venezuelano, anteriormente marginalizado e ignorado pelo Estado, as políticas são bem-sucedidas, porque se as políticas são insuficientes para fazer a revolução no modo de produção, são suficientes para mudar, ao menos conjunturalmente, a vida do indivíduo e sua família. E mais, na medida em que há um estímulo para organização social e política dos indivíduos nos conselhos comunais, eles são reconhecidos como atores políticos e participantes do processo decisório das políticas públicas. Muitas delas definidas e executadas pelos próprios conselhos comunais de forma direta (DO CARMO, 2013, p. 10).

Dia após dia, a economia petrolífera adotou uma trajetória decadente na Venezuela, o que acirrou ainda mais a situação financeira do país. Além disso, a dívida externa do país culminou para elevação de juros, cujas consequências internas recaíram com peso na população mais pobre do país (CARDOSO, 2014).

Com o passar do tempo, a governabilidade de Hugo Chávez decaía ainda mais, sem contar com as suposições sobre a saúde do presidente, que sofria de um câncer. Ciente de seu estado de saúde e com receio de que seu legado fosse interrompido, Nicolás Maduro Moros foi a escolha de Chávez como o próximo Presidente da Venezuela.

No dia 14 de abril de 2013, Nicolás Maduro tomou posse do exercício da Presidência da Venezuela. A ascensão do poder por Maduro no âmbito internacional foi considerada satisfatória por países que se consolidaram com o bolivarianismo e para os demais, o receio sobre os rumos que a democracia de Maduro pairou-se no cenário internacional. Além disso, muitos da oposição acreditam no preceito de que a eleição de Maduro não passou de uma fraude (AZEVEDO, SIMILI, 2019).

Em seu mandato, priorizou-se dar seguimento ao que Chávez seguia, como “a continuidade da implantação do socialismo na Venezuela, o aumento da produção do petróleo, a erradicação da miséria e a criação de outros polos produtivos nacionalizados”. Porém a situação atual da Venezuela não permitia que tais ações fossem desenvolvidas. O país pairava sob a “escassez de produtos básicos de subsistência, crise no setor elétrico, inflação alta, desvalorização do câmbio e queda no PIB”, sem contar nas medidas intervencionistas adotada pelo Presidente, que contribuiu ainda mais com a instabilidade do país (CALIXTO; MÈRCHER, 2018, p. 10).

A crise econômica-política que deriva dos governos instaurados muito antes do mandato de Hugo Chávez acabou por gerar uma grande crise social e humanitária. Com a adoção de políticas de cunho intervencionistas, mais a desvalorização do petróleo venezuelano, contribuíram ainda mais para a escassez de produtos de necessidade básica, como alimentos, medicamentos e até produtos de higiene básica, incluindo a falta de energia no país (CALIXTO; MÈRCHER, 2018).

Conforme o estudo apresentado pela Human Rights Watch, o nível da desnutrição aumentou cerca de 10% entre os anos de 2014 e 2016. Além disso, “aproximadamente 8,2 milhões de venezuelanos realizam duas ou menos refeições ao dia” e “6 em cada 10 venezuelanos perderam, em média, 11kg em 2017”. Fatores como estes fizeram que o índice de mortalidade passasse para 65% em 2016.

Vivendo em condições extremas de pobreza, o povo venezuelano não teve outra saída a não ser abandonar seu país de origem. No cenário internacional, o ano de 2018 serviu de palco

para os inúmeros noticiários que abordavam as violações de Direitos Humanos e as dificuldades enfrentadas pelo povo para sobreviverem. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), o número de refugiados e migrantes advindos da Venezuela chegou a ultrapassar 4 milhões de pessoas (ACNUR, 2019).

Além de buscarem refúgio nos países vizinhos da América Latina, muitos cidadãos venezuelanos atravessavam a fronteira apenas para comprar mantimentos de necessidade básica, como comida. Uma das ações tomadas por Maduro em relação a isto, se deu pelo fechamento da fronteira da Venezuela com o Brasil. Após a aceitação de outros países pela autoproclamação de Juan Guaidó, ao fechar as fronteiras, o Presidente também suspendeu a ajuda humanitária oferecida pelos países, incluindo a ajuda norte-americana (G1 GLOBO, 2019). Em paralelo a ajuda humanitária, apesar da mesma ter uma justificativa plausível,

[...] é muito difícil o seu real procedimento, já que o Conselho de Segurança da ONU possui cinco países com direito a veto que são detentores de interesses totalmente diversos. Assim, pensar que Estados Unidos, Rússia, China, Reino Unido e França terão posicionamentos semelhantes no caso venezuelano se mostra praticamente uma utopia, já que por questões até mesmo históricas convivem com ideologias muito fortes (AZEVEDO; SIMILI, 2019, p. 56).

Atualmente, o Brasil é considerado um dos países que mais tem recebido migrantes e refugiados venezuelanos na América Latina, conforme Martini (2019, p. 92) apresenta,

A acolhida surge como uma ferramenta legislativa para o amparo de pessoas que também tem a dignidade atingida ou temem por sua vida no Estado de origem, não apenas nos casos de conflitos armados, mas em situações humanitárias que não permitem a existência digna de um indivíduo e sua família.

Em termos de instabilidade, a recente crise humanitária na Venezuela representou um dos maiores desequilíbrios internos já vistos na Venezuela. A violação maciça dos Direitos Humanos dos cidadãos é estampada facilmente pela falta de condições básicas que todo ser humano em uma sociedade democrática tem direito à uma vida digna, conforme a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 estabelece no art. 25:

I. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. II. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Mesmo assim, a violação dos Direitos Humanos não se baseia somente na escassez de alimentos e na falta da condição básica na sobrevivência, pelo contrário, as ações tomadas pelo governo de Nicolás Maduro resultou na censura de alguns canais midiáticos da imprensa doméstica, sem contar nas repressões do governo sob a população nas manifestações em busca de melhores condições de vida (OLIVEIRA; BARCELLOS, 2014). Conforme (2019, p.53) destaca:

[...] a Venezuela se faz membro do Conselho de Direitos Humanos e tem, portanto, o dever de defender os direitos humanos, sendo que se vê o contrário, pessoas passando fome, sem assistência médica e remédio escassos, crise financeira alta.

Atualmente, Maduro se mantém no poder até hoje, tendo vencido as últimas eleições em maio de 2018. Nas palavras de ALCOFORADO (2018, p. 03),

Para se manter no poder, Nicolás Maduro prende opositores ao chavismo, reprime com violência as manifestações das forças de oposição, utiliza as milícias bolivarianas para, com o uso da violência, atacar seus opositores, implantou um regime de exceção similar ao estado de sítio para manter a ordem, além de esvaziar a Assembleia Nacional de

oposição ao governo com a convocação de nova Assembleia Constituinte. A situação caótica da Venezuela demonstra que o chavismo fracassou com o projeto de sociedade porque, economicamente, não conseguiu gerir a economia no sentido de atender os interesses de toda a sociedade [...].

Conforme aponta Azevedo e Simili (2019, p. 57), nos ideais do Direito Internacional Público, uma operação de cunho internacional não seria facilmente instaurada,

[...] a operação internacional que poderia ser promovida pelo CSNU mostra-se de difícil execução, assim, o modo que se apresenta como mais viável para a solução do problema venezuelano é a intervenção humanitária que tem seu ato exercido sem a aprovação do Conselho de Segurança da ONU. Essa intervenção pode ser compreendida como legítima, de modo que os países não têm a obrigação de aceitar a decisão da ONU para a solução de um conflito mundial, aceitando de “braços cruzados” todos os desrespeitos e atrocidades cometidas contra a população do país que passa pelo problema”.

Posto isto, atualmente, uma das soluções mais viáveis para tentar sanar as violações de Direitos Humanos que marca a história do povo venezuelano seria por meio dos preceitos colocado pelo Direito Internacional Público, e principalmente da cooperação entre as demais potências.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ano de 1989 simbolizou para a Venezuela um novo ciclo político através da ascensão do Presidente Carlos Andrés Pérez, da *Acción Democrática*. Ao inaugurar um modelo econômico delimitado com base no Fundo Monetário Internacional (FMI), o governo se viu de frente a um momento impopular, seguido de incontáveis manifestações.

Após uma manobra falha, o tenente-coronel Hugo Chávez aplicou um golpe de estado e ao mesmo tempo desfrutou de uma grande popularidade entre os venezuelanos, que resultou em sua posterior eleição em 1998. Frente às grandes transformações tanto no âmbito interno quanto na política externa do país, foi neste momento que o governo de Chávez se encontrou inserido em diversos impasses com a potência norte-americana. Devido às grandes importações de petróleo para os Estados Unidos, a Venezuela se viu diante a uma crise econômica e social que assombra o país até hoje. Com a morte de Chávez em 2013, a presidência venezuelana foi atribuída ao então Presidente Nicolás Maduro.

Sendo assim, os autores deste artigo buscaram apresentar as principais consequências que uma sociedade estabelecida sob os preceitos ocidentais pode enfrentar. A relação norte-americana com os países venezuelanos é clara, se funde em interessantes tanto econômicos quanto políticos. Além disso, buscou se apresentar de forma breve os principais aspectos responsáveis pela a atual crise venezuelana.

Firmada sob preceitos neoliberais, atualmente a Venezuela enfrenta uma das maiores crises já vivenciada em seu país. A violação dos Direitos Humanos tomou conta da relação entre o governo e o povo, resultando assim em aproximadamente 4 milhões de refugiados e migrantes devido à escassez de produtos básicos que garantem a sobrevivência de um ser humano, sem contar com as vítimas resultantes das manifestações sociais.

Portanto, conclui-se que, que é de suma importância que as nações do globo concretizem planos e ações por meio da cooperação internacional visando a defesa e a promoção dos Direitos Humanos do povo venezuelano, que sofrem cada dia mais com a falta de uma vida digna e com a violência estampada pelo governo de Nicolás Maduro.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Número de refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 4 milhões, segundo o ACNUR e a OIM.** 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2019/06/07/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-ultrapassa-4-milhoes-segundo-o-acnur-e-a-oim/>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ALCOFORADO, Fernando. **Cenários da Crise na Venezuela.** 2019. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38247328/CEN%C3%81RIOS\\_DA\\_CRISE\\_NA\\_VENEZUELA.pdf](https://www.academia.edu/38247328/CEN%C3%81RIOS_DA_CRISE_NA_VENEZUELA.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2019.

AMORIM NETO, Octavio. De João Goulart a Hugo Chávez: A política venezuelana à luz da experiência brasileira. **Opin. Publica** [online]. 2002, vol.8, n.2, pp.251-274. ISSN 0104-6276. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/op/v8n2/14880.pdf>>. Acesso em: 14 de set. 2019.

AZEVEDO, Cleber Homem; SIMILI, Ricardo Penido Reis. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A CRISE HUMANITÁRIA VENEZUELANA. **Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior**, v. 11, n. 2, p. 17-17, 2019. Disponível em: <<https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/718>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

CARDOSO, Eliel Waldvogel. A Venezuela de Hugo Chávez (1999-2013). **Qualis Sumaré- Revista Acadêmica Eletrônica**, v.10, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://revistaqualis.sumare.edu.br/index.php/revista/article/view/40>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CATHCART, Gustavo et al. **O petróleo e a crise venezuelana a partir de 2013.** 2018. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/192944/Monografia%20Gustavo%20Cathcart.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DO CARMO, Corival Alves. O CICLO ELEITORAL VENEZUELANO, 2012-2013: NOTAS SOBRE A CONJUNTURA. **Conjuntura Austral**, [S.l.], v. 4, n. 17, p. 4-26, maio 2013. ISSN 2178-8839. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ConjunturaAustral/article/view/39621>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

G1 GLOBO. **Venezuela fecha fronteira com o Brasil.** Por Alan Chaves, Valéria Cristina e Emily Costa. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/02/21/venezuela-fecha-fronteira-com-o-brasil.ghtml>>. Acesso em 30 de out. 2019.

HUMAN RIGHTS WACTH. **A crise Humanitária na Venezuela.** Disponível em: [https://fundacaoofhc.org.br/imagens/68/57/arq\\_16857.pdf](https://fundacaoofhc.org.br/imagens/68/57/arq_16857.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque das civilizações e a recomposição da nova ordem mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

MARTINI, Isabela Lins; SOLIA, Maria Paula Person. Crise de refugiados no Brasil. **Direito internacional e globalização econômica**, v. 5, n. 05, p. 84-103, 2019.

OLIVEIRA, Aline; BARCELLOS, Bruna Leal. A democracia no Governo de Nicolás Maduro. **Revista Vernáculo**, [S.l.], ago. 2014. ISSN 2317-4021. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/view/37177>>. Acesso em: 30 out. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rv.v0i33.37177>.

# UMA ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DAS REPERCUSSÕES DOS CASOS GOMES LUND E HERZOG NA DIMENSÃO MATERIAL DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

**Camilla Montanha de Lima**

Mestranda na linha Justiça e Direitos Humanos na América Latina no Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE)

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa trata da efetivação da dimensão material da justiça de transição brasileira a partir dos dois casos brasileiros envolvendo justiça de transição que foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e o caso Herzog e outros vs. Brasil, respectivamente em 2010 e 2018. Nesse sentido, serão avaliados os avanços e retrocessos no campo da consolidação da dimensão material da justiça de transição brasileira no período de quase uma década, compreendido entre 2010 e 2019.

O objetivo geral é refletir sobre a necessidade de revisão parcial da lei da anistia brasileira (lei nº 6683/1979), no que concerne à possibilidade de se processar e punir os agentes estatais perpetradores de crimes de lesa-humanidade, para que um eixo importante da justiça de transição seja consolidado. O objetivo específico compreende-se no delineamento da importância da eficácia das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para que o Brasil não só reveja parcialmente a lei da anistia nacional, como se desvincule de um provincianismo constitucional, na compreensão do transconstitucionalismo e dos diálogos constitucionais. Parte-se de uma abordagem sociológica do problema através do marco teórico da doutrina do Transconstitucionalismo de Marcelo Neves para através de um diálogo transconstitucional, entre o Estado brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), efetivar a dimensão de justiça propriamente dita da justiça de transição brasileira. Nesse ponto é feito um breve levantamento da jurisprudência consolidada do SIDH no que concerne à inconveniência de leis de autoanistias no contexto das ditaduras militares que assolaram a América Latina na segunda metade do século XX.

## **METODOLOGIA**

Adotou-se na metodologia uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental. A pesquisa é qualitativa, pois é através da leitura e interpretação da pesquisadora dos dados por ela analisados, é analítica pois envolve um estudo mais aprofundado dos conceitos básicos de justiça de transição, do transconstitucionalismo e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para explicar o contexto da dimensão material da justiça de transição brasileira. Também é uma pesquisa bibliográfica, pois utiliza-se de livros, artigos, dissertações e teses para delimitação da justiça de transição em seu aspecto material e a sua importância na consolidação de um regime democrático. Serão, então, analisados em âmbito documental, a jurisprudência e as resoluções do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no tocante ao assunto, sob a ótica do controle de convencionalidade.

## CONCEITOS BÁSICOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A justiça de transição, termo cunhado por Ruti Teitel (“justice in times of transition”) na década de 1990, foi conceituado como a justiça associada com períodos de mudança política, caracterizado por reações legais para confrontar as infrações do regime repressor

Para Paul von Zyl, a transição de um regime autoritário ou totalitário para uma democratização pode ser entendida como o esforço para construção da paz sustentável após um período de conflitos que acarretou em violência em massa, com graves violações sistemáticas aos direitos humanos (ZYL, 2011, p. 47)

O Centro Internacional para a Justiça de Transição ressalta que a justiça de transição não é uma forma especial de justiça, mas uma justiça adaptada às sociedades que se transformam a si mesmas depois de um período de violações generalizadas de direitos humanos, alguns casos essas transformações se sucedem logo após a saída do período autoritário, em outros, como no Brasil, tem lugar depois de muitas décadas (ICTJ, 2009)

Segundo o Conselho de Segurança das Organizações das Nações Unidas, a justiça de transição pode ser compreendida como

“O conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades” (ONU, 2004)

Nesse diapasão, Bruno Galindo (2015, p. 22) desenvolve de forma mais delimitada as estratégias já enunciadas, que podem também ser compreendidas o que implica na adoção de providências com os seguintes objetivos:

- esclarecimento da verdade histórica e judicial, dentre outras coisas com a abertura dos arquivos estatais do período de exceção; - instituição de espaços de memória (ex.: memorial do Holocausto, na Alemanha), para que as gerações presentes e futuras possam conhecer e compreender a gravidade do que ocorreu no período de exceção;
- reformas institucionais em relação aos serviços de segurança, adequando-os à pauta axiológica do Estado democrático de direito, bem como sedimentando nas instituições públicas uma cultura democrática e humanista;
- reparação dos danos às vítimas (indenizações, reabilitações etc.);
- realização da justiça propriamente dita, com a responsabilização em variados graus dos violadores dos direitos humanos. (sem grifos no original)

Esta última dimensão citada, também conhecida como dimensão material, é que será foco da pesquisa, não se quer desprezar as outras dimensões da justiça de transição, as outras de dimensões foram em alguma medida iniciadas suas implementações, a dimensão da justiça de transição no Brasil é que tem seu óbice de efetivação pela então vigência da lei da anistia, a lei nº 6.683/1979.

Faz-se uma breve referência às outras dimensões da justiça de transição brasileira e suas efetivações, ao menos seu início. A primeira medida reparatória no Brasil deu-se somente dez anos após o fim da ditadura militar, em 1995, com a Lei dos Desaparecidos Políticos, com a lei nº 9.140, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. A lei conferiu indenização financeira aos familiares de mortos e desaparecidos políticos e constituiu uma comissão permanente para buscar identificar e elucidar outros casos. Posteriormente, nos governos de Lula (2003-2010) e Dilma Rousseff (2011-2016), outras medidas foram adotadas, sendo a de maior impacto a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), que atuou entre os anos de 2012 e 2014.

Mas como enunciado, o presente trabalho analisa a dimensão de justiça propriamente dita, ou a sua ausência, na justiça de transição brasileira. Para sua análise é mister ressaltar que a problemática da não efetivação da dimensão material da justiça de transição brasileira dar-se pelo entendimento de ter como válida em sua completude a Lei nº 6.683/1979, também conhecida como “Lei da Anistia Brasileira”, que anistiou não só indivíduos que tinham posicionamento contrário ao regime militar brasileiro, mas também os agentes estatais que praticaram atos entendidos como crimes contra a humanidade no período em questão.

A parte mais controversa e que é alvo de maiores questionamentos envolvendo a Lei nº 6.683 (BRASIL, 1979) encontra-se no parágrafo primeiro do seu artigo 1º, a qual transcreve-se litteris:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares . **§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política** § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.” 107. (sem grifos no original)

Procedendo à interpretação do supracitado dispositivo, percebe-se que embora a Lei da Anistia tenha sido considerada um avanço no tocante aos benefícios concedidos aos presos políticos e exilados pela repressão, também teve seu lado reverso por representar um ponto estratégico para que os agentes públicos e colaboradores envolvidos com torturas, desaparecimentos forçados e homicídios não fossem punidos e sequer investigados pelos crimes cometidos.

A supracitada Lei ao abarcar em seu art.1º, §1º, como conexo “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” incluiu no rol de anistiados os crimes comuns praticados por agentes públicos, tais como homicídios, abuso de autoridade, lesões corporais, desaparecimentos forçados e estupros. Residindo aí as principais críticas acerca do real significado da Lei de Anistia, dado que a extensão da norma para abarcar crimes que ordinariamente seriam comuns e tratá-los como crimes políticos propriamente ditos desvirtuam e esvaziam o conteúdo teleológico da própria Lei da Anistia, que seria de atender apenas aos crimes políticos (LUCHT, 2012, p. 295-296)

A concepção interpretativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, que julgou a constitucionalidade da lei de anistia, sobre o conceito e definição do que seria crime político e seus crimes conexos é na verdade um contrassenso ao dar uma hermenêutica com base puramente em um critério histórico da sanção da lei. Modificando até o contexto do que seria crime conexo no ordenamento penal nacional hodierno ao afirmar que:

“A chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão” (STF, 2010, p. 2-3)

Não se pode negar, assim, que a Lei nº 6.683/1979 foi uma espécie de autoanistia pela qual os militares e correlacionados garantiram, em meio a um iminente esfacelamento do regime ditatorial, uma futura isenção de qualquer responsabilização judicial futura que poderia vir a



incorrer contra eles. Não há então qualquer traço de bilateralidade, já que foi uma imposição dos detentores do poder para se resguardarem de qualquer possível punição na intenção de dar esse caráter amplo a Lei da Anistia.

É, então, notório que a referida Lei continua a ser o principal empecilho, do ponto de vista formal, no que diz respeito ao processamento criminal dos agentes públicos, mesmo àqueles que se tornaram sumamente conhecidos como responsáveis diretos pelo cometimento de crimes contra a humanidade, o que restou provado por meio de testemunhos e confissões, e mesmo assim não foram devidamente investigados por seus atos, quanto menos processados e punidos (TORELLY, 2016, p. 528).

Nesse sentido, reputa-se fundamental a judicialização dos casos que envolvem a justiça de transição e a busca pela implementação de medidas transicionais por meio de provimentos ou decisões do Poder Judiciário, seja por meio do controle de constitucionalidade ou pelo controle de convencionalidade (MEYER, 2016, p. 106-108).

Por controle de constitucionalidade, entende-se, comumente, que é a verificação, mediante um órgão competente, da adequação entre um texto normativo e a Lei Maior, amparado no princípio da supremacia da Constituição, pois esta ocupa a posição superior no ordenamento jurídico e serve de fundamento para as demais normas do sistema.

Incorrendo em uma visão mais específica, que entrelaça direito e democracia, a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional em consonância com os direitos fundamentais, onde constitucionalismo e democracia são faces de uma mesma moeda (MEYER, 2016, p. 110). Havendo a necessidade de que no próprio texto constitucional exista um sistema ou processo adequado a sua própria defesa, em face de atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 40).

Porém, sucedâneas estratégias retóricas são utilizadas pelo judiciário brasileiro, especificamente a Suprema Corte Constitucional brasileira, a fim de não incorrer na revisão da referida Lei, continuando a legitimar sua validade, em que se pese a Lei da Anistia estar esculpida em um caráter antidemocrático imposto por autoridades públicas não eleitas pela vida democrática, ao arrepio da própria essência do constitucionalismo democrático vigente.

Assim, a manutenção da Lei da Anistia no ordenamento jurídico brasileiro acaba por manter no sistema atual um ranço ditatorial em meio a uma suposta democracia, denotando que o Brasil ainda tem muito a efetivar no campo da Justiça de Transição para poder ser encarado como um Estado Democrático de Direito não só do ponto de vista formal, mas também material, com efetividade prática do texto Constitucional em vigor e em respeito aos direitos humanos.

A Constituição brasileira em vigor, promulgada em 1988 e conhecida como a “Constituição Cidadã”, é a que até o presente momento abarcou a maior gama de direitos humanos incorporados como direitos fundamentais. Salientando logo no caput do seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o Estado brasileiro, vai além de uma mera obediência da organização política ao aparato normativo que rege a sociedade, mas está esculpido em uma gama de valores e princípios do aparato democrático que a Constituição de 1988 delimitou. Assim, a necessidade de proteção da primazia da Lei Maior se faz do ponto de vista prático pelo sistema constitucional processual brasileiro, que delimita que quando uma lei infraconstitucional, anterior à nova ordem Constitucional em vigor, está em dissonância para com esta, não deveria ser sequer recepcionada pela nova Constituição.

Entretanto, após promulgada uma nova Constituição e mesmo após a realização do aludido fenômeno da recepção, esse instituto do direito intertemporal pode ser relativizado mediante o ajuizamento de ação concentrada de constitucionalidade, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), mecanismo eficaz no combate ao ato normativo anterior à Constituição em vigor e que demonstra ser incompatível com a novel ordem por ela estabelecida.

Já em 2008, portanto antes do julgamento do Caso Gomes Lund pela Corte IDH, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) procurando uma resposta mais coerente, na seara do direito constitucional, para os fatos ocorridos nos anos de chumbo, interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

O objeto da ADPF nº 153 (OAB, 2008) focou-se na questão de direito interno ao impugnar o §1º do art.1º da Lei nº 6683/1979, para que seja dada sua interpretação conforme a Constituição brasileira em vigor de 1988. Nesse sentido, foi apontado que os crimes executados por agentes policiais e militares da repressão política, durante o regime castrense, não deveriam ter sido inclusos como crimes conexos a crimes políticos, mas sim deveriam ter sido encarados como crimes comuns passíveis de investigação e persecução penal sem que tivessem sido amparados por um instituto que extinguiu a punibilidade e não permitiu a persecução penal de uma conduta tida como criminosa.

Outro problema apontado consiste no fato de que a Lei da Anistia foi vaga, não chegando a definir o que seriam esses crimes relacionados aos crimes políticos, o que claramente denota uma estratégia para deixar ao judiciário o papel desta interpretação, violando, então, o princípio da legalidade penal que enuncia que *“não há crime sem lei anterior que o defina”* (BRASIL, 1988).

O instituto da anistia, como enuncia a petição da ADPF nº 153, não apenas extingue a punibilidade como também descriminaliza uma conduta tida como criminosa, o que, portanto, faz com que a anistia não se refira a pessoas, diferente dos institutos da graça e do indulto, mas a crimes objetivamente definidos em lei, o que *in casu* conceder a anistia de modo amplo e irrestrito pela condição ou status pessoal do agente estatal viola também o princípio da isonomia.

Outrossim, há também violação ao princípio da isonomia quando considerando que nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal, pois excetuam-se, conforme o parágrafo segundo do art.1º da supracitada lei, do gozo do referido benefício os indivíduos *“que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”*, incluídos nesta categoria as pessoas que praticaram tais atos contra o governo, mas abarcando uma anistia ampla, irrestrita e incondicionada aos agentes estatais, mesmo que estes cometessem atos contra a vida, liberdade e integridade pessoal de outrem em nome do Estado.

Ademais, ao promulgar a Lei da Anistia focou-se na divulgação que seria benéfica para os indivíduos que estivessem exilados do país pudessem retornar ao seu Estado natal. Contudo, a Lei da Anistia foi moldada unilateralmente conforme os interesses políticos dominantes, que eram daqueles militares que ainda ocupavam altos cargos e funções no governo, para assegurar que fosse evitada qualquer punição futura dos agentes estatais que praticaram crimes contra a humanidade.

Ainda resta a consideração, que foi invocado como fundamentos jurídicos em dispositivos do direito interno, a OAB tendo entre seus advogados o Professor Fábio Konder Comparato, os preceitos fundamentais constitucionais da isonomia, art. 5º, caput, direito à verdade, artigo 5º, inciso XXXIII, e os princípios republicanos, democrático (art.1º, parágrafo único) e da dignidade da pessoa humana, art.1, inciso III, (RAMOS, 2011, p.180) para evidenciar que a Constituição Cidadã,

como é conhecida a CRFB/1988 não recepcionou parcialmente a Lei da Anistia no que toca à impunidade de autores de crimes, em atuação em nome e com conivência do Estado, de lesa-humanidade.

Em conclusão, o STF ao julgar a ADPF no primeiro semestre do ano de 2010, reconheceu, por maioria de seus membros, como válida a Lei da Anistia sob o pressuposto de que a declaração de invalidade feriria a segurança jurídica, de modo que tal decisão solidificou ainda mais no direito interno a não punição dos agentes torturadores que praticaram crimes contra os direitos humanos ocorrido à época do regime de exceção.

Em momento posterior, especificamente em maio de 2014 foi proposta outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 320 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que teve um diferencial significativo ao abordar o controle de convencionalidade e questionar o descumprimento por parte do Estado brasileiro da sentença proferida pela Corte IDH no caso da Guerrilha do Araguaia,

Como tal ação está entrelaçada com a eficácia em âmbito de direito interno da sentença proferida pela Corte IDH no Caso *Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil*, incidindo diretamente o questionamento a respeito da eficácia das sentenças proferidas pela Corte IDH e a aplicação dos entendimentos do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) como um todo. Apesar disso, já se destaca que a ADPF nº 320 encontra-se com sua tramitação estagnada, em uma clara demonstração de como a alta cúpula do judiciário brasileiro, de um ponto de vista geral, é resistente à aplicação de entendimento emanado pelo SIDH.

É importante desde já ressaltar que a persecução penal a qual se fala não corresponde a uma “caça às bruxas”, mas como uma etapa necessária para empreender a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos do período.

Assim, diante de uma omissão estatal em tomar uma atitude adequada para a responsabilização dos agentes violadores de Direitos Humanos no período referente à Ditadura Militar brasileira, fez-se mister acionar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e como já explicitado não é a primeira vez que a Corte Constitucional brasileira permanece inerte quanto à revisão da Lei da Anistia.

Desde já ressalta-se que a Corte IDH não está funcionando como uma “quarta instância” na simples revisão judicial de sentenças locais desfavoráveis, mas tem o objetivo de promover o diálogo dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconheceram a Jurisdição da Corte IDH, efetuando o controle de convencionalidade que já deveria ser feito pelos próprios operadores do direito em âmbito local.

Nesse diapasão, segue-se a discussão do marco teórico escolhido, a doutrina do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, para fazer a análise de diálogo entre o Estado brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## **TRANSCONSTITUCIONALISMO**

A escolha como marco teórico do presente artigo deu-se por motivos de ter adotado esta teoria como marco teórico da dissertação de mestrado que está sendo desenvolvida, destacando uma maior afinidade com a temática.

Tem-se também a relevância da tese do Transconstitucionalismo, criada por Marcelo Neves, por ser uma teoria que destaca o diálogo, sem deixar de considerar como relevante os dissensos. Procurando um diálogo o direito internacional e o direito nacional, em um de seus

aspectos envolvendo problemas de direitos humanos que são relevantes para mais de uma ordem jurídica. Como é o caso da relação do Brasil com o SIDH, especificamente em relação do Brasil com as sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, Corte Interamericana)

Para a solução de problemas comuns a diferentes ordens jurídicas defende-se a necessidade de um diálogo, evitando-se o provincianismo jurídico de bloqueio de incorporação de precedentes internacionais pelo Estado nacional ou de primazia funcional do posicionamento dos organismos internacionais frente ao Direito nacional.

Ressalta-se que não se trata de um constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito direciona-se justamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que ultrapassam os diversos tipos de ordens jurídicas (NEVES, 2011, p. 255).

Embora o foco do presente trabalho seja na uma análise da dimensão material da justiça de transição brasileira sob a lente da doutrina do Transconstitucionalismo, na dimensão de cortes locais e a Corte Interamericana, o seu conceito é muito mais amplo. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais, arbitrais, assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução (NEVES, 2014, p. 207).

É interessante que o transconstitucionalismo não tem uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio* (NEVES, 2014, p. 208). Na verdade, aponta para a necessidade de construção de “pontes de transição” que pode ser uma articulação multidimensional de diferentes ordens legais sem um órgão decisório e a presença de um critério metodológico de tomada de decisões melhor do que um argumento de autoridade (GALINDO, 2018, p. 35).

Na relação transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados americanos signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e que reconheceram a jurisdição obrigatória da Corte IDH não há uma situação de mera hierarquia e sobreposição das decisões deste organismo internacional ao Estado membro.

Na verdade, há uma restrição de jurisdição da Corte IDH na interpretação que esta faz da Convenção Americana e dos outros instrumentos protetivos correlatos, ou seja, no controle de convencionalidade que esta efetua, não permite a interferência nos assuntos domésticos do Estado (GALINDO, 2018, P. 35).

Por outro lado, o Estado membro, como é o caso do Brasil que a ratificou a Convenção em 1992 e reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH em 1998, segundo os artigos primeiro e segundo da CADH (CIDH, 1969), deve respeitar os direitos da Convenção e adequar suas normas internas conforme as disposições da CADH.

Dessa forma, todos os juízes, autoridades públicas e operadores do direito que estiverem no exercício deste controle de convencionalidade em uma perspectiva interna possuem o dever de interpretar os atos normativos internos à luz da proteção dos direitos humanos e como uma questão de ordem pública, os órgãos do Poder Judiciário nacional podem exercer *ex officio* o controle de convencionalidade (PAIVA; HEERMANN, 2017, p. 331-339).

As autoridades do judiciário local que possuem o dever de realizar essa interpretação dos atos normativos internos devem fazer em conformação com o arcabouço normativo de proteção aos direitos humanos. Não deve haver uma interpretação estática limitada ao que dispõe o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sim ocorrer em um sistema interpretativo dinâmico ao qual são considerados os precedentes da própria Corte e outros tratados

internacionais de direitos humanos em âmbito global e até local, adotando sempre a interpretação que seja mais protetiva ou favorável ao indivíduo.

Não há, assim, uma imposição de uma das ordens jurídicas sobre a outra, mas a construção de um diálogo, que permite uma relação de coordenação. Esse entendimento é consagrado tendo em conta que a intensificação das relações transterritoriais conduziu a problemas de direitos fundamentais e humanos que ultrapassam a fronteiras estatais, sendo legitimamente tratados por outras ordens jurídicas.

É importante ressaltar que através da teoria do transconstitucionalismo busca-se afastar do um modelo monolítico hierárquico, em que se põe em posição de último detentor de uma palavra final uma questão uma determinada ordem jurídica. De forma que não se põe como topo de uma pirâmide hierarquizada nem os organismos internacionais nem os Estados nacionais (NEVES, 2009, p. XXI). Vai-se além com a construção de uma relação transversal, permanente e não momentânea, entre ordens jurídicas em torno de problemas comuns, tais quais os problemas de direitos humanos, como a justiça de transição que é ponto comum entre o SIDH e o Brasil.

Dessa forma, não almeja-se colocar a Corte Interamericana de Direitos Humanos em um local privilegiado sem a possibilidade de diálogo com os Estados nacionais, mas muito menos ter suas recomendações e sentenças ignoradas por Estados membros que reconheceram livremente sua jurisdição contenciosa. Mesmo que em algum momento existam confrontos da relação de diálogo entre as duas ordens jurídicas, no caso a Corte Interamericana e o Estado brasileiro, a pluralidade conflituosa de interpretações e concretizações das normas não impede uma eventual solução do conflito.

No próximo tópico será analisado a efetivação, ou ao menos a mobilização, da dimensão material da justiça de transição brasileira, através do diálogo transconstitucional entre setores do estado brasileiro, ainda que dos dissensos de outros setores.

## **OS CASOS BRASILEIROS GOMES LUND E HERZOG EM RELAÇÃO AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

É importante tecer algumas considerações da jurisprudência consolidada que existe no SIDH da inconveniência de leis de autoanistias e seus casos paradigmáticos.

Observou-se que a resolução da dimensão material da justiça de transição em âmbito interno pelo Estado brasileiro não foi realizada. Em casos envolvendo jurisprudência no SIDH sobre leis de autoanistias como contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos temos aspectos diferentes do que ocorre no Brasil. Como *Barrios Alto vs. Peru*, após o trâmite do processo no SIDH tivemos mobilizações, no período final do governo de Fujimori e com o governo provisório, de um diálogo do novo representante do Poder Executivo, o presidente provisório, com a Corte IDH, comprometendo-se o presidente interino à cumprir a decisão.

No caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, caso que inaugurou formalmente a doutrina do controle de convencionalidade, que tramitou já no SIDH após o fim da ditadura de Pinochet, o Chile manteve em vigor esta lei da anistia mesmo após o fim do regime ditatorial e a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste caso destaca-se diálogo entre alguns de setores do judiciário para não aplicação da lei de autoanistia, embora em geral os tribunais chilenos entenderam a lei como constitucional e continuaram a aplica-la.

Na sentença da Corte IDH sobre o caso destaca-se as alegações do Estado Chileno, o Estado reconhece que, em princípio, as leis de anistia ou autoanistias são contrárias às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tendo a justiça do Chile em certos casos afastado a aplicação

do Decreto Lei de Anistia. Embora a prática do Chile fosse diferente do discurso na sentença, o Estado ainda defendeu que as leis da anistias não podem ser obstáculo para o respeito dos direitos humanos, citando, inclusive o precedente de Barrios Altos.

É importante frisar que pelo menos o Estado chileno não se mostrou em um bloqueio de diálogo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não chegou, pelo menos em âmbito do SIDH, a negar a importância da efetivação e não violação dos direitos humanos pelo ordenamento interno do país. Não foi negada, portanto, a alteridade do outro sistema.

Passando dessa breve análise de casos paradigmáticos do SIDH envolvendo justiça de transição em países da América Latina, passa-se a análise dos casos brasileiros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso *Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil* foi a primeira decisão da Corte IDH que condenou o Estado brasileiro envolvendo a temática da justiça de transição e também no que toca à manutenção da impunidade dos agentes estatais e paraestatais torturadores do período da ditadura militar brasileira' levantando, nesse sentido, a questão da revisão da Lei da Anistia local.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem vasta jurisprudência consolidada no campo da justiça de transição, especificamente sobre a invalidade dos efeitos das Leis locais de Anistia que perpetuam a impunidade dos países ao não processar e punir os responsáveis pelas práticas de torturas no período de exceção da segunda metade do século XX. Vários países do continente latino-americano não só cumprem à risca as decisões da Corte quando são partes, como vêm afinando sua jurisprudência local com a da Corte IDH, ao exemplo da Argentina e do Chile que já revisaram as suas leis de anistia (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 53) e instauraram a investigações e processos criminais contra os torturadores do período ditatorial.

Para que uma demanda seja admitida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos faz-se necessário a existência de que o caso concreto a ser analisado tenha um impacto do ponto de vista estratégico e que sirva de parâmetro de controle de convencionalidade para outros casos, em especial do país que está sendo julgado pela Corte, já que nem todos os casos necessariamente que são levados à Comissão são admitidos ou encaminhados à Corte por aquela.

O SIDH para admitir um caso faz então uso de um parâmetro intitulado litígio estratégico, ferramenta há muito usada no campo da advocacia dos direitos humanos, em que há uma mobilização direcionada através de casos que são escolhidos como ferramentas para a transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para alcançar mudanças sociais, seja por meio de mudanças legislativas ou de políticas públicas (CARDOSO, 2012, p. 39-41).

Dessa forma, o objetivo da demanda não se restringe a uma justiça individual, apenas à solução do caso concreto, como a reparação da vítima, mas busca, primordialmente, o impacto social que o caso paradigma pode trazer para outros em âmbito local, em um verdadeiro direito de interesse público, em especial no caso do campo da justiça transicional de revisar leis locais que geram situações de exclusão e perpetuação de violação de direitos humanos (CARDOSO, 2012, p. 41-50), como foi a discussão do Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

O Caso *Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil*, também conhecido como Guerrilha do Araguaia vs. Brasil, chegou ao SIDH após treze anos de tramitação no âmbito local sem que houvesse resultado da ação interna ajuizada por vinte e dois familiares de desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia, um agrupamento de membros do Partido Comunistas do Brasil (PCdoB), a maioria advindos de lideranças estudantis, que se insurgiram contra a ditadura militar e foram para o estado do Pará, na expectativa de arregimentar forças para, por meio da ação armada derrubar o regime militar. A situação da Guerrilha do Araguaia foi considerada à época, entre os

anos de 1972 e 1975, situação de alta periculosidade por parte do regime repressor então vigente, criando uma verdadeira operação de guerra para dizimar o grupo, com uma grande desproporção entre as forças de guerrilha e as forças de repressão, usando estes, técnicas de torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados (GENRO, 2012, p. 61)

Passados trinta anos dos fatos supracitados o governo brasileiro manteve-se praticamente inerte, sendo várias as tentativas em âmbito local dos familiares das vítimas de fazer justiça perante a situação dos seus entes desaparecidos, o que ensejou a propositura de uma petição pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o *Human Rights Watch/Americas*, em nome dos desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1995, admitido em 2001 perante a mesma e em 2009 (GENRO, 2012, p. 62) encaminhado à Corte que proferiu a sentença em 2010.

O Caso da Guerrilha do Araguaia envolveu o tema da justiça de transição e suas quatro dimensões, o direito à memória e à verdade, o direito à reparação das vítimas e de seus familiares, reformas institucionais para a democracia e o adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no período repressor, esta última dimensão material. (PAIVA, HEERMANN, 2017, p. 422) Contudo, o foco do presente artigo atenta-se mais para os impactos da dimensão material ou de justiça propriamente dita.

Analisando a sentença da Corte na decisão do Caso *Gomes Lund* esta concluiu que a Lei da Anistia brasileira “carece de efeitos jurídicos” (CORTE IDH, 2010) e que o Brasil tem o dever de superar obstáculos processuais do direito interno que obstaculizam a efetivação dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações que o país firmou ao ratificar e ao incorporar ao direito interno a Convenção Americana de Direitos Humanos.

É interessante ressaltar o aspecto cronológico do julgamento sobre a constitucionalidade da lei da anistia pelo STF, que ocorreu 28 de abril 2010, e a decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* que foi exarada em novembro de 2010. Poucos meses antes da emissão da sentença da Corte Interamericana o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da lei da anistia, com apenas dois votos dissidentes pela necessidade de revisão da lei da anistia e respeito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aos quais o Brasil já tinha ratificado.

Em uma análise transconstitucional pode-se considerar a Suprema Corte constitucional brasileira como afeita a um provincianismo jurídico. Logo após que anunciada a sentença da Corte IDH no caso da Guerrilha do Araguaia, o então Ministro e presidente do STF manifestou-se no sentido que a decisão da Corte Interamericana só geraria efeitos no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, só valendo no campo do controle de convencionalidade, e que em caso de algum anistiado fosse processado, bastaria um recurso ao STF que seria concedido o *habeas corpus*. O Ministro Marco Aurélio se pronunciou no mesmo período, no sentido que o governo estaria submetido ao julgamento do STF, não podendo afrontá-lo em detrimento da Corte IDH. Afirmando, ainda, que a decisão da Corte Interamericana teria efeito limitado no campo moral e que na prática não teria efeito nenhum (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 50-51).

Primeiramente, tem-se o equívoco de tais manifestações no âmbito jurídico. O Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 e a internalizou através do Decreto nº 678, de 06 de novembro 1992. Posteriormente declarou o reconhecimento da competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro 1998 internalizado através do Decreto no 4.463, de 08 de novembro de 2002, para o julgamento de fatos posteriores a 1998.

Assim, não há lugar para a postura de inércia do Estado brasileiro de que ao ratificar tratados internacionais de direitos humanos, livremente, continuar a permitir violações ao direitos humanos, ou ainda adiar implementações de reformas legislativas. Em caso de manutenção de

uma conduta inerte, de continua violação aos direitos humanos contidos na Convenção Americana e em outros instrumentos normativos incorporados pelos SIDH, o país será condenado na Corte Interamericana e terá que implementar as sentenças em âmbito doméstico (RAMOS, 2005, p. 54).

Outra questão que deve ser pontuada é que o Estado brasileiro não se limita ao posicionamento do Poder Judiciário, está organizado, com base na tripartição de poderes de Montesquieu, nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para cumprir as sentenças proferidas pela Corte IDH o Brasil deve assegurar sua implementação, em âmbito doméstico, de forma que as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculem todos os agentes, órgãos e entidades do Estado (RESENDE, 2014, p. 227).

Assim, não se pode compreender para analisar o cumprimento de uma decisão da Corte IDH o posicionamento único de um dos órgãos estatais, como o STF. É verdade que aparentemente a efetivação da dimensão material da justiça de transição avança a passos lentos, mas destaca-se, ainda, casos pontuais de tentativas de resolução da questão. Nesse sentido podemos citar o fato de alguns juízes terem recepcionado denúncias de crimes da ditadura militar e também a ADPF nº 320 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no sentido de dar cumprimento à sentença do caso Gomes Lund. Embora tais tentativas não tenham logrado êxito imediatamente após suas provocações para a revisão parcial da lei da anistia, ainda pensa-se na possibilidade de efetivação em um prazo mais longo.

Contudo, ressalta-se papel de destaque ao ente do Estado que se mostrou sensibilizado com a necessidade de revisão da lei da anistia em observância à decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund foi o Ministério Público Federal (MPF). Em um primeiro momento, em manifestação no julgamento da ADPF nº 153 o então Procurador Geral da República (PGR) Roberto Gurgel entendeu pela necessidade de manutenção em vigor da lei da anistia brasileira. Em momento posterior, após ter sido emitida a decisão da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia o MPF, o então PGR Rodrigo Janot em parecer na ADPF nº 320 entendeu pela necessidade de dialogar com a jurisprudência do SIDH que veda a vigência em seus Estados membros de leis de autoanistias editadas em períodos ditatoriais.

Pode-se considerar que a ponte de transição que está tentando ser construída entre o ordenamento jurídico do SIDH e do ordenamento jurídico brasileiro não é fortemente por nenhum dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) e sim pelo Ministério Público Federal, inserido na CF/1988 como “função essencial à justiça”, mas não pertencentes a nenhum desses três poderes.

Diferente destes casos paradigmáticos do Peru e do Chile, temos o caso brasileiro. Desde a condenação do Brasil no caso Gomes Lund pela Corte IDH, o MPF teve uma sensibilidade quanto ao tema da efetivação da dimensão material da justiça de transição, em que nos outros casos o destaque deu-se com legislativo, executivo e judiciário. Reviu seu posicionamento no caso da ADPF 153, que defendia a não revisão da lei da anistia, para ser um forte agente mobilizador da justiça de transição. Foi criado um grupo de trabalho de justiça de transição formado por membros do MPF, auxiliando membros de todos os países na impetração de denúncias referentes à crimes contra a humanidade do período da ditadura militar. As denúncias estão acostadas no site do MPF sobre justiça de transição (<http://www.justicadetransicao.mpf.mp.br/>).

Embora muitos dos casos as denúncias interpostas pelos Procuradores da República não tenham sido recebidas pelo judiciário, pode-se observar o Ministério Público Federal, em uma perspectiva transconstitucional, como uma “ponte de transição” facilitando o diálogo entre o ordenamento jurídico brasileiro com o os precedentes do SIDH para a revisão parcial da lei da anistia brasileira.



Ademais, o Brasil em 15 de março de 2018 foi novamente condenado pela Corte Interamericana em um caso envolvendo a necessidade de revisão parcial da lei da anistia brasileira, que foi o caso *Herzog e outros vs. Brasil*. Algumas considerações merecem ser feitas sobre o contexto do caso.

O caso de Vladimir Herzog emerge tem uma grande importância em âmbito nacional e internacional, não só por ter apontado como a prática de tortura como meio de coerção era comum no regime de exceção, onde presos políticos eram submetidos às sérias flagelações para confessar crimes que sequer ocorreram e denunciar supostos comparsas, situações essas que resultavam em execuções sumárias, diante do emprego de excessiva violência pelas autoridades estatais, mas por ter sido encarado como marco simbólico na luta pela redemocratização brasileira.

A figura do jornalista como pessoa pública, diretor de jornalismo da TV Cultura e responsável pelo telejornal “Hora da Notícia”, defensor da liberdade de expressão e da democracia por meios pacíficos, brutalmente assassinada em 1975 nas instalações do DOI/CODI de São Paulo, o principal aparelho de repressão do país, colocou a mostra que o aparelho estatal repressor ainda imperava de forma desmedida. Desde que Herzog foi encontrado morto, diversas foram as tentativas em âmbito do direito nacional para que se declarasse o seu homicídio pelos agentes do DOI-CODI e a conseqüente persecução penal dos seus torturadores.

Em âmbito do SIDH temos o andamento do caso. No Relatório nº 80/12 (CIDH, 2012) foi admitida, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a petição P-859-09, em 10 de julho de 2009, contra a República Federativa do Brasil, apresentada pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL/Brasil), pela Fundação Interamericana de defesa dos Direitos Humanos (FIDDH), pelo Centro Santo Dias da Arquidiocese de São Paulo e pelo Grupo Tortura Nunca mais de São Paulo. Na petição alegou-se a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog em 1975 e a contínua impunidade dos fatos, em decorrência da lei da anistia nacional promulgada na ditadura e pelos próprios militares. O Relatório de Mérito nº 71/15 foi emitido pela Comissão Interamericana em 2015, após frustradas tentativas de resolução em âmbito da Comissão da demanda, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana.

Como foi anteriormente mencionado, os casos que são julgados pela Corte Interamericana tem o escopo de não se limitarem às vítimas em questão, mas que o Estado modifique uma situação de violações de direitos humanos que afeta a vida de outros indivíduos que não estão adstritos apenas as vítimas do caso. Destaca-se a gravidade de o Estado brasileiro angariar duas sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos tratando da necessidade de revisão da lei da anistia brasileira. Com relação a esta revisão parcial da lei da anistia, almeja-se que sejam punidos aqueles que operando como agentes estatais praticaram crimes contra a humanidade no período da ditadura militar brasileira (1964-1985) e com isso consiga-se efetivar plenamente o Estado Democrático de Direito brasileiro sem os ranços autoritários que hodiernamente permeiam o Brasil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode não ser um efeito imediato a revisão da lei da anistia com um diálogo com amplos setores do Estado brasileiro, até pelas questões políticas que o Brasil está vivenciando. Contudo não descarta-se, em uma perspectiva de longo prazo, que o diálogo das decisões da Corte IDH sobre a inconveniência de leis de autoanistias pelo Ministério Público Federal tenham sido um pontapé importante para a consolidação da dimensão material da justiça de transição.

Também de sensibilização de instituições e seus órgãos dos poderes legislativos, executivo e judiciário em um perspectiva mais ampla, com a questão de direitos humanos, a partir da mobilização de uma instituição estatal.

Cabe destacar que no Peru, a partir de um setor mobilizado com a questão dos direitos humanos e após o período de exceção houve a possibilidade de se efetivar a justiça de transição em diálogo com o SIDH.

Claro que outros fatores devem ser considerados nessa efetivação tardia da justiça de transição brasileira, mas não se pode negar o fio de esperança que se observa com a efetivação de um diálogo transconstitucional com relação a dimensão material da justiça de transição entre uma instituição estatal e o ordenamento jurídico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em: 29 de novembro de 2019.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de admissibilidade nº80/12**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 22 de novembro de 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 7ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e Justiça de Transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: EdUFMG, no. 67, jul./dez., 2015.

GALINDO, Bruno. Transitional Justice in Brazil and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: a difficult dialogue with the Brazilian judiciary. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 79, p. 27-44, ago. 2018.

GENRO, Luciana. **Direitos Humanos: O Brasil no banco dos réus**. São Paulo: LTr, 2012

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (org). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Diretos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

International Center for Transitional Justice. **¿Qué es la justicia transicional?** Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

LUCHT, Robert Rigobert. ADPF N° 153/STF e Lei da anistia: possíveis desdobramentos na esfera internacional. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (org). **Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judicialização da Justiça de Transição: Impactos a partir e sobre o Constitucionalismo Contemporâneo. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.) **Impactos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI. (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) - Conselho Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153**. Brasília: 2008. Disponível: [http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf). Acesso em: 29 de novembro de 2019.

PAIVA, Caio Cezar; HEERMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

RAMOS, André Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (org). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação dos Direitos Humanos. **R. CEJ**, Brasília, n. 29, abr./jun. 2005.

RESENDE, Augusto. A Executividade das Sentenças da da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 10, n. 2, p.226-236, 4 jan. 2014. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2579>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153** – Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno. Data do julgamento: 29.04.2010 – Publicação no Diário de Justiça eletrônico: 05.08.2010, ementa.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil Cinco Anos Depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord). **Impactos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

UNITED NATIONS. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General**. Disponível em: <http://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

ZYL, Paul van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito In: **Justiça de Transição: manual para a América Latina**. REÁTEGUI, Félix (org). –Comissão de Anistia, Ministério da Justiça: Brasília; Centro Internacional para a Justiça de Transição: Nova Iorque, 2011.

# O CUMPRIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITO HUMANOS: UM ESTUDO DO CASO DO COMPLEXO DO CURADO VS. BRASIL

**Cláudia Xavier de Castro**

Graduanda em Direito (UFPE). Extensionista do Projeto “Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos” (UFPE). Pesquisadora voluntária de iniciação científica (PIBIC/CNPQ/UFPE).

**Renata Xavier de Castro**

Graduanda em Direito (UNICAP). Extensionista do Projeto “Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos” (UFPE). Pesquisadora bolsista de iniciação científica (PIBIC/CNPQ/UNICAP).

## INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto da participação no X Congresso Internacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), enquanto extensionistas do grupo de pesquisa “Acesso ao Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos” (ASIDH) da Universidade Federal de Pernambuco. Tal desempenho se deu a partir de estudos acentuados sobre o Caso “Complexo do Curado vs. Brasil” e a implementação das decisões proferidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Complexo Prisional do Curado, antigo Presídio Prof.<sup>o</sup> Aníbal Bruno, é uma cadeia pública, situada na cidade do Recife, capital do Estado de Pernambuco, construída para aprisionamento de presos provisórios, isto é, pessoas que aguardam o julgamento definitivo da justiça.

Em 2008, intensificaram-se as pressões internacionais e domésticas em face da conjuntura de extrema violação, a qual representa grande entrave para efetivação dos direitos fundamentais daqueles que integram o sistema carcerário, tais como: precariedade das estruturas do estabelecimento, condições deficientes de higiene e saneamento básico, violências físicas e psicológicas, superlotação carcerária, procrastinação do julgamento dos presos provisórios, abuso e excesso de poder configurado pelo desvirtuamento de alguns agentes penitenciários, assim como pelos egressos no exercício de “Chaveiros”<sup>1</sup>, entre outros.

Após anos de inércia estatal, em junho de 2011, organizações da sociedade civil, como a Pastoral Carcerária de Pernambuco, o Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões (SEMPRI), a Pastoral Carcerária Nacional, a Justiça Global e a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard denunciaram os abusos perpetrados no presídio pernambucano e ausência da ação estatal perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em 4 de agosto de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu medidas cautelares exigindo ao Estado brasileiro que adotasse providências necessárias para garantir a vida, a saúde, integridade pessoal dos presos, bem como designou pelo aumento do número de agentes penitenciários e a efetiva eliminação dos “chaveiros” (egressos que atuam no supervisionamento dos pavilhões e são responsáveis pela custódia das chaves das celas).

---

<sup>1</sup> De acordo com a Pastoral Carcerária de Pernambuco et. al (2011, ps. 3-4) os chaveiros são responsáveis por aplicar castigos oficiais, designam pessoas para tratamento médico ou psicossocial e manipulam o comércio de drogas e de armas no Complexo. O grupo dos chaveiros funciona, ainda, como uma estrutura mafiosa, vez que efetuam cobranças para que o preso tenha direito à cela do pavilhão e espaços para receber visitas, repartindo a receita produzida com os agentes de segurança.

Em que pese, o Estado brasileiro não garantiu com efetividade os direitos tutelados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, tampouco implementou as medidas impostas pela Comissão Interamericana. Neste ínterim, em 2014, o Caso do Complexo do Curado vs. Brasil foi direcionado à Corte Interamericana sob o fundamento no artigo 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ressalta-se que, desde a estipulação de medidas cautelares na Comissão, em 2011, até o caso ser dirigido para o Tribunal Internacional no ano de 2014, foram estipuladas 6 resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam: as Resoluções emitidas em 22 de maio de 2014, 7 de outubro de 2015, 18 de novembro de 2015, 23 de novembro de 2016, 13 de fevereiro de 2017 e 28 de novembro de 2018.

Ocorre que, embora o Estado brasileiro seja signatário da Convenção Americana desde o ano de 1992, aceitando a jurisdição da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, o que proporciona o caráter obrigatório e vinculante das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as medidas impostas são dificilmente efetivadas.

Desta forma, o presente artigo visa estudar o primeiro caso pernambucano sobre o cárcere a tramitar na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob o aspecto revolucionário da criação dos Fóruns de Monitoramento pela Procuradoria da República de Pernambuco (MPF) como instrumento de monitoramento e fiscalização das decisões internacionais, objetivando, assim, seu real cumprimento.

## **DA IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA E O CASO DO COMPLEXO DO CURADO VS. BRASIL**

Segundo MAZZUOLI (2017, p.153), as decisões proferidas pela Corte Interamericana são de caráter internacional, de tal modo que não necessitam do procedimento de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para se tornarem exigíveis, não se aplicando as disposições dos art. 105, inciso I, da Constituição Federal e arts. 960 a 965; Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, arts. 15 e 17. Ilustra-se:

Em suma, as sentenças da Corte Interamericana proferidas contra o Brasil, pelo teor do art. 68, § 1.º, da Convenção Americana, têm eficácia imediata na nossa ordem jurídica, devendo ser cumpridas de plano (sponte sua) pelas autoridades do Estado brasileiro. Ou seja, quando a Corte Interamericana prolata uma sentença responsabilizando o Estado, tal decisão está dotada da autoridade da coisa julgada, de forma que as autoridades estatais (todas elas, e não somente os juízes) têm o dever de bem e fielmente cumpri-la em todos os seus termos (fundamentos, considerações, efeitos que produz etc.).(MAZZUOLI, 2017, p.154).

Sendo assim, infere-se que, apesar dos mecanismos internacionais abordarem meios de reparação das violações de direitos humanos, incumbindo-lhes na posição de garante<sup>2</sup>, existe,

---

<sup>2</sup> (...) o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e de se abster, sob qualquer circunstância, de atuar de maneira tal que se viole a vida e a integridade das mesmas. Neste sentido, as obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir em sua posição de garante incluem a adoção das medidas que possam favorecer a manutenção de um clima de respeito dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade entre si, evitar a presença de armas dentro dos estabelecimentos em poder dos internos, reduzir a superlotação, procurar as condições de detenção mínimas compatíveis com sua dignidade, e prover pessoal capacitado e em número suficiente para assegurar o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do centro penitenciário. 12 Além disso, dadas as características dos centros de detenção, o Estado deve proteger os presos da violência que, na ausência de controle estatal, possa ocorrer entre os privados de liberdade (CorteIDH, 2014).

fatidicamente, grande entraves para implementação das medidas impostas pelos tribunais internacionais.

Destaca-se que alguns casos brasileiros o cumprimento e efetivação das decisões são prolongados no tempo. Particularmente, em observância ao Caso do Complexo do Curado vs. Brasil, além das medidas cautelares emitidas pela Comissão, em 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estipulou 06 (seis) medidas provisórias, quais sejam: 22 de maio de 2014, 7 de outubro de 2015, 18 de novembro de 2015, 23 de novembro de 2016, 13 de fevereiro de 2017 e 28 de novembro de 2018.

Todas as resoluções objetivavam, especialmente, a adoção de medidas necessárias para proteção da vida, saúde e integridade dos egressos e das demais pessoas integrantes do sistema carcerário pernambucano (agentes, visitantes, familiares, defensores etc.) pelo Estado brasileiro. Ilustra-se:

**Tabela 1 - Quadro comparativo Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

<b>RESOLUÇÕES</b>	<b>PRINCIPAIS DETERMINAÇÕES /DIFERENCIAÇÕES</b>
<b>RESOLUÇÃO DE 22 DE MAIO DE 2014</b>	1.Requerer ao Estado que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, assim como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes, nos termos do Considerando 20 desta Resolução.
<b>RESOLUÇÃO DE 7 DE OUTUBRO DE 2015</b>	1.Requerer ao Estado que continue adotando, de forma imediata, todas as medidas e sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, bem como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes, nos termos dos Considerando 9, 15, 16, 20, 24 a 27, 33 e 36 a 38 da presente Resolução.
<b>RESOLUÇÃO DE 18 DE NOVEMBRO DE 2015</b>	1.Ampliar as medidas provisórias emitidas sobre o presente assunto, de tal forma que o Estado adote as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal da defensora de direitos humanos senhora Wilma. 2.Dispor que, de conformidade com artigo 27.8 do seu Regulamento, e prévio consentimento e coordenação com a República Federativa do Brasil, uma delegação da Corte Interamericana realize uma visita ao Complexo Penitenciário do Curado e ao estado de Pernambuco, no Brasil, com a maior brevidade possível, com o fim de obter, de forma direta, informação pertinente das partes para monitorar o cumprimento das medidas provisórias.
<b>RESOLUÇÃO DE 23 DE NOVEMBRO DE 2016</b>	1.Requerer ao Estado que adote imediatamente todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, bem como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes. Em especial, a Corte requer que o Estado implemente o Diagnóstico Técnico e Plano de Contingência de acordo com o disposto nos parágrafos considerativos 62 a 64 da presente Resolução. 2.Dispor que dentro do mesmo prazo de 90 dias estabelecido no parágrafo considerativo 63, o Estado proporcione a lista de presos alojados no Complexo Penitenciário de Curado, distinguindo quais são presos com condenação por sentença transitada em julgado e quais permanecem sem sentença final, informando, em cada caso, os delitos pelos quais foram condenados ou indiciados e processados, como também o tempo em que cada um permanece privado de liberdade pela condenação ou pelo respectivo processo. 3.Dispor que, de acordo com o artigo 27.8 de seu Regulamento, a Corte Interamericana avalie a pertinência de realizar uma nova visita ao Complexo Penitenciário de Curado, no Brasil, com o fim de supervisionar o cumprimento das requeridas no ponto resolutivo primeiro da presente Resolução, prévio consentimento e coordenação com a República Federativa do Brasil.

<p><b>RESOLUÇÃO DE 13 DE FEVEREIRO DE 2017</b></p>	<p>1. Requerer ao Estado que, antes de 31 de março de 2017, remeta à Corte as respostas aos questionamentos indicados nesta Resolução (pontos 6 e 7).</p> <p>2. Dispor que, de acordo com o artigo 27.8 do seu Regulamento, à maior brevidade possível e com anterioridade à audiência pública ordenada no ponto resolutivo quinto da presente Resolução, uma delegação da Corte Interamericana realize uma visita ao Estado do Brasil, com o fim de obter, de forma direta, informação pertinente das partes para supervisionar o cumprimento das medidas provisórias, prévio consentimento e coordenação com a República Federativa do Brasil.</p> <p>3. Convocar a República Federativa do Brasil, os representantes dos beneficiários das medidas provisórias nos assuntos da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a uma audiência pública que será celebrada na Sede da Corte Interamericana, durante o 118º Período Ordinário de Sessões, no mês de maio de 2017, com o propósito de que o Tribunal receba suas alegações sobre as medidas provisórias ordenadas nos referidos assuntos e a problemática geral dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil. A data e o horário da audiência serão determinados oportunamente.</p>
<p><b>RESOLUÇÃO DE 28 DE NOVEMBRO DE 2018</b></p>	<p>1. Requerer ao Estado que adote imediatamente todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida, a saúde e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, inclusive os agentes penitenciários, os funcionários e os visitantes. Solicitar também que ponha em execução imediatamente o Diagnóstico Técnico e o Plano de Contingência, de acordo com o exposto nos Considerandos 8 a 13 da presente resolução.</p> <p>2. O Estado deve tomar as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante No. 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado, e nem se efetuem traslados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa. Quando, por ordem judicial, se deva trasladar um preso a outro estabelecimento, o disposto a seguir, a respeito do cômputo duplo, valerá para os dias em que tenha permanecido privado de liberdade no Complexo de Curado, em atenção ao disposto nos Considerandos 118 a 133 da presente resolução.</p> <p>3. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que o mesmo cômputo se aplique, conforme o disposto a seguir, para aqueles que tenham deixado o Complexo de Curado, em tudo o que se refere ao cálculo do tempo em que nele tenham permanecido, de acordo com os Considerandos 118 a 133 da presente resolução.</p> <p>4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Complexo de Curado, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 118 a 133 da presente resolução.</p> <p>5. O Estado deverá organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados pelo menos por três deles, avalie o prognóstico de conduta, com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no Complexo de Curado, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados. Segundo o resultado alcançado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade ou, então, sua redução em menor medida.</p> <p>6. O Estado deverá dotar a equipe criminológica do número de profissionais e da infraestrutura necessária para que seu trabalho possa ser realizado no prazo de oito meses a partir de seu início</p> <p>7. Continuar avaliando, ao longo de um ano, em conformidade com o artigo 27.8 de seu Regulamento, a pertinência de que uma delegação da Corte Interamericana realize uma nova diligência in situ ao Complexo Penitenciário de Curado, e de que se peça o parecer de peritos sobre a matéria, ou seu acompanhamento da referida diligência, a fim de verificar a implementação das medidas provisórias, após o consentimento da República Federativa do Brasil, e com seu consentimento, de acordo com o Considerando 58 da presente resolução.</p>



8. Dispor que o Estado, imediatamente, leve a presente resolução ao conhecimento dos órgãos encarregados do monitoramento das presentes medidas provisórias bem como do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
---

Fonte: Compilação das autoras<sup>3</sup>

Contudo, conforme se depreende da leitura do quadro comparativo, verifica-se que as medidas provisórias não foram satisfatoriamente implementadas pelo Estado brasileiro, considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de maneira reiterada, profere deliberações contínuas, apenas ampliando o objeto da medida provisória anterior.

Nesse íterim, é importante salientar que, no contexto brasileiro, os arranjos que obstaculizam a efetivação das determinações internacionais no plano interno não se restringem as questões estritamente jurídicas, exemplificando a ausência de controle de constitucionalidade<sup>4</sup> pelos Tribunais Pátrios, mas pelas vicissitudes sociais, institucionais e políticas.

Insta esclarecer que, no Brasil, não há órgãos nacionais de fiscalização e monitoramento que viabilizem a implementação das decisões exaradas pela Corte Interamericana, embora exista Projeto de Lei do Senado nº 220, de 2016, no qual dispõe acerca do cumprimento das deliberações da Comissão e das sentenças da Corte Interamericana.

O artigo nº 69 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos estipula procedimentos a serem adotados para supervisão do cumprimento de sentença e outras decisões do Tribunal Internacional, em especial, a apresentação de relatórios pelo Estado-parte (que são os violadores das normas da Convenção Americana).

Evidencia-se:

Artigo 69. Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal 1. **A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes.** A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes.

2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos.

3. **Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão.**

<sup>3</sup> Quadro comparativo criado a partir das as resoluções emitidas em 22 de maio de 2014, 7 de outubro de 2015, 18 de novembro de 2015, 23 de novembro de 2016, 13 de fevereiro de 2017 e 28 de novembro de 2018 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>4</sup> O direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle da produção normativa doméstica, que é o controle de convencionalidade. Este tem por fundamento o respeito que as normas do direito interno devem ter para com aquelas mais benéficas provindas dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado. Certo é que esse controle interno de convencionalidade não exclui o controle internacional da convencionalidade, exercido, v.g., pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que atua em última análise (por isso, trata-se de controle secundário, não primário) quando o Poder Judiciário nacional falhar na proteção (ou não exercer a proteção) dos direitos previstos nos tratados de direitos humanos em vigor. Doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (primeiro limite), e (b) os tratados internacionais comuns (segundo limite) em vigor no Estado.. (MAZZUOLI, 2018,p.209).

4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes.

5. Essas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão.

Assim, apesar dos relatórios estatais serem revisados pelos representantes da vítima e pela Comissão Interamericana, ainda são instrumentos de monitoramento e fiscalização bastante inseguros, haja vista que são confeccionados pelos próprios violadores da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por outro lado, é válido mencionar que uma das problemáticas relativas ao Sistema Interamericano é a restrição orçamentária, visto que é composto financeiramente pelas receitas ordinárias provenientes do Fundo regular OEA, e extraordinárias, advindas de contribuições voluntárias de Estados e projetos de cooperação internacional. Nesse sentido, a própria Corte Interamericana não dispõe de um órgão que controle e fiscalize o cumprimento de suas decisões, ficando suscetível à disposição do Estado em cumpri-las ou não.

Neste contexto, percebe-se que a efetivação das determinações provenientes do Sistema Interamericano, atualmente, é bastante discricionária, necessitando a atuação colaborativa dos organismos nacionais e internacionais. Destaca-se o entendimento vislumbrado pelo Professor Par Engstrom, no qual aborda sobre a importância da criação de canais de implementação nacional e atuação dos agentes internos:

(...) há evidências que sugerem que quanto maior o grau de complementaridade entre os mecanismos institucionais, maiores os efeitos. O impacto potencial do SIDH maior quando os mecanismos do SIDH são usados de forma coordenada e como parte de uma estratégia coerente. Decisões específicas ou atividades de conscientização podem gerar mudanças de direitos humanos em si mesmos, mas seu impacto pode ser ampliado se ocorrerem no contexto de uma estratégia ampla e coordenada. (ENGSTROM, 2017, p.30).

Desse modo, é importante evidenciar que, no Caso do Complexo do Curado vs. Brasil, após a concessão de medidas cautelares pela Comissão Interamericana, a Procuradoria da República de Pernambuco na atuação do inquérito Civil nº 1.26.000.002034/2011-38, de forma paradigmática, em 2012, instituiu o “**Fórum de monitoramento**” no intuito de construir um meio extrajudicial para solucionar as problemáticas humanitárias do complexo penitenciário.

Ocorre que, a partir do momento em que o caso foi submetido à jurisdição da Corte, em 2014, além do monitoramento pelo “Fórum Permanente de acompanhamento das medidas provisórias”, foi criado um “**Plano de Trabalho de Cumprimento das Medidas Provisórias**” (CorteIDH, 2015) na tentativa de estipular medidas que visavam: a melhoria na condição de saúde dos egressos, reduzir a superlotação e superpopulação, eliminar a presença de armas assegurar condições de segurança, eliminar a prática das revistas humilhantes, melhoria na Infraestrutura.

Assim, apesar da elaboração do plano, conforme esclarece a Resolução de 23 de novembro de 2016, os representantes das vítimas informaram à Corte, que o “*Estado não previu medidas para combater a violência intrapenitenciária e a presença dos “chaveiros”, nem para garantir a presença de agentes penitenciários no interior das unidades do Complexo de Curado*” (CorteIDH,2016) .

Insurgiu, então, a necessidade de que o Estado informasse detalhadamente a estratégia adotada para evitar a ocorrência de novos fatos violentos dentro do centro penitenciário, bem como construísse um diagnóstico da real condição do Curado. Inclusive, evidencia-se que tal fato

foi constatado, após a visita *in loco*<sup>5</sup> realizada, em 8 de junho de 2016, pela comitiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ilustra-se:

Nesse sentido, e tendo presente as condições verificadas pela delegação da Corte, o **Tribunal considera necessário que, dentro dos próximos três meses, o Estado elabore um Diagnóstico Técnico e Plano de Contingência de reforma estrutural e de redução da superlotação e superpopulação no Complexo de Curado** (par. 63 infra). Este plano deve prever a reforma de todos os pavilhões, celas e espaços comuns dos três centros de detenção do Complexo de Curado e também a redução substancial do número de internos. A 10 capacidade máxima de internos deve ser determinada em atenção aos indicadores concretos estabelecidos no artigo 85 da Resolução nº 09/2011 do CNPCP. **12 Este Plano e sua implementação deve ser monitorado pelo Fórum de Monitoramento das Medidas Provisórias e deve ser implementado em caráter prioritário (CorteIDH,2016).**

Em 7 de março de 2017, o Estado brasileiro apresentou o Diagnóstico Técnico e o Plano de Contingência para o Complexo de Curado (doravante denominado “Diagnóstico Técnico” ou “Plano de Contingência”), o qual tinha por finalidade desenvolver quatro eixos de atuação e implementação, quais sejam: (I) Geração de vagas e realização de transferências para redução da superlotação; (II) Melhoria na infraestrutura do Complexo Penitenciário do Curado; (III) Revisão processual e alternativas ao encarceramento e (IV) Garantia de direitos e integridade física.

Ilustra-se a Resolução 28 de novembro de 2018:

Requerer ao Estado que adote imediatamente todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida, a saúde e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, inclusive os agentes penitenciários, os funcionários e os visitantes. **Solicitar também que ponha em execução imediatamente o Diagnóstico Técnico e o Plano de Contingência, de acordo com o exposto nos Considerandos 8 a 13 da presente resolução.**

Assim, atualmente, o desempenho estatal na implementação e cumprimento das medidas provisórias é verificada através da análise do cumprimento do Plano de Contingência nos Fóruns de Monitoramento. Ademais, ressalta-se que, do último Fórum realizado no dia 2 de maio de 2019, restou decidido que serão criados subgrupos a partir de eixos temáticos, a fim de buscar soluções a curto, médio e longo prazo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> A supervisão dessas medidas se realiza mediante a apresentação de relatórios por parte do Estado e das respectivas observações dos beneficiários ou seus representantes e da Comissão. A Corte ou a Presidência também podem decidir convocar uma audiência pública ou privada para verificar a implementação das medidas provisórias e, inclusive, ordenar as diligências que se façam necessárias, **tais como visitas de campo para verificar as ações que o Estado vem executando. Mediante a utilização dessa faculdade, o Tribunal, pela primeira vez, em 2015, realizou uma visita in situ no âmbito de supervisão da implementação de medidas provisórias, por meio do traslado de uma delegação da Corte para presenciar, de maneira direta, as condições das pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Curado, no Brasil.** Também em 19 de junho de 2017, o Tribunal realizou sua segunda visita in situ, dessa vez ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, também no Brasil, a fim de supervisionar as medidas provisórias do mesmo nome, oportunidade em que o Tribunal observou a contínua situação de superlotação e superpopulação e as más condições de detenção e de saúde e higiene.

<sup>6</sup> A Exma. Sra. Procuradora da República Carolina de Gusmão Furtado consignou que serão fixados pontos focais das medidas outorgadas pela OEA e do plano de contingência elaborado pelo Estado brasileiro, divididos por eixos temáticos, para que sejam realizadas reuniões em subgrupos para solução a curto, médio e longo prazo, sem prejuízo da manutenção das reuniões do fórum de acompanhamento (PRPE, 2019).

## DA REPLICABILIDADE DOS FÓRUMS DE MONITORAMENTO NOS CASOS BRASILEIROS

Desta maneira, no Caso do Complexo do Curado vs. Brasil, o Fórum de Monitoramento surge como uma ferramenta paradigmática, propícia para o acompanhamento e fiscalização das decisões do Sistema Interamericano, uma vez que essa estrutura organizacional cria um ambiente de interlocução entre os representantes das vítimas, peticionários, agentes do Estado e a própria sociedade civil, inclusive com a participação das universidades.

Pode-se perceber, ainda, que desde a implementação do Fórum de Monitoramento constatou-se uma interlocução entre os agentes do estado. Inclusive, na última reunião realizada no dia 2 de maio de 2019, participaram representantes do Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE), da Secretaria de Ressocialização de Pernambuco (Seres), da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco (PGE), da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Pernambuco (SJDH), da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), do Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões (Sempri), da Ong Justiça Global, do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), da Defensoria Pública de Pernambuco (DPPE), do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, dos Mecanismos Nacional e Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, do Conselho Penitenciário do Estado de Pernambuco (CPPE), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MDH).

Trata-se de um instituto único, concebido para a resolução das medidas do Sistema Interamericana, inclusive, fomentado pelo Plano de Contingência que possibilitou um intercâmbio de informações entre Corte e Ministério Público Federal (FALCÃO JR; BITTENCOURT NÓBREGA, 2018, p. 629).

Destaca-se que na última Resolução emitida pela Corte Interamericana foi possível identificar uma melhoria na área da saúde, considerando “o esforço *das autoridades públicas por prevenir doenças e prestar atenção sanitária, mediante a contratação de equipes multidisciplinares de atenção de saúde e do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*” (CorteIDH, 2018).

Portanto, pode-se observar que, apesar do “Fórum de Monitoramento” não ser institucionalizado, é considerado uma ferramenta de alto potencial para a melhoria e efetivação dos direitos consagrados nas decisões do Sistema Interamericano, pois permite o diálogo interinstitucional, bem como fortalece a interação com a sociedade civil<sup>7</sup>. Isto porque, novos atores políticos, sociais e jurídicos podem criar canais de implementação nacional, conectando as normas do Direito Internacional com instituições domésticas, trazendo, assim, maior impacto por mudanças na sistemática do país.

Assim, apesar de ser uma ferramenta institucional inovadora, é importante esclarecer que alguns problemas podem ser visualizados, tais como a falta de transparências nas informações trazidas pelos entes estatais.

Adverte-se, ainda, que o Estado da Colômbia, atualmente, está trabalhando em uma plataforma informática para unificar as estatísticas e informações acerca das violações humanitárias. Inclusive, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em uma visita realizada ao Estado da Colômbia, reiterou a relevância de que a construção desta ferramenta “*conte com a participação da sociedade civil, e que possa cruzar e incluir em seus registros nacionais as*

---

<sup>7</sup> Claramente, o Sistema depende da cooperação das instituições estatais para gerar resultados nos direitos humanos. Mas a vontade política geral de aceitar a autoridade do SIDH, embora importante, não se traduz necessariamente em uma implementação efetiva das suas decisões e recomendações ( PAR ENGSTROM, 2017).

*diferentes formas de agressão, pois isto poderia ser útil para a identificação da magnitude da violência e a elaboração de planos de prevenção e proteção adequados” (CorteIDH, 2019)<sup>8</sup>.*

Assim, os Fóruns de monitoramento e a utilização de plataformas de dados podem ser mecanismos que estimule o cumprimento das decisões no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. E , por isso, é imperioso ressaltar que tal prática tem capacidade de ser replicada nos demais casos brasileiros, evidenciado-se aqueles que são relativos ao cárcere, onde a conjuntura de violações são comuns, tais como: Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão; Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro e Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.

## CONCLUSÃO

Um dos principais desafios enfrentados em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é a ausência de um mecanismo institucionalizado de monitoramento local e o baixo cumprimento de suas decisões nos Estados condenados.

Os Tratados de Direitos Humanos impõem deveres que implicam a interação dialógica entre suas normas e as de Direito Interno. Segundo PIOVESAN (2017), *“O seu impacto transformador na região - fruto sobretudo do papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos - é fomentado pela efetividade do diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas”*

Neste ínterim, o diálogo entre o direito doméstico e internacional, em especial com o controle de convencionalidade, é fundamental para a construção concretização dos ideais republicanos. Por isso, a supervisão das decisões é necessária, considerando que as medidas no âmbito internacional alcançam, substancialmente, direitos e garantias fundamentais.

Assim, o Caso do Complexo do Curado vs. Brasil torna-se paradigmático por ser o primeiro caso brasileiro em que foi instituído um mecanismo de monitoramento e fiscalização do cumprimento das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, por meio dos Fóruns de Monitoramento é possível o acompanhamento das medidas feitas de maneira articulada, integrada e coordenada, fortalecendo, então, a eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como compromisso comum das Américas.

## REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BRASIL. MPF. Sistema prisional: **MPF promove reunião de acompanhamento das medidas impostas ao Brasil pela OEA**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pe/sala-de-imprensa/noticias-pe/sistema-prisional-mpf-promove-reuniao-de-acompanhamento-das-medidas-impostas-ao-brasil-pela-oea>>. Acesso em: 06 nov.2019.

---

<sup>8</sup> A Comissão destaca a importância de fazer um registro completo e detalhado das agressões com a finalidade de determinar os motivos, possíveis padrões comuns e a magnitude da violência, que sirvam de base para adotar medidas de prevenção, investigação e proteção para as pessoas defensoras e lideranças.

CALABRIA, Carina (2017a). **Alterações normativas, transformações sociojurídicas:** analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1286.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** San José da Costa Rica-Brasília, Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Co-missariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Europeia, 1996.

ENGSTROM, Par. **Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1250-1285, June 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662017000201250&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201250&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 nov.2019.

ESTADO DE PERNAMBUCO. **3º Contrainforme dos Representantes dos Beneficiários, MC 199-11.** Pessoas Privadas de Liberdade no Presídio Aníbal Bruno e outros, 2013. Disponível em:<<http://arquivoanibal.weebly.com>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ESTADO DE PERNAMBUCO. **4º Contrainforme dos Representantes dos Beneficiários, MC 199-11.** Pessoas Privadas de Liberdade no Presídio Aníbal Bruno e outros, 2013. Disponível em: <<http://arquivoanibal.weebly.com>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Cumprimento de medidas provisórias impostas pela corte interamericana no caso do Complexo Prisional do Curado:** desafios do ministério público federal no controle de convencionalidade. In. MAIA, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Org.). Controle de convencionalidade: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018. No prelo.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional:** uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 102.

OEA, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 07 de outubro de 2015.** Medidas Provisórias 1a respeito do Brasi. Assunto do Complexo do Curado, 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_02\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02_por.pdf). Acesso em: 09 nov. 2019.

OEA, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2015.** Medidas Provisórias a respeito do Brasi. Assunto do Complexo do Curado, 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf). Acesso em: 09 nov. 2019.

OEA, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016.** Medidas Provisórias a respeito do Brasi. Assunto do Complexo do Curado, 2016. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_04\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2019.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014.** Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo do Curado, 2014. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Pessoas privadas da liberdade no Presídio Professor Aníbal Bruno MC-199-Brazil.** 2011. Disponível em: <<http://arquivoanibal.weebly.com/arquivo.html>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Fevereiro de 2017**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo do Curado. 2017. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_05\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_05_por.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2019.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo do Curado, 2018. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

OEA. CorteIDH. **Relatório anual 2017**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por\\_2017.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2019.

PASTORAL CARCERÁRIA DE PERNAMBUCO et al. **Solicitação de medidas cautelares para proteger a vida e a integridade pessoal dos presos no presídio Professor Aníbal Bruno**. Recife, Pernambuco, Brasil. Ofício IHCR 03.06.11 – 1. 2011. Disponível em: <<http://arquivoanibal.weebly.com/arquivo.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019..

PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios**. Revista Direito e Práxis, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1356-1388. Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

# O LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA COLOMBIANA ATRAVÉS DA SENTENÇA T-025/2004

**Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega**

Professora adjunta da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)

**Eduarda Peixoto da Cunha França**

Mestranda em Direito (UFPE). Bolsista (CAPES).

## INTRODUÇÃO

A partir da redemocratização dos países latino-americanos, na segunda metade do século XX, algumas organizações da sociedade civil adotaram a litigância estratégica como ferramenta para fortalecer as lutas pela ampliação de direitos, sobretudo dos direitos fundamentais, interagindo com o que denomina-se de judicialização das relações sociais. O litígio estratégico consiste numa prática voltada para a transformação da realidade social, tendo como escopo veicular temas constitucionais aos quais não foi dado o devido tratamento pelo poder público, buscando conferir visibilidade ao objeto de reivindicação e alcançar o reconhecimento ou a ampliação do conteúdo do direito pelas vias ordinárias próprias. Utiliza o Poder Judiciário como *locus* de deliberação política e convida os demais atores constitucionais, juntamente com a sociedade, ao diálogo.

O presente trabalho toma como ponto de partida a interpretação desse conceito a partir de uma perspectiva teórico-normativa, buscando responder ao seguinte questionamento: como o litígio estratégico pode ser uma ferramenta de proteção social? O objeto será subsidiado pelo estudo da *Sentencia T-25/04*, decisão na qual a Corte Constitucional Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos demandantes, mas também de outros indivíduos que encontravam-se na mesma situação. Os métodos, dessa forma, consistem no comparativo e no de estudo de caso. A metodologia utilizada, por sua vez, será a hipotético-dedutiva, partindo-se da hipótese central de que a prática do litígio estratégico atrelada à prolação de decisões estruturantes, pode dar ensejo a formas eficazes de proteção aos direitos sociais. A pesquisa caracteriza-se enquanto bibliográfica-documental, de forma que o estudo irá se debruçar sobre fontes primárias e secundárias de investigação.

O objetivo central consiste em entender como o litígio estratégico pode ser uma ferramenta de proteção social, investigando a experiência de um país no qual existe grande mobilização e debate por parte da sociedade civil, das ONG's, e da academia nessa prática ainda tão rara no contexto brasileiro. Ademais, como objetivos específicos, pretende-se: 1) discutir o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais; 2) conceituar o que entende-se por "litígio estratégico"; 3) realizar uma análise da Sentença T-025/04 com o escopo de verificar o *modus operandi* da Corte Constitucional Colombiana e os impactos da referida decisão na situação dos "desplazados".

Para tanto, o trabalho será dividido em três partes. A primeira trabalhará o conceito de litígio estratégico, com o intuito de entender: a) o que é litígio estratégico; b) a diferença entre litígio estratégico e litígio comum; e c) por que e quando litigar estrategicamente. A segunda, por sua vez, estudará o instituto colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional a partir dos efeitos materiais e simbólicos da Sentença T-025/04. Por fim, a terceira a última parte buscará entender a importante relação entre decisões estruturantes e a prática do litígio estratégico.



Frisa-se que o escopo do estudo não é o de sugerir a importação acrítica de práticas colombianas, pois entende-se que existem diferenças significativas entre esta realidade e à brasileira. Pretende-se tão somente, encontrar virtudes que, respeitando os limites políticos, sociais e culturais dos países objetos de estudo, agreguem novos conhecimentos e possibilidades de atuação à sociedade civil organizada no que concerne à reivindicação de seus direitos. Ainda nesse sentido, a comparação justifica-se em virtude da crise que afeta os direitos sociais em ambos os países, ligada diretamente à exclusão social e à falta de capacidade prestacional dos Estados, havendo a necessidade de encontrar formas de pôr em marcha medidas estruturantes consistentes.

## LITÍGIO ESTRATÉGICO

### Conceito e características

O instituto do litígio estratégico apresenta-se enquanto possível veículo de transformação social. Através de Casos emblemáticos, escolhidos estrategicamente por grupos da sociedade organizada (que buscam ver seu direito reconhecido), provoca-se o Poder Judiciário com o intuito de alcançar um efeito significativo nas políticas públicas, na legislação e na sociedade. Gera, dessa forma, um impacto no sistema de justiça em geral a partir de um caso concreto e possibilita a interferência de uma ampla gama de atores no processo, uma vez que as demandas são de interesse público. Entende-se, dessa forma, ser uma prática voltada a tutelar direitos fundamentais e reivindicar a reorganização de instituições que provocam violações aos direitos dos indivíduos em virtude de falhas estruturais e da má *performance* no exercício de suas atribuições.

Sumariamente, a prática resume-se a: 1) primeiramente, escolhe-se um caso de alto impacto, cujo direito violado, geralmente, tem cariz coletiva; 2) posteriormente, judicializa-se de forma estratégica o caso em questão, apostando no valor simbólico do Poder Judiciário enquanto arena de deliberação, e na tomada de decisões cujos impactos transcendam os efeitos *inter-partes* e criem precedentes para casos similares; 3) por fim, aguarda-se uma sentença que atenda aos objetivos esperados, que oscilam a depender da demanda, podendo variar entre: formulação ou reforma de políticas públicas; reformas legais; conscientização social; empoderamento de grupos vulnerabilizados; denúncia de violações massivas de direitos fundamentais, entre outros. Gera, dessa forma, um impacto no sistema de justiça em geral a partir de um caso concreto e possibilita a interferência de uma ampla gama de atores no processo, uma vez que as demandas são de interesse público.

O diferencial, que permite categorizar o litígio enquanto “estratégico”, decorre do fato de que a judicialização do caso emblemático nem sempre almeja, necessariamente, a vitória associada à procedência total do pedido. Nesses casos, a provocação judicial já pode ser considerada bem-sucedida quando o assunto venha a produzir algum tipo de impacto na sociedade, independentemente de acolhimento da pretensão pelo Judiciário. Ou seja: é estratégico porque objetiva, primariamente, impulsionar o diálogo acerca do tema controvertido e, circunstancialmente, refletir no direito positivo uma nova visão de mundo (VALLE, 2016, p.23).

Assim, num primeiro momento, o *strategic litigation* redireciona determinadas reivindicações sociais (sobretudo aquelas de elevado desacordo moral) para o Judiciário, a fim de que este atue enquanto um agente articulador do debate público para, num segundo momento, devolver o debate aos canais democráticos. Entende-se, portanto, que o papel desempenhado pelos juízes nesse cenário é o de catalisar pautas que não estão recebendo o devido tratamento pelo Poder Público. Afinal, não raramente, por questões de conveniência, dificuldades

operacionais e/ou orçamentárias, ou, ainda, por falta de consenso para a formação da maioria necessária à deliberação específica, as instâncias políticas preferem assumir o custo da inércia ao invés do ônus da deliberação, por acreditarem que aquele é mais vantajoso que este.

Vale dizer, o litígio estratégico, ao invés da lógica judicial monológica de solução de conflitos, deve estar compreendido num sistema interativo de realce da divergência, com o objetivo de ampliação do debate sobre questões constitucionais sensíveis, que não se limita à arena judicial e sim se espalha para o campo político e social. Sob essa ótica, não importa se o Tribunal irá assumir uma postura mais proativa ou contida, porque sempre há possibilidade do estabelecimento de um amplo diálogo com as instituições políticas e sociais; e, conseqüentemente, a expectativa de que novos debates e novas visões constitucionais se formem (VALLE, 2016, p.23).

As diferentes tipologias a que se propõe o termo estão baseadas em seu objeto e ferramentas jurídicas. Segundo Coral-Díaz, Londoño-Toro e Muñoz-Ávila (2010, p.57), pode-se encontrar:

a. *Conceitos centrados na defesa judicial dos direitos humanos e do interesse público*: esta primeira categoria é composta por dois objetivos, o acesso à justiça, o interesse público e a defesa dos direitos humanos; e o uso de ferramentas judiciais. Seu objetivo final é o cumprimento efetivo dos direitos humanos, ordenado por instâncias judiciais de justiça nacional ou internacional. b. *Conceitos centrados nos resultados de alto impacto*: a proposta nesta categoria se refere a: o objeto, a geração de mudanças estruturais e; o uso de ferramentas políticas, jurídicas, sociais, etc. A tendência dos movimentos de direitos humanos no âmbito internacional é a geração não só de um litígio, se não, “do litígio estratégico, principalmente para buscar e promover a mudança social, de adoção, impulso, criação ou modificação das políticas públicas existentes na temática em discussão”. c. *Conceitos centrados no momento da intervenção*: uma terceira tipologia que se propõe, especialmente na matéria de direito ambiental, tem haver com o momento em que se atua, para a defesa dos direitos humanos ou do interesse público, podendo se diferenciar em litígio estratégico preventivo ou corretivo. No preventivo, se assume causas orientados pelo princípio da precaução, onde se busca evitar danos ou prejuízos aos direitos humanos quando não existe certeza científica das conseqüências de determinada ação. Já no universo corretivo, opera quando o dano ou impacto já se consumou e busca a reparação integral dos danos causados. d. *Conceitos centrados segundo os direitos humanos que se protegem*: Em essência, se trata de invocar o respeito aos grupos de especial proteção constitucional e o respeito pela diferença dentro das estratégias do litígio. Desta forma, se encontram particularidades a defender quando se aborda, por exemplo, a defesa das pessoas com deficiência.

Ainda acerca de suas características, vale salientar que essa ferramenta pode ser utilizada de maneira preventiva ou corretiva. Na primeira, é utilizada como uma medida de precaução para prevenir ou evitar danos contra os direitos humanos, especialmente quando não existem dados científicos que comprovem as conseqüências de uma determinada ação. É utilizada, sobretudo, em questões ambientais. A maneira repressiva, por sua vez, é utilizada como veículo corretivo, ou seja, quando uma determinada violação a direitos humanos já existe e o que se busca é a reparação integral pelo dano causado. Não obstante a existência desse instituto nas duas modalidades apresentadas, frisa-se que, até quando utilizado de maneira repressiva, o litígio de alto impacto visa reparar não só a lesão ocorrida no passado, como eliminar a ameaça contínua a valores constitucionais representados pelos direitos fundamentais dos indivíduos.

Explora, portanto, a interação entre cidadãos e agentes políticos e constitucionais, trazendo para o cotidiano da vida coletiva a luta pela aplicação do Texto Base. Aposta na mobilização dos cidadãos e dos movimentos sociais para a transformação da realidade social e permite a incorporação de minorias no debate constitucional.

## Diferenciação de litígio comum para o litígio estratégico

É importante que haja uma delimitação das hipóteses de utilização do litígio estratégico, a fim de evitar a falsa impressão de que sua prática pode ser aplicada de qualquer forma e a qualquer caso, o que contribuiria para a má compreensão e vulgarização do instituto, prejudicando o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Essa ferramenta não deve ser utilizada em casos que podem ser decididos através de uma decisão judicial simples, mas, tão somente, quando estiver-se diante de demandas complexas, dignas de decisões estruturantes, que por sua natureza envolvem diversas variáveis e requerem a atuação de uma ampla gama de atores sociais. São demandas de interesse público, que clamam por mudanças complexas, gradativas e prolongadas, tornando o processo moroso e caro.

Classifica-se, portanto, como uma ação de proteção social, embora nem toda ação social possa ser considerada litígio estratégico, pois este foca no avanço político-jurídico de um tema constitucional que interessa a determinados grupos sociais, atuando no exercício de campanhas de mobilização de cunho educativo e persuasivo em torno dos direitos colocados em pauta. Daí por que a intervenção judicial individual, em favor de um jurisdicionado "X", não é capaz de apontar os equívocos do agir administrativo. O cunho transformativo buscado pelo litígio estratégico - de efeito corretivo da matriz de ação, extensível para outras situações individuais - só se mostra possível a partir de uma intervenção estrutural no modo de agir da Administração, que só é viável em casos emblemáticos (BRINKS e FORBATH, 2010, p.1950), capazes de denunciar o quadro de descumprimento de um determinado direito fundamental judicializado.

Dessa forma, não obstante a existência de outros mecanismos e instrumentos de proteção social, as ações individuais, na grande maioria das vezes, não colocam em questão tão acentadamente conteúdos de incidência política que normalmente são estruturais (BRINKS e FORBATH, 2010, p.1950), enquanto casos emblemáticos, por sua vez, permitem a fixação de posições, a reversão de determinados precedentes dos tribunais, e o rompimento de paradigmas, alcançando soluções coletivas e estruturantes. Nesse sentido:

(...) os litígios individualizados podem ter como pano de fundo essa estratégia de reivindicação política e transformação social da realidade para além do caso concreto, em que a parte move a primeira pedra no xadrez, servindo como instrumento impulsionador de novas demandas e/ou novos julgamentos no mesmo sentido. No entanto, essa demanda somente será considerada estratégica caso ela esteja conjuntamente orientada com as demais para tal desiderato. Ou seja: há necessidade de um liame subjetivo entre elas, consistente em buscar a transformação da realidade para além do caso judicial, no sentido de desobstrução da via política ordinária; o que evidencia uma natureza intrinsecamente coletiva dos litígios estratégicos. Em síntese, a principal questão consiste em verificar se a arena judicial foi utilizada como estratégia de reivindicação política, com o objetivo de trazer o tema para os holofotes da opinião pública e via de consequência gerar efeitos externos ao processo, ou se foi utilizada como pretensão direta e exclusiva de garantia do direito fundamental *in natura*; este é o ponto nodal de diferenciação entre litígio estratégico e comum (VALLE, 2016, p.28).

As chances de concretização de direitos de cunho coletivo, dessa forma, tais quais os direitos socioeconômicos, são maiores com o litígio estratégico, pois as providências necessárias para a transformação social, em geral, envolvem realidades revestidas de alta complexidade, cujo enfrentamento exige engenho e arte, bem como significativos recursos públicos. O simples atendimento de demandas individuais não tem aptidão para o real enfrentamento do problema em si. Portanto, apesar de alguns autores sustentarem a *weak-judicial review* como método mais legítimo para a intervenção judicial em matérias relativas a direitos socioeconômicos, Landau aponta que uma intervenção mais forte por parte do Judiciário vêm se mostrando como a maneira mais eficaz de garantir direitos para as camadas mais pobres da sociedade. Isso porque a

intervenção através do que o autor intitula de “modelo individual” e “modelo de injunção negativo” (LANDAU, 2012, p.192), apesar de se mostrarem efetivos em algum grau na proteção desses direitos, beneficiam muito mais as camadas sociais com maior poder aquisitivo e causam menores impactos nas camadas economicamente hipossuficientes.

Remédios estruturais, dessa forma, não são a resposta para todos os problemas relacionados a direitos sociais e podem vir a falhar a depender do contexto político em que sejam utilizados (LANDAU, 2012, p.192), além de serem muito custosos, politicamente falando, para os tribunais (ROACH, 1976, p.48). Todavia, como Landau aponta, são a melhor saída, apesar de arriscada, para que os direitos sociais cumpram suas promessas transformativas (LANDAU, 2012, p.192).

Não obstante o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário nesse processo, destaca-se também a relevância da atuação dos advogados que, buscando alcançar soluções alternativas de disputa, enxergam na mídia ferramentas e apostam na jurisdição constitucional como caminho frutífero para alcançar as transformações almejadas. Dessa forma, os advogados que litigam nessa seara devem ser capazes de identificar as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico interno e encontrar soluções que ultrapassem a fronteira do direito positivo.

O litígio de alto impacto não utiliza-se da advocacia *client-oriented*, própria de demandas individuais; utiliza-se da advocacia *issue-oriented*, voltada para o avanço político-jurídico de um tema constitucional de interesse de um determinado grupo social, que atua no exercício de campanhas de cunho persuasivo em torno de um determinado tema de direitos fundamentais. Nesse sentido, o litígio estratégico também apresenta um potencial informativo e de sensibilização da sociedade em geral.

### **Por que e quando litigar estrategicamente?**

A importância de litigar estrategicamente pode ser percebida quando observa-se que, no espaço público, muitos indivíduos reivindicam seus direitos, mas essas reivindicações não são organizadas, estruturadas, e muito menos judicializadas ou penderes de reforma legislativa. O litígio, por sua vez, traz esses pleitos à pauta pública, rememorando os atores constitucionais de seus papéis e funções na concretização dos compromissos constitucionais. Problemas sociais prescindem da intervenção de várias entidades, num conjunto complexo e coordenado de ações. É importante pois combate a invisibilidade de determinadas questões sociais e opera em favor da democracia e da efetivação de direitos fundamentais.

Segundo o *Child Rights International Network* (CRIN) há algumas perguntas que são essenciais para se identificar o litígio estratégico: a temática legal envolvida se relaciona com um problema social?; A resposta de uma corte pode resolver este problema?; A decisão pode ter um efeito extensivo ou generalizado?; Tanto a causa como o tema principal são fáceis de entender pelos meios de comunicação e pelo público em geral?

Não é utilizado para todo e qualquer caso de forma indistinta, pois nem todos prescindem desse tipo de ferramenta para alcançar o pleito pretendido. Entende-se que o litígio de alto impacto deve ser reservado para situações graves, sendo necessário ter em mente o que objetiva-se com a prática desse instituto, pois seus propósitos são variáveis e vão desde uma reforma legal ou modificação/criação de políticas públicas, até à criação uma cultura de direitos humanos que ajude na construção de um verdadeiro Estado de Democrático de Direito. Assim, antes de dar início ao processo, é interessante que reflita-se acerca: 1) dos objetivos a serem perseguidos; 2) da viabilidade do caso escolhido ocasionar os impactos desejados (o caso precisa ser de interesse público, denunciar falhas estruturais do Estado e ter potencial de provocar consequências

positivas); 3) do tipo de recurso a ser utilizado; 4) do posicionamento dos juízes em torno do direito sobre o qual versa o litígio (DUQUE, 2014).

É importante que a academia brasileira debata o litígio estratégico a fim de que advogados e grupos sociais conheçam melhor os alcances desse instituto e utilizem-se do mesmo a fim de entender quais demandas relativas aos direitos fundamentais podem ser exploradas e trabalhadas nesse tipo de litígio. É um meio inovador e promissor de dar visibilidade a questões que não estão recebendo o devido tratamento pelo poder público, confiando no potencial transformador do direito para mudar a realidade social. De sua utilização, pode-se obter como resultados: o despertar de novas consciências, o empoderamento de grupos e movimentos sociais, a inclusão de temas nas agendas públicas que, num primeiro momento, não eram priorizadas, e o fortalecimento substancial dos direitos fundamentais.

## **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O CASO DO DESLOCAMENTO FORÇADO**

O problema da violação massiva de direitos fundamentais da população deslocada é um problema que vinha persistindo há anos no contexto colombiano, sem que as autoridades competentes tomassem medidas que fossem capazes de superá-las. Apesar da Lei 387 de 1997 ter reconhecido que a atenção à população dos deslocados internos era urgente e prioritária, foi somente com a sentença T-025/04 que as vítimas desse problema estrutural começaram a perceber alguma mudança no contexto político e social.

Garavito dispõe que:

Como mostraban las demandas procedentes de todos los lugares del país que se presentaron ante la CCC, no había habido ninguna política estatal seria y coordinada para prestar ayuda a las PID, ni existía tampoco información fiable sobre el número de PID o sobre la situación en la que se encontraban. Además, el presupuesto asignado a ese problema era claramente insuficiente. Para eliminar las causas que estaban detrás de ese “estado de cosas” inconstitucional, la Corte ordenó un conjunto de medidas estructurales que, como se verá, dieron pie a un proceso de ejecución y seguimiento largo, que hoy todavía continúa (GARAVITO, 2013, p.5)

Na Sentença T-25/04 a Corte examinou 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por grupos vulnerabilizados, tais quais: mulheres, menores, minorias étnicas e idosos (COLOMBIA, 2004, p.4), razão pela qual a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, permitindo que a interposição dos recursos fosse feita “diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas e pelas próprias pessoas prejudicadas” (CAMPOS, 2016, p.146) sem que houvesse a necessidade da atuação de advogados.

Os demandantes entraram com uma ação de tutela contra a Rede de Solidariedade Social, o Departamento Administrativo da Presidência da República, o Ministério das Finanças e Crédito Público, os Ministérios da Saúde e Trabalho e Previdência Social (agora Ministério de Proteção Social), o Ministério da Agricultura, Ministério da Educação, INURBE, INCORA, SENA, e contra várias administrações municipais e departamentais, considerando que essas autoridades não estavam cumprindo sua missão de proteger a população deslocada e a falta de resposta eficaz para às suas solicitações de moradia e acesso a projetos produtivos, assistência médica, educação e ajuda humanitária (COLOMBIA, 2004, p.30). Alguns dos acionistas, todavia, não receberam ajuda humanitária, apesar de estarem registrados no Registro Único de População Deslocada. Em muitos casos, um longo período (entre 6 meses e dois anos) decorreu sem o recebimento de qualquer tipo de ajuda da Rede Social Solidária ou de outras entidades encarregadas de servir a população deslocada.

Entre as respostas recebidas pelos deslocados estavam:

1) Que a entidade a quem a solicitação era feita não era competente para conceder a assistência solicitada, uma vez que era responsável apenas por algum aspecto da coordenação; 2) Que não havia disponibilidade de orçamento suficiente para atender à solicitação; 2) Que essa ajuda humanitária de emergência era concedida apenas por três meses e, em casos excepcionais, poderia ser prorrogada por mais três meses, mas que além desse período peremptório, seria impossível estender a ajuda, independentemente da situação de fato em que os deslocados se encontrassem; 3) Que a assistência solicitada não poderia ser prestada porque não estava registrada no Registro Único de População Deslocada; 4) Que a entidade encarregada de atender sua solicitação estava em liquidação; 5) Que existia um erro no pedido ou ausência do requerente para solicitar assistência habitacional; 6) Que o programa de assistência habitacional estava suspenso por falta de disponibilidade orçamentária; 7) Que os pedidos seriam respondidos em estrita ordem de apresentação e desde que existisse disponibilidade orçamentária; 8) Que a política de assistência habitacional havia sido modificada pelo governo nacional e transformada em política de crédito habitacional de interesse social, existindo a necessidade submeter uma nova solicitação às entidades responsáveis pela concessão dos empréstimos; 9) Que a única maneira de acessar a ajuda à recuperação econômica seria apresentar um projeto produtivo, apesar de a lei prever outras formas de restauração (COLOMBIA, 2004, p.30)

Na ocasião, a Corte Constitucional Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional:

Dentre os fatores avaliados pelo Tribunal para definir se há um estado de coisas inconstitucional, cabe destacar: (i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos. (v) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e demanda um nível de recursos que exija um esforço orçamentário adicional importante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema fossem para a tutela para obter a proteção de seus direitos, ocorreria um maior congestionamento judicial (COLÔMBIA, 2004, p.4)

Nesse seguimento:

Vários elementos confirmam a existência de uma situação inconstitucional em relação à situação da população deslocada internamente. Primeiro, a gravidade da situação de violação de direitos enfrentada pela população deslocada foi expressamente reconhecida pelo mesmo legislador ao definir a condição de deslocada e destacando a violação maciça de múltiplos direitos. Em segundo lugar, outro elemento que confirma a existência de uma situação inconstitucional na área do deslocamento forçado é o alto volume de ações de tutela apresentadas pelos deslocados para obter as diferentes ajudas e o aumento delas. Terceiro, os processos acumulados na presente ação de tutela confirmam essa situação inconstitucional e indicam que a violação de direitos afeta grande parte da população deslocada, em vários locais do território nacional e que as autoridades não adotaram as correções necessárias. Quarto, a continuação da violação de tais direitos não é atribuível a uma única entidade. Quinto, a violação dos direitos dos deslocados reside em fatores estruturais estabelecidos na seção 6 desta decisão, que destaca a falta de correspondência entre o que as regras dizem e os meios para cumpri-las, um aspecto que adquire uma dimensão especial ao considerar os recursos insuficientes, dada a evolução do problema de deslocamento e a magnitude do problema, é apreciada em relação à capacidade institucional de responder oportuna e efetivamente a ele. Em conclusão, o Tribunal declarará formalmente a existência de uma situação inconstitucional em relação às condições de vida da população deslocada internamente. Portanto, as autoridades nacionais e territoriais, no âmbito de suas competências, terão que adotar as medidas corretivas para superar esse estado de coisas. (COLÔMBIA, 2004, p.4-5)

Assim, a Corte declarou que as autoridades estavam obrigadas, pelos meios que achassem interessantes, a corrigir as desigualdades sociais, a facilitar a inclusão e a participação dos setores frágeis, marginalizados e vulneráveis da população na vida econômica e social da nação e a estimular um melhoramento progressivo das condições materiais de existência dos setores mais hipossuficientes da sociedade (COLOMBIA, 2004, p.5).

No que concerne aos deveres do Estado, dispôs que este deveria adotar e implementar políticas, programas ou medidas positivas para efetivar uma igualdade real de condições e oportunidades entre os associados e, ao fazê-lo, dar cumprimento às suas obrigações constitucionais de satisfação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais básicas da população – em consonância com o que a jurisprudência constitucional vinha denominando de “cláusula de erradicação das injustiças atuais”-. E, por outra, que deveria abster-se de avançar, promover ou executar políticas, programas ou medidas ostensivamente regressivas no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, que levassem clara e diretamente a agravar a situação de injustiça, exclusão ou marginalização que se pretendesse correto, sem impedir gradualmente e progressivamente o progresso em direção ao pleno gozo de tais direitos (COLOMBIA, 2004, p.6)

Reconhecendo as magnitudes do problema dos deslocamentos na Colômbia, bem como a natureza limitada dos recursos disponíveis para o Estado para cumprir essa tarefa, a Corte declarou ser obrigatório aceitar que, no momento de planejar e implementar uma determinada política pública de proteção da população deslocada, as autoridades competentes deveriam realizar um exercício de ponderação e estabelecer áreas prioritárias nas quais seria prestada a atenção oportuna e eficaz para essas pessoas. Portanto, dispôs que a dimensão de desempenho de todos os direitos constitucionais de toda a população deslocada não poderia ser satisfeita concomitantemente e ao nível máximo possível, dadas as restrições materiais e as dimensões reais da evolução do fenômeno de deslocamento (COLOMBIA, 2004, p.7)

Por tratar de falhas graves e profundas do Estado, é classificada por Garavito e Franco como uma macrosentença e como uma das mais emblemáticas tentativas judiciais de sua implementação. Durante os seis anos em que os autores acompanharam o decorrer do processo, a CCC manteve jurisdição sobre o caso, a fim de garantir o cumprimento de suas ordens, através de oitenta e quatro decisões de seguimento e quatorze audiências públicas, nas quais a Corte analisou o trabalho do governo e ditou novas ordens para impulsionar a proteção dos direitos dos deslocados internos (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.15).

#### **EFEITOS MATERIAIS E SIMBÓLICOS DA SENTENCIA T-025/04**

Garavito (2013, p.12) dispõe que no julgamento da T-025, a CCC emitiu três ordens principais. A primeira foi que o governo deveria formular um plano de ação coerente para lidar com a emergência humanitária dos deslocados internos e superar a situação inconstitucional. A segunda, foi que a administração que calculasse o orçamento necessário para implementar um plano de ação como explorasse todas as formas possíveis de investir na prática o valor calculado para os programas endereçados aos deslocados internos. A terceira e última, por sua vez, foi no sentido de que o governo garantisse pelo menos a proteção do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais dos deslocados internos (ou seja: alimentação, educação, saúde, moradia e terra). Todas essas ordens foram endereçadas diretamente aos órgãos públicos relevantes, incluindo entidades administrativas nacionais e autoridades locais.

Afirma, ainda, que a sentença T-025/04 teve alguns efeitos principais. O primeiro (e mais imediato) foi o “efeito de desbloqueio” (classificado como um efeito material direto). Para o autor, a prolação da sentença viabilizou um “desbloqueio” das burocracias estatais que obstaculizavam a prestação de medidas que fossem capazes de atender aos deslocados internos por parte do Estado. A CCC, ao ordenar ao governo que realizasse uma política coerente para proteger os direitos dos deslocados internos e estabelecesse prazos para avaliar o progresso, usou o Direitos Sociais e Econômicos como “direitos desestabilizadores”: como pontos de apoio para romper a inércia institucional e impulsionar a ação governamental. Ademais, monitorou as ações governamentais através de ordens e reuniões de seguimento, exercendo um certo controle sobre as medidas tomadas pelo governo (GARAVITO, 2013, p.12)

O segundo foi o “efeito de coordenação”. Para o jurista colombiano, as falhas estruturais nas políticas públicas que visavam atender aos problemas dos deslocados internos eram frutos não só da inércia das instituições competentes como, também, da falta de coordenação entre elas. Ao ordenar que essas instituições colaborassem no desenho, financiamento e execução de uma política pública unificada para os deslocados internos, a CCC promoveu um tipo de coordenação, tanto entre os órgãos administrativos diretamente responsáveis pela decisão quanto entre os órgãos indiretamente relacionados ao caso (GARAVITO, 2013, p.14).

O terceiro efeito foi o “efeito de política pública”. Segundo Garavito (2013, p.14), o julgamento T-025 teve efeitos notáveis no desenho de uma política nacional de longo prazo para os deslocados internos, e também no estabelecimento de mecanismos para implementá-las, financiá-las e supervisioná-las. De fato, um ano após da prolação da sentença, como resposta direta à primeira ordem do Tribunal, o governo aprovou um Plano Nacional de Assistência Integral à População Deslocada pela Violência. É interessante notar que, embora essa novidade seja aparentemente um efeito material direto, ela também revela as consequências simbólicas da sentença, uma vez que o governo adotou explicitamente a linguagem e o quadro jurídico da abordagem de direitos neste e nos documentos e regulamentos de políticas públicas administrativo subsequente.

Ainda nesse sentido:

Además la sentencia T-025 tuvo un efecto directo en la asignación de fondos efectuada por el gobierno para programas dirigidos a las PID, debido a la segunda orden de la Corte. En la práctica la sentencia hizo que la administración pública triplicara el presupuesto asignado a esos programas en el 2004 y ha tenido un efecto incremental continuo a lo largo del tiempo.<sup>50</sup> El presupuesto nacional de 2010 para programas dirigidos a las PID, aunque todavía es insuficiente, fue diez veces mayor que el de 2003 (GARAVITO, 2013, p.15).

O quarto efeito levantado pelo autor é o “efeito participativo”. O processo de acompanhamento do julgamento T-025 abriu procedimentos judiciais e a criação de políticas públicas para uma ampla variedade de participantes governamentais e não governamentais. Esse efeito material crucial foi em parte uma consequência direta da sentença e em parte uma consequência indireta e inesperada da sentença. Desde o início, as ordens do CCC envolveram não apenas os principais órgãos administrativos responsáveis pela situação dos deslocados internos, mas também outros órgãos com responsabilidades nas esferas internacional, nacional e local (GARAVITO, 2013, p.15).

Assim:

Es interesante señalar que un resultado indirecto de la sentencia fue la formación de organizaciones y coaliciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento. ONG como Codhes, Dejusticia y Viva la Ciudadanía unieron sus esfuerzos con organizaciones de base y también con sectores de la Iglesia católica y el mundo académico



para fundar una coalición cuyo propósito específico era contribuir a la ejecución de la T-025: la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.<sup>52</sup> En un efecto de retroceso sorprendente, la CCC reconoció a continuación la comisión como parte en los procedimientos de seguimiento y se apoyó firmemente en los datos y recomendaciones que presentó. Por consiguiente, aunque no fue creada oficialmente por la CCC, la Comisión ha tenido en la práctica una participación parecida a los de los comités de seguimiento establecidos por el Tribunal Supremo indio para supervisar el cumplimiento de su decisión (...) la CCC ha estimulado la participación de los organismos administrativos y las organizaciones de la sociedad civil, y el diálogo entre ellos, mediante audiencias y solicitudes periódicas de información, con lo que ha promovido el tipo de activismo judicial dialógico que a mi juicio puede mejorar el efecto de las sentencias sobre DESC (GARAVITO, 2013, p.16).

O quinto e último efeito da decisão da Corte Constitucional Colombiana foi o “efeito de enquadramento”, que representa uma reconfiguração simbólica cujos efeitos vão além daqueles inter-partes. Na sentença T-025 e por meio do processo de acompanhamento, a CCC ajudou a enquadrar o problema do deslocamento forçado, que era considerado, no passado, uma sequela do conflito armado, como um problema de direitos humanos, problema este que demandava uma agir imediato por parte das autoridades públicas. Essa é uma consequência indireta da sentença, pois diz respeito a sujeitos que vão além daqueles classificados como “deslocados internos”, a exemplo da mídia, das organizações internacionais de direitos humanos e da opinião pública como um todo (GARAVITO, 2013, p.17).

El análisis de contenido de la cobertura de prensa del desplazamiento forzado ofrece una pista sobre la actuación de este efecto. Mientras que en el periodo anterior a la sentencia (2000-2003), la cobertura de prensa del desplazamiento se realizó bajo el concepto de “conflicto armado”, en el periodo posterior (2004-2010), las categorías jurídicas han terminado dominado la cobertura de prensa sobre el tema. De hecho, se hace referencia al desplazamiento forzado sobre todo en escritos cuyo concepto dominante es “violaciones de derechos humanos” o “incumplimiento del derecho”. En resumen, más allá del contenido específico de la T-025, el análisis empírico de sus efectos ilustra una característica general: el activismo judicial con relación a los DESC puede tener efectos que van mucho más allá de las consecuencias directas, materiales, que se derivan de las órdenes de los tribunales. Y se hacen visible con la ayuda de un conjunto de herramientas analítico y metodológico más amplio (GARAVITO, 2013, p.17).

## CONCLUSÃO

A sentença T-025 mostra, na prática, como a intervenção judicial foi capaz de romper com a burocracia que impedia o poder público de dar atenção à população deslocada e como essa atuação, ao invés de substituir o papel do Governo e do Congresso colombiano, serviu de complementação para a sua atuação. O fato é que o litígio estratégico pode ser uma ferramenta eficaz para a proteção de direitos de grupos sociais minoritários, impopulares e marginalizados.

No que concerne às sentenças estruturantes, percebe-se que, além de seus efeitos materiais e simbólicos, viabilizam um debate público acerca das violações dos direitos fundamentais, atendendo a um dos principais escopos do litígio estratégico. Esse, por sua vez, inscreve-se em uma tendência internacional de intervenção do Poder Judiciário para a concretização de direitos fundamentais prestacionais, com o intuito de reparar cenários de omissões do poder público, falhas sistêmicas e graves bloqueios políticos e institucionais (BRINKS e GAURI, 2013).

Em sua essência, o litígio estratégico, muitas vezes, envolve o controle jurisdicional de políticas públicas e, portanto, demanda o uso de técnicas de decisões mais complexas e heterodoxas, desafiando tradicionais compreensões sobre o princípio da separação dos poderes e

da democracia, sobretudo no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, razão pela qual o presente trabalho buscou compreender os limites e possibilidades de atuação do referido poder através de uma relação de cooperação entre diferentes atores constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. El control de convencionalidad, v. 3, n. 200, 2011.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. **Sobre triángulos y diálogos**: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud: In: GARGARELLA, Roberto (Org). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, *ebook*.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. **Social and economic rights in Latin America**: Constitutional Courts and the prospects for pro-poor interventions. *Tex. L. Rev.*, v. 89, 2010.

CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. **Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente**. *Prolegómenos*. Derechos y Valores, v. 18, n. 35, p. 121-134, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. *Consultor jurídico*, v. 1, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, julgada em 22 de janeiro de 2004.

DÍAZ, Ana Milena Coral; TORO, Beatriz Londoño; ÁVILA, Lina Marcela Muñoz. **El concepto de litigio estratégico en América Latina**: 1990-2010. *Vniversitas*, v. 59, n. 121, p. 49-76, 2010.

Duque, César. **¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?**. Em: *Aportes Andinos* No. 35. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, diciembre 2014. pp. 9-23.

ROACH, Kent. **The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights**. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

LANDAU, David. **The reality of social rights enforcement**. *Harv. Int'l LJ*, v. 53, p. 189, 2012.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, v. 89 (7), 2011, p. 1671.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César et al. **El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales**. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, n. 2, (dic. 2013). ISSN: 1851-684X, 2013.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A.; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. *Dejusticia*, 2010.

VALLE, Vanice Lírio do. **Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito a moradia**: Deferência como critério judicial de solução. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 1, 2016.

VALLE, Vanice Lírio do. **Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais:** Desafios para a construção da resposta adequada. Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo, 2016.

VALLE, Lírio et al. **Contestação, persuasão e consenso no STF:** construindo um constitucionalismo democrático. Gramma, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle judicial de políticas públicas:** sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.2, p. 387-408, 2013.

# A SENTENÇA DA CORTE IDH COMO POSSIBILIDADE E FORMA DE RESISTÊNCIA DO POVO INDÍGENA XUKURU

**Isabela Maria Pereira Paes de Barros**

Graduanda em Direito (UFPE). Extensionista (aSIDH). Secretária acadêmica (PEMUN).

**Maria Júlia Poletine Advincula**

Advogada. Graduada em Direito (UNICAP). Integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia e Coletivo Graúna de Justiça de Transição.

## INTRODUÇÃO

A população Xukuru, que se divide entre as 24 aldeias espalhadas pela Serra do Ororubá, com cerca de 200 famílias indígenas concentradas em três bairros, na periferia da Cidade de Pesqueira, vem lutando há vários séculos pelo reconhecimento de suas terras ancestrais (SILVA, 2017). O território xukuru, desde o processo de invasão e colonização do interior pernambucano, mais notadamente na antiga Vila de Cimbres, vem sofrendo invasões de posseiros, agricultores e famílias tradicionais de Pesqueira desde o início da colonização.

De acordo com Vânia Fialho, desde 1599 é possível identificar a ligação do povo indígena xukuru com seu território, por meio de documentos históricos analisados (FIALHO, 1992), o que prova um longo e desgastante processo de afirmação do direito à propriedade pelo povo xukuru. Importa lembrar, também, que alguns séculos depois, o Estado brasileiro descumpriu um importante acordo com esse povo, como será melhor visto, já que ofereceu a demarcação de terras caso houvesse colaboração na Guerra do Paraguai, na segunda metade do século XIX. Tal promessa não se cumpriu, apesar de muitos xukuru terem servido no combate. Ainda, em 1988, no momento de elaboração da Carta Magna, durante o processo de redemocratização, um dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs) foi descumprido pelo Estado brasileiro, como também será visto mais à frente.

Com todo esse histórico, não é novidade que possuímos uma verdadeira “política de omissão” quanto aos direitos de povos indígenas. Nesse sentido, no cenário internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em fevereiro de 2018, responsabilizou o Estado brasileiro quanto à violação de direitos constitucionais do povo indígena Xukuru de Ororubá. Dentre alguns pontos da sentença, teve-se a demarcação das terras, a imediata desintrusão de ocupantes não indígenas e, ainda, um pagamento de indenização pecuniária no valor de aproximadamente um milhão de dólares (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018). Apesar de ter sido uma decisão inédita, que provavelmente servirá como jurisprudência para casos similares tramitantes ou não na própria CIDH, debate-se quais seriam suas aplicações práticas, de modo a influenciar diretamente no aspecto cultural desse povo (economia, cultura, habitação, saneamento, educação, etc).

Logo, o presente artigo, através de análise bibliográfica específica - literatura especializada e estudo sistematizado da decisão da Corte -, pretende explorar suas possíveis consequências implícitas e o impacto que ainda poderá causar na cultura do povo xukuru. A dupla de pesquisadoras, em maio de 2019, participou da 19ª Assembleia Xukuru do Ororubá, onde foi possível perceber como está a estrutura da terra sagrada atualmente, seus pleitos e objetivos futuros. Assim, espera-se discorrer acerca das expectativas e possibilidades de incorporação da sentença à rotina daquele povo.

## BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em relação ao Sistema interamericano de Direitos Humanos (SIDH), é possível dizer que este foi constituído formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em 1948. Esse sistema possui diversos instrumentos e frentes de atuação, a exemplo de convenções e protocolos com temas específicos (combate à tortura, desaparecimento forçado, punir e erradicar a violência contra a mulher, etc). Ou seja, pode-se esclarecer que busca, entre outras funções, proteger os direitos humanos a nível global. Assim, exerce a fiscalização de tratados, convenções e demais acordos entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo dois níveis de controle: o primeiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão consultivo da OEA, possui competências administrativas e políticas, dentre elas a realização de relatórios especializados sobre o cenário de direitos humanos em determinado Estado membro. A partir dela, as denúncias são recebidas (protocoladas por particulares e/ou entidades públicas), examinando-se as petições e filtrando-se, logo em seguida, os casos que cumprem todos os requisitos de admissibilidade.

Por outro lado, o segundo nível, mais aprimorado, é para realizar julgamentos e aplicar possíveis sanções, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para o presente caso, falar-se-á especificamente a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), abarcada pelo SIDH, em momento oportuno. Entretanto, adianta-se que a referida Convenção, em sua primeira parte, obriga os Estados-membros a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e, conseqüentemente, a adoção por parte deles de toda e qualquer disposição de direito interno para, efetivamente, garantir o gozo desses direitos.

Nesse sentido, a importância desta Corte Internacional surge pois,

Ao falar sobre tutela multinível, nos remetemos às obrigações internacionais dentro do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. Ou seja, não apenas a União, mas seus Estados e municípios devem acatar aquilo que foi acordado por meio de Tratados ou Convenções internacionais. **No caso dos Xukuru, o Estado de Pernambuco e o município de Pesqueira praticaram uma forte “política de omissão”, apesar da responsabilidade constitucional pela demarcação das terras indígenas ser da União Federal. Pode-se afirmar, em tese, que esses entes federados se omitiram no sentido de exigir providências por parte da União ou mesmo atuado no sentido de buscar a solução pacífica do conflito.** (ALMEIDA *et al*, 2018, p. 1316, grifos nossos)

Seguindo esse raciocínio, a Corte se mostra como mecanismo importante de reconhecimento e efetivação de direitos. Contudo, de acordo com Herrera Flores, é necessário que se tenha uma verdadeira reinvenção do conceito de direitos humanos, já que

A deteriorização do meio ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e por um consumo indiscriminado e desigual, a continuidade de uma cultura de violência e guerras, a realidade das relações transculturais e das deficiências em matéria de saúde e de convivência individual e social que sofrem quatro quintos da humanidade obrigam-nos a pensar e, conseqüentemente, **a apresentar os direitos desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras.** (HERRERA FLORES, 2009, p. 25).

Concordando com a análise crítica do autor, em um primeiro momento passaremos a compreender os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; em seguida, se foram suficientes para emancipar o povo xukuru do contexto histórico da colonização, da marginalização secular e das políticas de omissão reproduzidas pelo Estado brasileiro.

## A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

A Corte, com sede em San José da Costa Rica, local de formulação da Convenção Americana, é um Tribunal regional com especialização em Direitos Humanos, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. É formada sete Juízes, cada um deles sendo nacionais dos Estados membros da OEA. Pode ser considerada como uma instituição judicial autônoma, pois acaba por assumir um caráter contencioso, tendo em vista a supervisão e elaboração de sentenças, além da competência consultiva e de produção de medidas provisórias. Logo, a Corte IDH julga se algum Estado-membro será responsabilizado internacionalmente por violar algum dos direitos reconhecidos e protegidos Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos submetidos ao sistema interamericano.

Conforme disposto pela Convenção Americana, apenas Estados-membros e a Comissão possuem legitimidade de submeter um caso à apreciação da Corte. Nessa linha de raciocínio, os indivíduos ou organizações que desejem denunciar qualquer violação das disposições da Convenção, encaminham denúncias à Comissão Interamericana, tendo em vista sua competência de reconhecer petições apresentadas por qualquer indivíduo ou grupo, além de entidades não governamentais devidamente reconhecidas, desde que realizem denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-membro. No mais, é possível a utilização de *amicus curiae*, terceiros com conhecimento sobre matérias específicas e discutidas no julgamento, que oferecem parecer técnico e/ou opinativo com o intuito de colaborar com a decisão proferida pela Corte.

No mais, os casos com sentenças elaboradas pela Corte se tornam modelos, ou seja, jurisprudência para o Judiciário de cada país-membro (tribunais nacionais de primeira e segunda instância). Logo, debate-se que as decisões da Corte possuem (ou deveriam possuir) impacto para além dos limites de cada decisão, já que se espalham e se expandem a partir de diversas interpretações.

O Estado brasileiro, voluntariamente, assumiu os compromissos estabelecidos na Convenção Americana sobre direito internacional dos direitos humanos (DIDH), além de concordar com a competência obrigatória da Corte ainda em 1998.

## A Sentença da Corte IDH no Caso Povo Indígena Xukuru vs. República do Brasil

Conforme já exposto, o Estado brasileiro nunca demonstrou confiança ao povo xukuru, sempre cedendo a pressões da política colonizadora - de agricultores locais e famílias tradicionais da cidade de Pesqueira. Um fato interessante, porém, ocorreu durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, sob a liderança do cacique Xicão, quando os indígenas brasileiros tiveram uma participação mais ativa. Após diversos debates, alguns direitos foram introduzidos na recém elaborada Carta Magna; entretanto, ainda no mesmo ano, o Estado deixou de cumprir com o prometido no artigo 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs)<sup>1</sup>, que visava à União o prazo de meia década para a conclusão das demarcações de terras indígenas no país. Mais uma atitude, pois, de omissão.

Ainda, em nossa Constituição Federal, mais especificamente no artigo 231 (BRASIL, 1988), dispõe-se:

**Art. 231.** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

---

<sup>1</sup> **Art. 67.** A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Tal entendimento também é fomentado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas. Contudo, mesmo com esse dispositivo e todo o respaldo legal, foi necessário levar a luta dos povos indígenas à Corte Interamericana, tendo em vista a importância da obtenção do direito de posse às terras originais. Por conta dessa inércia, a Corte Interamericana foi acionada.

No caso em questão, a defesa do povo xukuru alegou, em sede de memoriais, que o Estado brasileiro violou os artigos 21, 5, 8.1 e 25.1 em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (direitos de propriedade, posse, segurança jurídica e gozo pacífico). Finalmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2002, recebeu petição inicial, protocolada por organizações não-governamentais brasileiras, em face do Estado brasileiro. Na peça, consta-se denúncia às violações ao direito à propriedade e às garantias de proteção judicial (artigos, 21, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos), além das obrigações de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Já o Estado brasileiro, por sua vez, alegou que os recursos internos não haviam sido esgotados, portanto, a petição seria inepta pelo descumprimento ao artigo 46.1.a da Convenção Americana, ou seja, sem condições suficientes de admissibilidade. Entretanto, após análise, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu o caso, se posicionando em respeito às violações dos artigos 8, 21 e 25 da Convenção Americana, além das obrigações gerais dispostas em seus artigos 1.1 e 2. Ainda, a Comissão trouxe uma suposta violação aos artigos XVIII e XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O caso, posteriormente, seria conhecido como: “Povo Indígena Xucuru vs. República Federativa do Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Quanto às competências, a Comissão declarou que a competência *ratione personae*, seria válida, pois o Estado brasileiro é membro legítimo da Convenção Americana, tendo ratificado-a em 25 de setembro de 1992; b) competência *materiae*, pelas graves violações aos artigos da Convenção Americana já cit; c) *temporis*, com base nos artigos 1.2.b e 20; e d) *ratione loci*. Dentre alguns posicionamentos, a Comissão explanou que o Estado brasileiro, alegando o não esgotamento, deveria ter demonstrado evidências da efetividade dos recursos internos. No mais, a Comissão traz uma exceção específica a tal requisito de admissibilidade, o parágrafo 2º, expressa no artigo 46.1.a, da Convenção Americana. Sobre prazo de apresentação, duplicação de procedimentos e *res judicata*, a Comissão declarou como requisitos cumpridos. Sendo assim, todos os requisitos de admissibilidade são considerados cumpridos, em clara harmonia com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A Comissão Interamericana, na sentença, fez as seguintes recomendações: a) rápida adoção brevidade de todas as medidas necessárias, legislativas e administrativas, quanto à desintrusão efetiva do território ancestral xukuru; b) aplicar medidas para finalizar processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas; c) reparar, nos âmbitos individual e coletivo, as consequências dos direitos enunciados e d) adotar quaisquer medidas necessárias para evitar que casos similares voltem a ocorrer (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A Corte IDH, com base nisso, reconheceu uma luta secular e intensa contra genocídios, invasões, discriminações constantes e apropriação de terras do povo indígena xukuru, desde o então processo de colonização das Américas. Consequentemente, a referida Corte conferiu a esse povo o direito constitucional à propriedade coletiva, levando-se em conta seu território ancestral como meio de sobrevivência físico-cultural (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A decisão da CIDH trouxe a primeira condenação na qual o Estado brasileiro sofreu pelo longo tempo para realizar o processo de desintrusão dos posseiros, o que constituiu uma violação ao direito às terras legítimas do povo xukuru; foi criado, assim, um precedente. Todavia, reflete-se que:

Ao declarar que o Estado brasileiro é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade, **fica evidente que o Estado brasileiro continua violando direitos fundamentais aos povos indígenas, apesar do importante precedente referente aos direitos indígenas brasileiro.** (ALMEIDA *et al*, 2018, p. 1320, grifos nossos)

Discutir-se-á, primeiramente, sobre aspectos históricos da cultura xukuru, e em seguida, de que forma esse precedente poderá afetar esse povo, mais especificamente em questões de sua própria cultura e organização social.

## **A CULTURA XUKURU: ASPECTOS HISTÓRICOS**

O povo indígena xukuru, ao longo do século XX e dos conflitos com latifundiários pela localidade do extinto Aldeamento de Cimbres/Ororubá, reafirmaram seus direitos à terra baseados nas memórias de seus antepassados, os quais relatam que estas foram garantidas pelo Governo Imperial, como recompensa pela participação xukuru na Guerra do Paraguai. Nesse sentido, é de destaque que, em meados dos anos 1980, os Xukuru se mobilizaram e participaram ativamente nos debates em torno da elaboração da nova constituinte, por meio da liderança do já falecido Francisco de Assis Araújo, que, na época, por causa de sua proatividade, seria escolhido Cacique (SILVA, 2017). Em tal viés, devido às cobranças dos indígenas, em maio de 2001, o Governo Federal homologou as terras xukuru, dando o reconhecimento e o direito de posse aos habitantes da Serra do Ororubá (SILVA, 2002).

Porém, é importante pontuar que o caminho percorrido para isso não fora fácil. No início, a colonização portuguesa na região de Pesqueira, onde habitam os indígenas xukurus, ocorreu a partir do ano de 1654, época em que a então Coroa portuguesa fizeram doações de sesmarias a senhores de engenho do litoral, com a finalidade de que estes criassem gado. Posteriormente, em 1661, os Oratorianos<sup>2</sup> fundaram o Aldeamento do Araroba de Nossa Senhora das Montanhas, para utilização a mão de obra indígena em fazendas de gado (MEDEIROS, 1993), que posteriormente foi elevado à categoria de Vila de Cimbres, em 1762 (SILVA, 2002).

Em seguida, a partir da segunda metade do século XIX, intensificou-se a história do desaparecimento oficial dos índios em Pernambuco, em conjunto com a extinção dos aldeamentos, o que dificultou, sobremaneira, a defesa de pautas indígenas nas décadas posteriores e ao longo do século seguinte. Essas ideias estavam baseadas no discurso de assimilação dos índios, somadas às invasões dos posseiros, senhores de engenho e latifundiários às terras indígenas, especialmente após a Lei de Terras de 1850 (SILVA, 2017).

Na situação, o aldeamento xukuru foi declarado oficialmente extinto na década de 1870, atendendo aos pedidos dos latifundiários e invasores das terras indígenas (SILVA, 2002). Sobre isso, dispõe Edson Silva que:

A pesquisa documental demonstrou que a extinção oficial, em 1879, do antigo Aldeamento de Cimbres, consolidou o domínio dos fazendeiros, de longa data invasores nas terras da Serra do Ororubá. Uma ou outra família indígena ficou com a propriedade de pequenos pedaços de terras, insuficientes para a sobrevivência. (SILVA, 2017, p. 151)

---

<sup>2</sup> A Congregação Oratória de São Felipe Neri é uma sociedade apostólica católica de padres e irmãos os quais vivem juntos em uma comunidade, ligados pelos laços da caridade.



Devido a isso, nas primeiras décadas do século XX, os Xukuru começaram a pleitear, com mais força, a posse de suas terras invadidas e a garantia de seus direitos, pressionando as autoridades públicas, especialmente do Sistema de Proteção ao Índio (SPI) (SILVA, 2002), fundado em 1910. Este, ainda que existisse para prestar assistência aos índios, não garantiu as terras indígenas do povo xukuru; sua eficiência, em verdade, é contestada, tendo em vista que o órgão tinha como atuação mais eficaz o assistencialismo, distribuindo alimentos, remédios e roupas, e a mediação de conflitos entre os fazendeiros e os índios explorados (SILVA, s/a), alcançando poucos resultados. Sobre isso, ainda, Silva (2017) aponta que, muitas vezes, dirigentes do SPI se negavam a dar a devida assistência aos indígenas sob a fundamentação de que não existiam índios na região, pela suposta ausência de traços característicos como a língua.

Na mesma época, os habitantes de antigos aldeamentos passaram a ser chamados, então, de “remanescentes de índios” ou de “caboclos”, esta última condição muitas vezes assumida pelos mesmos para esconder a identidade indígena diante das constantes perseguições. Sobre o termo, inclusive, importante colacionar lição pontuada por Edson Silva, professor da Universidade Federal de Pernambuco, quando escreve:

Se confrontarmos o que escreveu Pereira da Costa sobre o verbete “caboclo” e aquilo que encontramos em documentos oficiais do último quartel do século XIX e também na produção literária contemporânea ao autor, constatamos que o pesquisador pernambucano estava possivelmente equivocado quando afirmou ser “caboclo” uma expressão “familiar de affecto, íntima, carinhosa”. **A própria expressão citada por Pereira da Costa: “Caboclo gato põe ovo?”, denota a visão com a atribuição, no mínimo, de imbecilidade ao chamado “caboclo”.** (SILVA, 2017, p. 58, grifo nosso)

Somado a isso, renomados pesquisadores, historiadores e antropólogos da época, como Gilberto Freyre, Estevão Pinto, Curt Nimuendajú e Câmara Cascudo, e até mesmo Darcy Ribeiro, reafirmaram tal desaparecimento de indígenas por fatores de miscigenação racial, integração cultural e dispersão dentre a população regional (SILVA, 2017). Também comungava de um pensamento embranquecedor e ocidental o Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano (IAHGP) (SCHWARCZ, 1993). De acordo com Silva (2017, p. 81), “a extinção dos índios habitantes em Cimbres foi uma convicção e uma afirmação corrente, entre aqueles que, na primeira metade do século XX, escreviam sobre os índios em Pernambuco, como também do SPI, o órgão indigenista oficial”.

Os registros de cultura xukuru que existiam, à época, ou eram menosprezadas, ou usadas para ridicularizar essa população. O segundo caso é notadamente visto na obra de Pereira da Costa, quando dispõe que o vocábulo Toré, após afirmar ser um tipo de flauta indígena, seria, também, uma antiga dança destes, **“ainda em voga, nomeadamente, entre os semi-selvagens de Cimbres”** (PEREIRA DA COSTA, 1976, p. 754, grifo nosso). Já o primeiro encontra base, por exemplo, nos discursos de Curt Nimuendajú e Mário Melo, antropólogos, o quais tiveram contato com os povos da Serra do Ororubá, contudo descreveram-os como *descendentes* dos indígenas xukurus (MELO, 1935). Sobre isso, Nimuendajú ainda pontuava que, além de uma irrelevante cultura material, poucos “sukurú” possuíam o fenótipo verdadeiramente indígena, além de não falarem corretamente a língua materna e do fato de que os poucos vocábulos recolhidos não possuíam semelhança com outras línguas indígenas conhecidas (SILVA, 2017).

Em relatos retirados de documentos da Câmara de Cimbres, Câmara Municipal da extinta vila de mesmo nome, Edson Silva (2017) aponta traços da cultura xukuru da época, fruto de intensos processos de tentativa de aculturação da época da colonização, que demonstram porque os indígenas xukurus não eram mais vistos por este *status*, mas sim como mero descendentes. O referido autor mostra, por exemplo, que as tradicionais festas da padroeira Nossa Senhora das Montanhas e de São Miguel, santas católicas, tinham a presença de “caboclos na indumentária

indígena”, e que os indígenas eram vistos como “remanescentes, em grande número que habitam a serra do Ororubá, chamados ‘caboclos da serra’, e que falam o idioma português, mesclados ligeiramente de termos da língua nativa” (A voz de Pesqueira, 1948, p.2, *apud* SILVA, 2017). Ademais,

Em relação às festividades cívicas e religiosas ocorridas no âmbito municipal, escreveu Maciel: “Em Cimbres os caboclos remanescentes dos Xucurus, em indumentária semelhante a primitiva, dançam o ‘toré’ nas tradicionais festas da padroeira e de S. Miguel” (grifamos). E sobre as crenças religiosas: “Nenhuma crença antiga, de origem indígena ou africana, existe no município a não ser a secular devoção dos caboclos, remanescentes dos Xucurus a N. S. das Montanhas de Cimbres” (grifamos). (SILVA, 2017, p. 61)

Todos esses elementos demonstram como era difícil para esses pesquisadores, à época, com base em uma antropologia ainda voltada para o estudo do “primitivo”, compreender as relações culturais dos povos indígenas “misturados”, que tiveram que se apropriar de materiais portugueses e reinventar sua cultura, sendo devotos de santos católicos e legando à população não-índia regional artefatos culturais mais aprimorados, diferentes dos povos dos anos 1500. A extinção dos aldeamentos, por parte do Governo Imperial, provocou o pensamento de que teria havido o desaparecimento total das populações indígenas, criando o mito do índio ‘integrado’ e influenciando os estudos sobre a história regional do Nordeste brasileiro (SILVA, 2017).

Ademais, os relatos de que, por anos, a cultura xukuru fora negada e suas práticas religiosas e culturais, por serem vistas como ‘bruxaria’ e de acusações pejorativas de ‘macumba’, foram proibidas de serem praticadas pelos fazendeiros e latifundiários, e pela polícia local (ANTUNES, 1973; SILVA, 2017), sob pena de retaliação, demonstram a gravidade do conflito local. Tais práticas ganham contornos ainda maiores de preocupação quando analisado que o discurso indígena xukuru acerca das terras da Serra do Ororubá terem sido garantidas após a participação na Guerra do Paraguai, como outrora dito, tem como plano de fundo um cenário de recrutamento indígena forçado e de militarização das aldeias. Isso, infelizmente, não veio a acontecer de forma isolada, mas se mostrou prática recorrente na história colonial brasileira, nas guerras da Coroa contra outros povos indígenas e no combate aos quilombolas (MONTEIRO, 1994; SILVA, 2017).

Outros processos de exclusão dos indígenas xukuru aconteceram ao longo da história, de modo a corroborar a narrativa de que estes seriam primitivos e dificultar o entendimento dos historiadores acerca da resignificação cultural indígena nos ambientes europeizados. A exclusão de indígenas em cargos administrativos da Vila de Cimbres, por exemplo, foi uma constante no final do século XVIII e início do século XIX (FIAM/CEHM, 1995), de modo a fazer, os grandes fazendeiros, com que tivessem o controle político da região, ocupando, assim, os cargos de poder (SILVA, 2017).

Pouco a pouco, os indígenas xukurus tiveram que ceder o espaço em que viviam, por causa de esbulhos de terra. Sobre isso, após a extinção dos aldeamentos, em 1879, e com a crescente expansão forçada de posseiros, latifundiários e fazendeiros, a pecuária passou a ganhar espaço na região, afetando, de maneira negativa, as áreas de caatinga e as matas de serra, uma vez que acelerou o processo de erosão de um solo já pobre. Aos índios, restava utilizar as terras apropriadas pelos senhores, ocupadas pelo gado, em troca de um salário de miséria ou de um regime de cessão de glebas para cultivo e moradia, este último em troca de plantar, o agricultor indígena, o capim destinado ao gado (SILVA, 2017).

Assim, as terras foram sendo usurpadas, fazendo com que os indígenas passassem da condição de pequenos proprietários de terra para a de moradores ou trabalhadores nas fazendas ou engenhos, em pequenos pedaços de terra. O surgimento desses núcleos de terra, chamados de “sítios”, insuficientes para a subsistência dos índios e das suas famílias, fez com que surgissem

novas formas de relacionamento entre os povos da Serra do Ororubá. Assim, esses locais e suas expressões e dinâmicas fizeram com que surgisse uma rede de solidariedades, em que famílias, espremidas em seus pequenos lotes, exerciam seus trabalhos em uma rede de reciprocidades (SILVA, 2017).

As festas eram outros momentos de intensas relações sociais, tanto em casamentos ou após celebrações religiosas, reunindo muitas pessoas. O Toré era dançado em várias localidades da Serra do Ororubá, e as comemorações religiosas chamavam (e ainda chamam) pessoas espalhadas em vários núcleos da localidade, como será visto mais adiante. Quanto ao Toré, dança típica, este era, por diversas vezes, ridicularizado pelos fazendeiros locais, que distribuíam bebidas aos índios (SILVA, 2017).

### **A necessidade de (re)pensar o indígena no Brasil**

Tendo em vista esse panorama, para pensar em índios, no Nordeste brasileiro, deve-se conhecer seus processos históricos e seus fluxos culturais, fruto das relações com diferentes atores sociais. Nesse sentido, a cultura é vista, agora, como uma interação sócio-histórica de diferentes atores, em disputas, articulações e alianças (SILVA, 2017). O “ressurgimento” dos povos indígenas nessa região, nos tempos recentes, faz com que a narrativa de extinção destes, tão popular no século XX, seja questionada. Tem que se entender, então, que a identidade cultural indígena agora é feita com base na reorganização de afinidades culturais e vínculos afetivos históricos (OLIVEIRA, 2004), especialmente devido às influências brasileiras.

Os povos indígenas do Nordeste contemporâneo vivenciaram processos de territorialização muito diversos. No primeiro, as missões religiosas da época da colonização e do Brasil império produziram uma política assimilacionista e homogeneizadora que acabou por misturar os povos originários. Foi nesse sentido que, para atender aos interesses expansionistas da Colônia, incorporou-se a mão-de-obra indígena e incentivou-se o casamento misto e o estabelecimento de portugueses em terras de aldeamentos, que logo foram elevadas à categoria de vilas. Posteriormente, a já aludida Lei de Terras de 1850 legitimou as invasões em antigas aldeias, que logo foram declaradas extintas, sendo repassadas para terceiros ou para os patrimônios das câmaras municipais (SILVA, 2017).

Já em um segundo momento, a partir de 1920, o processo de territorialização fora iniciado por um posto do SPI instalado entre os Fulni-ô, em Águas Belas. Logo, outros postos foram criados entre outros grupos indígenas, sendo o último na Serra do Ororubá, entre os Xukuru. A instalação dessas instituições tinha como intuito fazer uma tutela paternalista, a qual se constituía em estabelecer os critérios que determinavam a identidade indígena, além dos papéis do cacique, do pajé e do conselheiro da organização política (OLIVEIRA, 2004).

Nesse sentido, todo esse contexto demonstra a necessidade de repensar os povos indígenas atuais, considerando as formas com que eles, inclusive o povo indígena xukuru, conseguiram elaborar estratégias que possibilitaram a sobrevivência da cultura em anos de colonização e no seu pós. Assim, é de se ter em mente que a utilização de elementos relacionados à cultura cristã não é algo que extinguiu a cultura indígena, mas foi fruto de um processo de negociações e dominação, hoje intrínseca ao ser social indígena e parte de suas realidades.

## A cultura indígena xukuru na contemporaneidade

Como dito anteriormente, a cultura xukuru, atualmente, não deve ser pensada como algo submisso aos paradigmas católicos, tampouco algo extinto, mas sim uma “aproximação entre os mundos sobrenaturais indígena e cristão” (SILVA, 2002, p. 9). A ideia de circularidade cultural, de relacionamento recíproco entre cultura subalterna e cultura hegemônica, em que uma influencia a outra (GINZBURG, 1987:21), fez-se presente de maneira demasiada e complexa, acima qualquer suposta aculturação do povo indígena a qual aqui se faz referência (SILVA, 2002).

Assim, falando-se primeiro na religião, calendário festivo, em Cimbres, segue algumas festividades dos santos católicos romanos. Nesse sentido, São João é festejado em julho; Nossa Senhora das Montanhas (‘Mãe Tamain’), no início de julho; e São Miguel, em setembro. Além disso, outras práticas religiosas incluem rezar o terço, promover novenas, viajar a Juazeiro do Norte, no Ceará, para as celebrações de Padre Cícero, e festejos dedicados a Caô (SILVA, 2002). Todas essas festas são acompanhadas de instrumentos tradicionais; seja sanfona, ou berimbau (SILVA, 2017).

No que se refere a representação simbólica desses personagens, no imaginário xukuru, importa, em um primeiro momento, apontar que os indígenas participam mais intensamente dos festejos dedicados a Caô e a Tamain, especialmente na festividade de N. Sra. das Montanhas. Caô, na idealização xukuru, diferente da imagem tradicional da igreja católica, de uma criança acompanhada de um cordeiro; em verdade, ele é visto pelos indígenas como um guerreiro - assim como também o é São Miguel (SILVA, 2002). Já Tamain é a protetora dos xukurus e da terra de Cimbres, considerado, por eles, espaço sagrado (SILVA, 2002).

Na festa de São João, dedicada a Caô, as comemorações começam pela manhã, com banda de pífanos<sup>3</sup> e fogos de artifício, enquanto xukurus das aldeias locais chegam ao Centro Social São Miguel. As três horas da tarde, na Vila de Cimbres, começa a “busca da lenha”, ritual realizado anualmente, no qual os xukurus caminham cerca de dois quilômetros na caatinga e retornam com galhos secos e pedaços de madeira, que serão utilizados para criar uma grande fogueira em frente a Igreja de Nossa Senhora das Montanhas, no início da noite (SILVA, s/a).

Muitos levam o “Tacó”<sup>4</sup> para dançar o Toré<sup>5</sup> e, após a busca da madeira, as sete horas da noite, começa a missa. Finda esta, os xukurus se reúnem em fila indiana, fora da igreja, e seguem o tocador do ‘Mibi’<sup>6</sup> (SILVA, s/a), chamado de “Bacurau” (SILVA, 2017), dando três voltas ao redor da igreja. Em seguida, dançam o Toré, zigzagueando em forma de S, com gritos em homenagem aos santos. A meia noite, vão para a pedra plana ‘Laje do Conselho’, local em que ficam em silêncio, esperando os conselhos dos antepassados já falecidos, os ‘Encantados’, que se manifestam por meio dos presentes. Finda a celebração religiosa, dançam o Toré novamente, em cima da Laje; aquele que escorregar, contam, morreu ao longo do ano (SILVA, s/a).

Ainda sobre essa festa, a função do Bacurau é exercida anualmente, chegando a ser comparada a uma profissão. A preparação é feita ao longo de um ano, por ter, o serviço, uma função religiosa e importante: o Bacurau é quem “puxa a linha” do Toré (SILVA, 2017).

---

<sup>3</sup> Grupos musicais regionais característicos do Nordeste brasileiro, com instrumentos de percussão e sopro.

<sup>4</sup> Saiote de fibras de caroá ou de palha de coco, junto com a barretina da cabeça, as braçadeiras, as goleiras e as tornozeleiras.

<sup>5</sup> O Toré, definida como uma tradição dos antepassados indígenas, é uma dança realizada por vários povos do Nordeste. Este, em geral, aconteciam em terreiros ou nas casas dos índios; atualmente, são realizados em clareiras localizadas nas poucas áreas de mata nativa restantes (SILVA, 2017).

<sup>6</sup> Uma espécie de gaita.

Já na festa para Tamain, em julho, além de vestirem o Tacó e dançar o Toré, a celebração começa com a Procissão da Bandeira, na frente do templo católico de Cimbres, na qual somente os xukuru tem o direito de carregar o andor e tocar na imagem santa. Depois da caminhada, gritam “Viva Tamain, Pai Tupã e o Cacique Xicão”, demonstrando não só o caráter religioso da celebração, mas político, de fortalecimento das reivindicações indígenas. Parte-se para a missa e, ao final desta, os não-índios se retiram, em reconhecimento e respeito aos xukuru, que dançarão e entoarão repetidas vezes seus cantos tradicionais (SILVA, 2002).

Quanto a terceira e última celebração principal, a Festa de São Miguel, em setembro, este nomeia o salão que abriga os índios nas reuniões e festividades na Vila de Cimbres. Visto como líder das milícias celestes e defensor dos crentes na igreja católica, a sua importância para o povo indígena xukuru é a de ser pensado como o líder na busca pela justiça (SILVA, s/a). Assim, vê-se como as apropriações e reinterpretações dos espaços e símbolos religiosos coloniais constituíram, aos Xukurus, uma forma de reafirmação étnica a partir de seus horizontes e interesses e de fortalecimento de suas reivindicações por direitos.

Outros aspectos da cultura, contudo, ainda se mostram importantes, como a agricultura. Nesse sentido, nos últimos anos, após diversos confrontos e tentativas de melhorar a condição e qualidade de vida das famílias xukuru, diversos mecanismos foram utilizados para tornar a terra mais produtiva e implementar programas e projetos de apoio aos processos de produção e comercialização para inserção no meio capitalista. Assim, o modelo adotado foi a agricultura tradicional, princípio mais próximo e organizador das sociedades indígenas, em conjunto com o uso dos espaços sagrados da região e do Limolaigo Toipe<sup>7</sup> (GAFFRÉE, 2014).

A agricultura xukuru é favorecida pelo clima do Agreste Pernambucano, tropical subúmido, com brejos de altitude<sup>8</sup> que favorecem as práticas agrícolas locais. Os elementos que norteiam as práticas indígenas são a coletividade, a solidariedade e a partilha; além disso, associam-se à espiritualidade, especialmente através da execução dos ensinamentos dos “encantados”<sup>9</sup>. Assim, os xukuru produzem mais de 40 produtos, e vendem-os na feira da cidade de Pesqueira, demonstrando que a ideia de que a retirada dos fazendeiros do território ilegalmente ocupado diminuiria a produção de alimentos local. Através disso os xukuru repassam sua tradição oralmente, como a colheita de acordo com as fases da lua e o cultivo de plantas medicinais, e podem aumentar a renda, para investimento em projetos e melhoria da qualidade de vida e identidade étnica (ARAÚJO et al., 2015).

## **REFLEXÕES: QUAIS OS POSSÍVEIS IMPACTOS QUE A SENTENÇA PODERÁ TRAZER PARA O POVO XUKURU?**

Com uma sociedade mundial cada vez mais consciente e combativa em relação a transgressões contra a vida e dignidade humana, os Direitos Humanos servem como parâmetro para dialogar de forma omnilateral em casos específicos que ultrapassem, de tal forma, a competência estatal de os solucionar. Marcelo Neves (2014) explica que isto se dá, especialmente, por uma ineficiência das Constituições de acompanharem o avanço na complexidade institucional e social dos seus respectivos povos e territórios; assim sendo, a interação entre ferramentas

---

<sup>7</sup> Bem Viver Xukuru.

<sup>8</sup> Brejos de altitude são áreas situadas nos perímetros das secas, marcadas por um clima tropical úmido ou subúmido fresco, ou mesmo subtropical, com temperaturas amenas.

<sup>9</sup> Os encantados, no imaginário xukuru, são os antepassados indígenas, que se comunicam com os índios através das cerimônias religiosas.

nacionais, sistemas internacionais e possíveis ordenamentos “de asfalto”<sup>10</sup> (SANTOS, 2015) teria que ser acionada sempre quando envolvidas violações de direitos humanos.

É nesse sentido que se traz ao debate a questão de ordens sociais e jurídicas extraestatais, com organizações e procedimentos diferentes daqueles definidos por determinado país. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos surge, no presente caso, como um órgão internacional capaz de resolver a ineficiência estatal perante o povo Xukuru, historicamente desamparado.

A ideia de transconstitucionalismo e pluralismo jurídico abarcada pela noção de sistemas de direito distintos surge, então, não para se sobrepor ao ordenamento jurídico soberano dos países, mas para atuar em prol dos direitos humanos resolvendo relações de poder dissonantes daquelas as quais seriam esperadas. Ao falar sobre transconstitucionalismo, é preciso compreender os meios que o constitucionalismo moderno criou para permitir a interação entre diversas cortes e ordens jurídicas (NEVES, 2009). Assim, existe uma interação transversal entre os ordenamentos que, por preencherem o mesmo código binário de licitude/ilicitude, podem dialogar acerca das diferentes interpretações de um mesmo direito. O transconstitucionalismo é, portanto, o fenômeno que acompanha essas ações, dando sentido a essas relações nos espaços em que os ordenamentos nacionais não conseguem alcançar.

O desafio de tal pensamento esbarra nas soberanias nacionais e nos limites de abrangência desses instrumentos internacionais. Herskovits (1947), em texto apresentado à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em nome da American Anthropological Association, procurou-se apoiar no relativismo cultural, recente à época, para estabelecer proposições básicas que deveriam ser consideradas pela ONU na construção de sua Declaração e na aplicação dos direitos e deveres que fossem elencados nesta. Para o autor, de forma acertada, seria importante considerar três pontos, a saber: em primeiro lugar, que o respeito a cada indivíduo implicaria em respeito pelas diferenças culturais; em segundo, que o respeito a essas diferenças é validado pelo fato científico de que não existe, e não há como existir, técnicas para avaliar e classificar qualitativamente as culturas e, por último, que princípios e valores são relativos apenas às culturas das quais eles derivam.

O teórico mencionado anteriormente ainda faz ponderações importantes sobre etnicidade e cultura. De acordo com Herskovits (1947, p. 542),

Ideias de certo ou errado, bom ou mau, são encontradas em todas as sociedades, apesar de diferirem na forma como são expressas pelas diferentes pessoas. O que pode ser um conceito de direitos humanos em uma sociedade pode ser visto como anti-social por outras pessoas, ou pelas mesmas pessoas em um período diferente da história destas. (tradução nossa)<sup>11</sup>

Nesse viés, tratar de um conceito de direitos humanos, especialmente em grupos mais tradicionais e menos imersos no mundo globalizado, têm um peso maior. Em contraposição a isso, Marés de Souza Filho (1994), discorre sobre como o Estado e o Direito, na maioria das vezes, criam obstáculos, impedimentos, dificuldades ou ameaças para que os oprimidos consigam atravessar a “porta da lei”, mesmo que constantemente o digam que ela sempre está aberta. Para esse autor, ainda,

Aos olhos da lei a realidade social é homogênea e na sociedade não convivem diferenças profundas geradas por conflitos de interesse de ordem econômica e social. O Sistema

---

<sup>10</sup> O termo “direito do asfalto” é utilizado por Boaventura de Sousa Santos para pôr em evidência um ordenamento jurídico distinto do estatal, e paralelo a este.

<sup>11</sup> No original, “Ideas of right and wrong, good and evil, are found in all societies, though they differ in their expression among different peoples. What is held to be a human right in one society may be regarded as anti-social by another people, or by the same people in a different period of their history”.

Jurídico os transforma em questões pessoais, isola o problema para tentar resolvê-lo em composição de partes, como se elas não tivessem, por sua vez, ligações profundas com outros interesses geradores e mantenedores dos mesmos conflitos. O Estado, quando legisla, executa políticas ou julga, não trata os conflitos de terra, por exemplo, como o choque de interesses de classes, segmentos sociais ou setores da sociedade, mas como o conflito entre o direito de propriedade do fazendeiro tal contra o direito subjetivo do posseiro qual. Tudo fica reduzido a desafetos pessoais e a Lei, geral e universal em princípio, se concretiza apenas nos conflitos individuais, podendo ser injusta na aplicação, mas mantendo sua aura de justiça na generalidade. (MARÉS DE SOUZA FILHO, 1994, P. 146)

Nesse sentido, é muito mais fácil para o Estado e para o sistema judiciário resolver conflitos sob o prisma da figura de um terceiro imparcial, o juiz, na ótica de “certo” ou “errado”, “possuidor” ou não do direito, do que procurar uma solução mediada e que leve em consideração o diálogo e as possibilidades de conversação entre os interessados. É claro que, em uma dimensão macro, essa ideia resta prejudicada, mas a ideia pura e simples de aplicação da legislação interna do país em um tribunal nacional também já se demonstra, há alguns anos, insatisfatória, tendo em vista os interesses de políticos e grandes empresários e a influência que esses têm para reverter o julgado em suas causas.

No mesmo sentido o Estado também nega a possibilidade de convivência de sistemas jurídicos diversos em seu território, sendo o direito estatal o único possível (Marés de Souza Filho, 1994). Confrontar grupos minoritários, com seus costumes próprios, para que a Carta Magna seja aceita por estes, bem como hostilizar populações oprimidas nas quais o aparato estatal benéfico simplesmente não se demonstra eficiente e, muitas vezes, não chega, fere gravemente os direitos humanos em âmbito universal.

Assim, não se encontram prejudicados somente os grupos minoritários dos quais Boaventura de Souza Santos relatava na década de 1970, trazendo como exemplo a Pasárgada do Rio de Janeiro (SANTOS, 2015), mas também os indígenas minoritários dos quais falava Marés de Souza Filho desde 1994 (MARES DE SOUZA FILHO, 1994). No caso dos grupos indígenas, e mais especificamente no presente caso, dá-se conta de uma realidade em que o Estado brasileiro, mesmo repetindo preceitos da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho<sup>12</sup>, não consegue atender satisfatoriamente essa população na medida de seus costumes, tendo em vista a dificuldade de alinhar os interesses políticos-estatais acerca da ideia de propriedade em conjunto com o ideário indígena de território. O resultado é visto, dessa forma, em conflitos judiciais, muitas vezes viciados por ideologias econômicas, distantes da realidade daquele povo.

Foi nesse panorama que se iniciou o litígio entre o povo xukuru e os latifundiários de Pesqueira. O estopim, uma emboscada sofrida pelo cacique Marcos Xukuru em 2003, com a morte de dois de seus seguranças, foi a motivação necessária para litigar na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre essas lutas, o jovem Guilherme Xukuru falou:

Todo jovem Xukuru aprende a história de lutas do povo. Se trata de algo que está em todos os espaços de formação Xukuru. Em muitos desses episódios envolvendo o que está sendo julgado pela Corte Interamericana, eu ainda era bem garoto como muitos jovens Xukuru. Sem dúvida, essa memória e a reparação que esperamos que ocorra compõem a nossa história. (GUILHERME XUKURU *in* CIMI, 2018, s/p).

O caso Povo Xukuru vs. Brasil se insere, então, em uma hipótese de litígio estratégico, uma vez que o caso em questão é importante não somente para os indígenas em questão, mas

---

<sup>12</sup> A saber, respeitar os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, sucessões e negócios entre os índios, bem como aceitar, nos crimes intra-étnicos, a punição da comunidade desde que não seja com pena infamante ou de morte.

também para a formação de precedentes e de novas mudanças nos ordenamentos jurídico e legislativo brasileiros, bem como na formação de políticas públicas. Assim, espera-se uma manutenção e aprimoramento dos direitos humanos pelo Estado (EVORAH, 2012).

Em entrevista ao CIMI<sup>13</sup>, em dezembro de 2018, o cacique Marcos explica que o julgamento do caso, que durou quase quinze anos, foi a maneira vista pelo povo para alcançar o resultado justo e legal sobre suas terras e para efetivar os direitos garantidos pela homologação de terras de 2001 (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2018). A sentença, emitida em 2018, condena o Estado brasileiro a concluir a demarcação do território xukuru, como visto, e a apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento das obrigações, no prazo de um ano (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

É sob esse prisma que a sentença ora referida se torna paradigmática, por reconhecer o direito de povos originários ao uso e posse de suas terras, de modo a conservarem seus costumes e sua cultura.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica nítido, tanto juridicamente como na própria análise *in loco*, que os xukuru são vistos, ainda, como inseridos em um processo de mero esbulho possessório de sua própria terra sagrada, local protegido por seus encantados há vários séculos (FIALHO, 2003). Ou seja, o reconhecimento, efetivamente, não ocorreu, mesmo com a sentença favorável e vinculante da CIDH. Além da omissão estatal em garantir o direito de propriedade desse povo, que ainda não cumpriu a sentença em sua totalidade de determinações, percebe-se que, em Pesqueira, a população de não-indígenas acaba por não concordar com a indenização pecuniária, expressando também que o reconhecimento de terras é desnecessário ou mera atitude benevolente. Não há conscientização do papel desse povo, principalmente como abastecedor da cidade, quanto a diversos produtos naturais consumidos pelos pesqueirenses. O povo xukuru resiste, se desenvolve e, aos poucos, vem ocupando vários espaços (inclusive dentro de universidades, na advocacia e em projetos de pesquisa, liderando frentes estudantis, etc). Porém, a maioria desses feitos é realizado por meio de incentivos próprios.

É necessário refletir quanto à possível aplicação da sentença, primeiro no aspecto pecuniário, para fomentar e expandir a educação indígena, desenvolver ainda mais a economia local e o comércio xukuru; mas, principalmente, de forma crítica - a respeito de um reconhecimento meramente simbólico, que não é capaz de tirar esse povo de um processo de marginalização secular (o que ainda precisa debatido). Pois, “esse etnocentrismo estrutural prova que o genocídio indígena é um projeto antigo, muito anterior ao nascimento do Estado brasileiro. Os povos indígenas resistem com poucos recursos, sem tanto amparo da Constituição e seu mero simbolismo” (ALMEIDA *et al*, 2018, p. 1313).

Após a Assembleia, durante a tradicional descida da Serra do Ororubá, a esperança se renova mais uma vez - a luta xukuru não acaba com a sentença.

---

<sup>13</sup> Reportagem do Conselho Indígena Missionário, *in verbis*: “Há um conjunto de ações do Estado brasileiro que inviabilizam a reconquista de nossos territórios e a efetivação de direitos que temos garantidos. Sem voz frente ao Estado, ficamos numa vulnerabilidade muito grande. Não vemos outra maneira de resolver, a não ser pela pressão internacional.”



## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, M. S. M. ; LOBO, S. H. C. ; VIANA, J. F. F. ; ADVINCULA, M. J. P. . **Tutela multinível de Direitos Humanos: limites e desafios da sentença do povo Xukuru**. In: Flávio Romero Guimarães; Paulla Christianne da Costa Newton; Ricardo dos Santos Bezerra. (Org.). DIREITOS HUMANOS: desafios e perspectivas no mundo contemporâneo. 01ed.Campina Grande: Realize, 2018, v. 01, p. 1305-1316.
- ARAÚJO, M. G. de; MARIANO, E. de F.; SILVA, J. N. da; FIGUEIREDO, M. A. B. **Agricultura de base ecológica Xukuru e comercialização: a concretização de um sonho coletivo**. Cadernos de Agroecologia, vol. 10, n. 3. 2015. ISSN 2236-7934. Disponível em: <http://revistas.aba-agroecologia.org.br/index.php/cad/article/view/17917/13623>. Acesso em 30 nov. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal da República**. 1988. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_12.07.2016/art\\_67\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_12.07.2016/art_67_.asp) Acesso em 30 nov. 2019.
- BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_12.07.2016/art\\_67\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_12.07.2016/art_67_.asp) Acesso em 30 nov. 2019
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Protesto pela execução de sentença da CIDH contra Estado brasileiro leva povo Xukuru a Brasília**. Dezembro de 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/12/protesto-pela-execucao-de-sentenca-da-cidh-contra-estado-brasileiro-leva-povo-xukuru-a-brasil/>. Acesso em 30 nov. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em 30 nov. 2019.
- EVORAH, L. C. C. **Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. 220 p. ISBN 978-85-7700-535-2.
- FIALHO, V. **As Fronteiras do Ser Xukuru**. Recife: UFPE, 1992. 209 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco. UFPE, 1992.
- FIALHO, V. **Desenvolvimento e associativismo indígena no nordeste brasileiro: mobilizações e negociações na configuração de uma sociedade plural**. 2003. 280 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco. UFPE, 2003.
- GAFFRÉE, L. **Agricultura Xukuru e Natureza Sagrada: Pensamentos e práticas em torno da materialização do “Encantamento do Urubá”**. Conselho Indigenista Missionário, 2014. Disponível em: <https://cimi.org.br/2014/11/36732/>. Acesso em 30 nov. 2019.
- GINZBURG, C. **O queijo e os vermes**. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
- HERRERA FLORES, J. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HERSKOVITS, M. **"Statement on Human Rights"**. American Anthropological Association, American Anthropologist, New Series, volume 49, nº 4, parte 1 (out-dez). 1947. Pp. 539-543.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, C. F. **O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil**. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). Índios no Brasil. São Paulo: Secretaria Municipal da Cultura, 1994. p. 153-168.

- MEDEIROS, M. do C. **Igreja e dominação no Brasil escravista: o caso dos Oratorianos de Pernambuco (1659-1830)**. João Pessoa, Ideia, 1993.
- MELO, M. **Etnografia Pernambucana: os Xucuru de Ararobá**. In: Revista do Instituto Arqueológico Histórico e Geográfico Pernambucano, vol. 33, 1935, pp. 43-45.
- MONTEIRO, J. M. **Armas e armadilhas**. In: NOVAES, A. (Org). A outra margem do Ocidente. São Paulo, Cia das Letras, 1999, p. 237-249.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. Ed. Martins Fontes, 2ª edição, 2009.
- OLIVEIRA, G. R. B. de. **“Esse negócio de Tupã...”**: um estudo sobre a construção da figura indígena em A lenda dos cem de Gilvan Lemos. 2000. Dissertação (Mestrado em Teoria da Literatura). Recife, UFPE, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 30 mai. 2019
- PEREIRA DA COSTA, F. A. **Vocabulário Pernambucano**. 2a ed. Recife, Secretaria de Educação e Cultura, 1976.
- SANTOS, B. de S. **O direito dos oprimidos**. Cortez Editora, 2015.
- SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930**. São Paulo, Cia. das Letras, 1993.
- SILVA, E. **“Nossa mãe Tamain”**. Religião, reelaboração cultural e resistência indígena: o caso dos Xukuru do Ororubá (PE). In: BRANDÃO, Sylvana. (Org.). História das religiões no Brasil. Recife: Editora Universitária UFPE, 2002, vol. 2, pp. 347-362.
- SILVA, E. **São João/Caô**: festa religiosa dos Xukuru do Ororubá (Pesqueira-PE). Disponível em: [https://www3.ufpe.br/remdipe/images/documentos/fontes\\_xukuru/silva%20edson%20helys%20data%20a.pdf](https://www3.ufpe.br/remdipe/images/documentos/fontes_xukuru/silva%20edson%20helys%20data%20a.pdf). Acesso em: 29 nov. 2019.
- SILVA, E. **Xukuru**: Memórias e história dos índios da Serra do Ororubá (Pesqueira/PE), 1950-1988. Editora UFPE, 2a edição. Recife, 2017.

# CONSTITUIÇÃO, MEMÓRIA E DEMOCRACIA: O DESAFIO DE UMA JUSTIÇA TRANSICIONAL FRENTE À DESESTABILIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

**Manoel Severino Moraes de Almeida**

Advogado. Mestre em Ciência Política (UFPE). Professor (UNICAP). Coordenador da Cátedra de Direitos Humanos (UNESCO/UNICAP).

## A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A ORIGEM DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Como diria Rousseau, a origem das desigualdades está no domínio da propriedade privada. E no caso brasileiro, a sua tese é totalmente comprovada na formação de uma sociedade dividida entre os que possuem o poder e privilégios em detrimento de um Brasil pobre e carente de todos os tipos de direitos.

O direito português moldou as primeiras instituições brasileiras caracterizando os donos de terra como uma espécie de “*pater familias*” dos trópicos. Trata-se do produto das Ordenações, que são uma legislação legitimadora do poder dos donatários e dos donos de engenho. O poder estava associado diretamente a posse das terras através da emissão das cartas régias, títulos de posse doados através do prestígio das famílias portuguesas junto ao Rei de Portugal. Estrutura que formou o patronato político brasileiro, como bem descreveu Raymundo Faoro, em “Os Donos do Poder”.

Na análise do pensamento de Raymundo Faoro, autores questionam a ideia do patronato, fornecendo uma poderosa crítica ao seu pensamento. Exemplo é a obra de Christian Edward Cyril Lynch e José Vicente Santos de Mendonça, autores do texto “*Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*”, como podemos observar no texto abaixo:

Faoro tende a ver, no passado, encarnações anteriores dos mesmos personagens históricos de seu próprio: assim como é o estamento burocrático de 1958/1974 que ele imagina oprimir a sociedade no século dezenove, a nação oprimida no tempo do Império é pintada como aquela de 1958/1974, com idênticos anseios liberais e democráticos. Talvez por essa razão, o famoso estamento burocrático jamais é definido por Faoro de modo satisfatório, pois, no contrário, talvez se percebesse, como depois de fato se percebeu, que ele nunca existiu enquanto tal, e que os donos do poder nunca foram os mesmos. Na própria narrativa histórica, por fim, sua hipótese da sociedade sufocada pelo estamento parece contrariada: quando o domínio deste é posto em xeque, como no começo da Regência ou durante a Primeira República, quem emerge não é nação, mas caudilhos e coronéis, igualmente abominados por Faoro (LYNCH; MENDONÇA, 2017, 992).

Observando com mais detalhe essa construção histórica, podemos identificar como sequestro de pessoas na África, revelou-se um método lucrativo para os portugueses e já havia sido implantado nas suas Ilhas do Atlântico. Trata-se da expansão do trabalho escravo em uma escala jamais vista na história da humanidade, assegurando a mão-de-obra do latifúndio, como afirmou Caio Prado Jr.

Nesta sociedade colonial, o proprietário de terra integra um conjunto de representações sociais espelhado nas relações de poder na Europa. Consolidando uma divisão de classes (os donos de terra e os colonos), entre os portugueses e os brasileiros.

Com a chegada da família imperial no Brasil, em 1808, o desenvolvimento das cidades portuárias, como a do Recife, transformou parte da burguesia local em comerciantes mercantis.

Embora a medida aumentasse a riqueza dos comerciantes locais, os aumentos de novos tributos fizeram surgir com força as ideias constitucionais. Os navios saíam repletos de açúcar e voltavam para Pernambuco trazendo a literatura que descrevia os fundamentos teóricos de acontecimentos como a Independência dos EUA (1776) e a Revolução Francesa (1789). Estes acontecimentos inspiraram a Revolução Pernambucana (1817), portanto, anteciparam o advento da Independência do Brasil e a primeira Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I. Em Portugal, a revolução do Porto (1820) que instaurou, no Império português, a monarquia Constitucional consagrou as ideias defendidas na Revolução Pernambucana de 1817.

A independência não alterou em nada os altos rendimentos na venda dos escravos, conforme registrado nos textos de Joaquim Nabuco. Na segunda metade do século XVIII o comércio do açúcar passou a ser mais concorrido, em função do aumento da exportação por outros países produtores e consequente queda do preço. O tráfico tornou-se um grande risco econômico para o proprietário de terras das famílias portuguesas, tudo porque, os proprietários de terra, endividados, adquiriram dívidas sobre dívidas, decorrentes da necessidade de comprar novos escravos para manter a produção, e muitos não conseguiam adimplir os compromissos e tiveram seus bens hipotecados (NABUCO, 2011).

Dois fatores foram decisivos neste fenômeno da produção do açúcar: o primeiro, o alto custo para se adquirir um escravo, em decorrência da criminalização do tráfico negreiro; E o segundo fator, a alta mortalidade dos escravos (resultado direto do tipo de tarefa em que eram empregados). Os prejuízos incalculáveis não foram previstos pelas autoridades coloniais (NABUCO, 2011, p.44).

Os donos de engenho rapidamente buscaram mais créditos para repor o contingente de pessoas nas senzalas, e negociaram com os traficantes de escravos hipotecas que tinham como garantia as propriedades rurais. Em grande número, muitos senhores não conseguiam repor o capital empregado, inclusive porque os negócios do açúcar já não possuíam a mesma capacidade econômica de outrora, uma vez que os altos lucros do passado colonial não seriam mais alcançados. A fragilidade econômica desse processo de endividamento gerou, no Segundo Reinado, o proprietário de terras obrigado a dar a sua posse aos credores, que são os grandes traficantes de escravos (NABUCO, 2011, p. 47).

## **A REPÚBLICA UM PROJETO DOS POSITIVISTAS E BACHARÉIS**

A República, em seus primeiros gestos, confundiu-se com a consolidação das corporações que dão forma a elite política local (o latifúndio), moldando as bases políticas do Estado nacional (os denominados ruralistas). A transição do Segundo Reinado para a proclamação República trouxe um passivo na consolidação das instituições democráticas pelo fato de ser um novo sistema político sem um projeto popular de nação.

O golpe militar que instaurou a República tinha entre seus protagonistas dois grupos bastante definidos e coesos em seus interesses: os militares (positivistas) e os bacharéis (liberais).

O *positivismo*, como teoria política e do pensamento nacional, ilustrou os militares, mas também influenciou grandes empresários paulistas e mineiros. Garantiu a defesa da propriedade privada e a livre iniciativa, e associou seu projeto republicano a uma forte aliança aos setores conservadores do latifúndio (CARVALHO, 2017, p. 25).

Os *bacharéis*, representantes da força intelectual do pensamento jurídico nacional, constituíam um estamento nacional. Que se entendia capaz de consolidar um projeto liberal de república, baseado na soberania nacional, inspirado em três aspectos da democracia americana: o

presidencialismo; o pacto federativo e a separação dos poderes (criação de um tribunal constitucional). Esta corrente representou a base de sustentação jurídica ao novo regime, e, em troca, assegurou poderes para a sua corporação (carreiras e privilégios). Estes fatores, associados a uma baixa escolaridade da população, impediram a democratização da sociedade (ADORNO, 1988, p.75).

A Primeira República, diante deste binário político - positivismo e liberalismo – ainda se adaptou ao deslocamento de parte da política do campo para as cidades e o surgimento dos primeiros movimentos sociais.

Enquanto política de eugênia de Estado (concerto da raça), o incentivo da imigração europeia foi uma opção legalizada, seja pela limitação da entrada de negros no Brasil, como por outro lado, incentivou-se a colonização de europeus. Um exemplo é o texto do Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890:

Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos à acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas [Sic.] (Decreto nº 528/1890).

O Advento do Estado Novo, que surgiu pós revolução de 1930, não chegou a romper esta lógica, ao contrário, representou o poder correntes de pensamento conservadores, como os integralistas. Esta corrente política, mesmo perto do fim da Segunda Guerra Mundial, defendia ideias eugênicas no país. E, nesta quadra histórica, podemos observar a publicação do Decreto-Lei nº 7.967 de 27 de agosto de 1945, que trata sobre a imigração e a colonização do país:

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição e considerando que se faz necessário, cessada a guerra mundial, imprimir á política imigratória do Brasil uma orientação racional e definitiva, que atenda à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver a imigração que fôr fator de progresso para o país, [...].

Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional [Sic]. (Decreto-Lei nº 7.967/1945).

Diante do crescimento da economia americana pós Segunda Guerra Mundial e o surgimento da denominada Guerra Fria, o capitalismo passou a assumir um caráter monopolista. Desenvolveu-se uma estratégia de penetração das suas corporações em escala global rompendo as fronteiras do estado nação. A estratégia era a dominação cultural, política e social da plataforma ideológica que retroalimenta uma espiral de conspirações e de cooptações de uma “nova” elite política na América Latina.

Os agentes internacionais privados passam a formar um forte mecanismo de ação política como a *Atlantic Community Development Group for Latin América* – ADELA. Este conglomerado, integrou: 240 companhias industriais, bancos e interesses financeiros de 23 países”(DREIFUSS, 1981).

O Presidente Juscelino Kubistchek aproximou estes conglomerados e instituiu o Plano de Metas, desenhado pelos grupos de trabalho (organismos de consulta paralelos à burocracia oficial). A modernização econômica do Brasil era parte de um projeto maior, articulado em decorrência do alinhamento com a política externa dos EUA, denominado Aliança para o Progresso. Que consistiu em doação de recursos financeiros americanos em troca da abertura de mercado e alinhamento político na geopolítica da Guerra Fria.

Em 15 de setembro de 1961, o ex presidente Kubistchek fez uma visita ao presidente Kennedy na Casa Branca. Durante um encontro formal, Kubistchek falou na deterioração potencial do relacionamento entre os dois países. [...] Kubistchek propôs um programa

abrangente de desenvolvimento para o continente, patrocinado pelos Estados Unidos, com o nome de Operação Pan-americana. Explicou que, embora tanto Eisenhower quanto o secretário de Estado Dulles mostrassem interesse por suas ideias, nunca a traduziram em ação construtiva, como esperava que Kennedy fizesse. (GREEN, 2009, p. 54).

A pobreza era entendida como um sinal do subdesenvolvimento que poderia ser superada com investimentos e capital humano. Não se aprofundava no modelo de sociedade e muito menos nas consequências do colonialismo. Os documentos e diálogos entre os presidentes do Brasil e dos EUA repercutiram nos grandes jornais, por exemplo, Tad Szulk, correspondente do New York Times no Rio de Janeiro, escreveu:

Na primeira página do jornal, em 23 de outubro de 1960, surgiu um artigo alarmista assinado por ele [Tad Szulk] intitulado “A pobreza do Nordeste do Brasil cria ameaça de revolta”. A frase inicial proclamava “Os ingredientes de uma situação revolucionária são cada vez mais visíveis em toda a vastidão do Nordeste brasileiro, afligida pela pobreza e desolada pela seca”. Na série de dois artigos, o correspondente descrevia a região em termos preocupantes e estabelecia uma relação direta entre a pobreza e o comunismo. “golpeadas por desnutrição crônica e enfermidades generalizadas”. Prosseguia o artigo, as pessoas raramente ultrapassam os trinta anos de idade. A miséria é explorada pela crescente influência esquerdista nas cidades superpopulosas, as ligas camponesas, infiltradas por comunistas, que organizam e doutrinam, tornaram-se importante fator na região”.

Vale destacar que as Ligas Camponesas eram um movimento de pequenos proprietários de terra que ganharam força com a luta pelo acesso aos direitos básicos que os trabalhadores rurais não dispunham em relação aos trabalhadores das cidades.

A diplomacia preventiva e anticomunista ganha enorme força com a eleição de Kennedy e com sua capacidade de liderar um projeto para a América Latina como um pilar da influência americana no hemisfério tendo como carro chefe a Aliança para o Progresso:

A Aliança para o Progresso seria “um grande esforço comum para desenvolver os recursos de todo o hemisfério, robustecer as forças da democracia e ampliar as oportunidades profissionais e educativas de todas as pessoas nas três Américas”. Kennedy lançou a Aliança para o Progresso no dia 13 de março de 1961 em uma elegante recepção na Casa Branca, cercado de diplomatas latino-americanos e membros do congresso. Seu programa de dez pontos para um plano de dez anos de duração prometia “uma década de progresso democrático”. a aliança seria “um vasto esforço cooperativo, de magnitude e nobreza de propósitos sem precedentes”. (GREEN, 2009, p. 57).

A OEA, neste contexto, atendia aos interesses americanos e como destacou Green(2009,p.57), o presidente Kennedy aproveitou ao máximo a influência dos EUA no organismo para legitimar a Aliança para o Progresso.

Esses recursos bilionários nunca foram totalmente efetivados. A renúncia de Jânio Quadros, criou uma forte instabilidade política e levou os militares a formar uma junta militar que impôs a Goulart o parlamentarismo.

Os militares identificavam Goulart como homem influenciado pela esquerda, e temiam que fosse influenciado a afastar-se da aliança com os EUA. Travando o denominado “progresso” da integração do Brasil com o capital internacional.

O governo Goulart defendeu uma série reformas de bases: reforma agrária; reforma urbana; reforma bancária; reforma eleitoral – incorporando o voto dos analfabetos; reforma tributária – limitando a remessa dos lucros; e reforma universitária.

A preocupação do governo americano aumentou a cada dia, na mesma proporção em que o governo ganhava força na sociedade. Portanto, era necessário fazer alguma coisa para

inviabilizar “o avanço da esquerda”, mesmo que para isso o custo fosse a democracia, como destacou Green:

O governo Kennedy adotara uma atitude de esperar para ver em relação a Goulart, quando este inicialmente assumiu o cargo. Onze meses depois, o embaixador Gordon, o subsecretário assistente do Departamento de Estado para Assuntos Internacionais Richard Godwin e o presidente Kennedy já tinham chegado a uma decisão sobre o governo. Numa reunião na Casa Branca em 30 de julho de 1962, Gordon disse: “creio que uma de nossas tarefas mais importantes é fortalecer a coluna vertebral dos militares. Deixar claro, discretamente, que não somos contrários a nenhum tipo de ação militar, qualquer que seja, caso esteja claro que o motivo dessa ação militar é...”- o presidente completou a frase: “contra a esquerda”. Gordon prosseguiu: “Ele Goulart, está entregando o diabo do país aos ...”- novamente Kennedy completou a frase: “comunistas”. Poucos instantes depois Godwin comentou: “podemos muito bem desejar que eles (os militares brasileiros) tomem o poder no fim do ano, se puderem”. (GREEN, 2009, p. 61).

A opinião pública impedia os planos de conspiração contra Goulart, que tinha em seu governo dificuldades com os militares em decorrência dos mesmos aderirem ao projeto americano. Logo se percebeu que seria necessário um planejamento mais profundo para ampliar as bases de apoio na sociedade civil, afim de desestabilizar as instituições e conseqüentemente a derrubada do poder do governo considerado esquerdista.

Embora Gordon, Godwin e Kennedy possam ter desejado um rápido fim para Goulart, levaria mais tempo do que previam para que os generais brasileiros se juntassem em um grupo coerente capaz de levar a cabo um golpe bem sucedido. Enquanto isso Washington executou uma política de estímulos às forças anti-Goulart. Financiamento clandestino à oposição política e sinais ostensivos à ala da direita estimularam os que se inclinavam pela tomada do poder dos militares. Além disso, a aliança para o Progresso demonstrava publicamente a generosidade americana. Os recursos da recém-consolidada *United States Agency for International Development* – USAID (Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional), assim como um complexo conjunto de programas que fornecia assistência ao Brasil – desde programas dos corpos da Paz e dos alimentos para a Paz até o *American Institute for Free Labor Development* – AIFLD (Instituto Americano para o Desenvolvimento de Sindicalismo Livre), patrocinado pela USAID e financiamento para treinamento de militares e policiais – formavam uma muralha de apoio para fortalecer o país contra o suposto giro iminente do Brasil para o comunismo. (GREEN, 2009, p. 61).

O planejamento consistiu em intervir nas eleições de 1962 conquistando uma maioria parlamentar contra o governo e, nos estados, era fundamental derrubar governadores alinhados a ideias ditas socialistas. Multiplicaram-se fundos e recursos administrados por pessoas ligadas aos serviços de inteligência, bem como o surgimento de ONGs de direita, capazes de mobilizar a opinião pública e cativar, pela assistência social, a simpatia das pessoas por um projeto de defesa da família e da propriedade.

Para administrar os recursos humanos e financeiros da CIA, duas importantes organizações foram criadas na sociedade civil: o IBAD - Instituto Brasileiro de Ação Democrática (fundado em 1959) e o IPES – Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (fundado em 1961), pertenciam a estes organismos empresários, militares, técnicos e funcionários de empresas multinacionais.

No IBAD, criado no Rio de Janeiro, em maio de 1959, figurava como presidente Ivan Hasslocher, dono da agência S.A. Incrementadora de Vendas Promotion, uma desconhecida agência de publicidade, fundada em 1951. Esta agência tornou-se responsável por repasses de verbas publicitárias milionárias e seu diretor presidente também acumulava em seu currículo o fato de ter sido empregado de empresas petrolíferas internacionais que possuíam capital aplicado no Brasil.

O IPES foi fundado em 29 de novembro de 1961, e representou uma integração entre militares de alta patente e empresários conservadores. Representou o núcleo conspiratório vinculado a ESG (Escola Superior de Guerra – era o centro nervoso das forças armadas).

ESG, foi fundada em 1949, por militares brasileiros, como centro de altos estudos, buscando preparar militares e posteriormente também civis, era um desdobramento da profissionalização de uma elite militar próxima aos EUA. E, no currículo da formação dos militares, tratava-se do planejamento político das estratégias: econômica e social entre os dois países.

O prestígio desse grupo facilitou a contratação de militares de alta patente para administrarem grandes empresas de capital internacional. A preferência era por oficiais formados na ESG.

O Nordeste, e particularmente Pernambuco, era associado ao crescimento eleitoral de políticos de esquerda, comprometidos com as reformas de base, que podiam representar alguma ameaça eleitoral ao planejamento da Aliança para o Progresso.

Diante disso, fortaleceu-se uma nova concepção de soberania, a denominada “soberania hemisférica” ou “continental”, denunciada pelo deputado Eloy Dutra na oportunidade do depoimento do Governador de Pernambuco Miguel Arraes na CPI do IBAD.

Em apertado resumo, os militares brasileiros entendiam que uma terceira guerra mundial era inevitável e seria necessário que o Brasil fosse aliado dos EUA. Para enfrentar o “totalitarismo” seria necessário um governo forte e se não fosse possível uma alternativa interna democrática, até um governo fascista seria tolerado, mas nunca uma hegemonia comunista.

A teia de interesses conspiratórios passou consistir de uma larga trama de apoios para se contrapor ao que seria relacionado à “ameaça comunista”. E para fazer frente, então, a esta ameaça, o IBAD financiou candidatos no pleito de 1962. No mesmo ano, documentos foram revelados e a oposição conseguiu número suficiente de deputados para propor e aprovar uma CPI.

O principal proponente da CPI foi o Deputado Eloy Dutra que objetivava investigar as atividades do Instituto Brasileiro de Ação Democrática conforme consta de publicação feita no Diário do Congresso Nacional de 15 de setembro de 1962. O texto da Resolução, subscrita por mais de 109 deputados está fundamentado nas seguintes considerações:

- a) o IBAD está financiando candidatos ao legislativo da Guanabara e demais Estados de forma tão faustosa, que gera dúvidas sobre a origem dos respectivos recursos; b) o IBAD afirma estar o país nas mãos dos comunistas e que homens públicos, que ocupam postos-chave são adeptos do regime russo, lançando pânico nos espíritos menos avisados, com fins meramente eleitoreiros; c) a revista editada pelo IBAD prega abertamente a destruição da Petrobrás; d) o IBAD justifica o financiamento que faz a candidatos ao parlamento afirmando que os recursos são provenientes da venda de sua revista. (PERNAMBUCO, 2016. p.97).

A CPI e seus documentos mostram a clara articulação para desestabilizar o Governo e construir um grupo de parlamentares com capital político de enfrentamento ao Governo dentro do parlamento. As audiências e depoimentos da CPI realizados por inúmeros envolvidos produziram documentos, os mais importantes, que foram publicados em anexo no Parecer do Relator, relativos ao uso de recursos do governo americanos no processo eleitoral brasileiro daqueles anos.

Constatou-se uma campanha ideológica de desmoralização das reformas de base, com recursos largamente investidos em promoção de filmes que difundiam a ideia da ameaça comunista, além da contratação de jornalistas, artistas e outros meios para a promoção de marchas em defesa da “democracia” e contra a ameaça comunista.



Mas nada seria mais conclusivo que o depoimento de Hécio França, um importante integrante da Associação Democrática Popular (braço parlamentar do IBAD).

No depoimento do Sr. Hécio França, tesoureiro da ADEP, causa espanto a seguinte informação: entre maio e agosto de 1962, remeteu para os estados do Amazonas, Pará, Maranhão, Piauí, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Estado do Rio de Janeiro e a capital federal Brasília, a importância de CR\$ 318.070.037,30; e para Pernambuco, a quantia de CR\$ 353.000.000,00, no mesmo período. (PERNAMBUCO, 2016. p.97).

Com a aprovação do projeto de resolução do relator, o deputado Pedro Aleixo, a CPI encerrou suas atividades na 45ª reunião, em 03 de dezembro de 1963<sup>1</sup>.

No relatório final do deputado Pedro Aleixo, em seu posicionamento final conclui:

Afirmou-se no Senado Federal que o Exército Brasileiro tem dossier completo sobre a participação do IBAD, dessa organização de terrorismo eleitoral, dessa organização de traição nacional, que despendeu bilhões de cruzeiros na tentativa de descaracterizar o congresso brasileiro, trazendo para a Câmara dos Deputados e para o Senado homens desfiados, que não defendem os interesses nacionais e sim interesses apátridas desse IBAD, que vem se recusando a informar a origem dos seus recursos e com isso trazendo mácula indelével em dezenas de mandatos que são exercidos nas duas Casas do Congresso Nacional, cujos mandatos não representam o povo brasileiro, enquanto não se esclarecer a origem dos recursos que receberam. Tem todas estas informações, o Exército Brasileiro.

A denúncia não foi confirmada pelo Exército, mas por ofício, de 28 de outubro de 1963, respondeu à CPI, através do Ministro da Guerra:

Em consequência à documentação em causa, salvo melhor juízo, deve permanecer no serviço secreto de informação do Exército, tendo em vista resguardar as fontes, o desenvolvimento das pesquisas bem como a veracidade ou não dos documentos.

O combate ao comunismo era o grande objetivo do IBAD, segundo declaração expressa do Ivan Hasslocher, conforme o manifesto de criação. O braço político do IBAD no parlamento a Ação Democrática Popular possuía os mesmos objetivos.

O papel do IBAD era em produzir propaganda com conteúdo discriminatório contra o comunismo. Publicando revistas e financiando programas de Rádio e de TV. Influenciando na opinião pública uma vez que os partidos de esquerda não tinham o mesmo recurso para responder os ataques e nem sabiam desse tipo de financiamento.

A CPI indagou, através do seu relator, acerca da origem das contribuições. Destacando a ilegalidade praticada diante da Lei nº 1164, de 24 de julho de 1950, no item I, como reproduzido *in verbis*:

É vedado aos partidos políticos receber, direta ou indiretamente, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro de procedência estrangeira.

## **A TRANSIÇÃO BRASILEIRA E A LAVA JATO**

A Constituição de 1988 representou um marco jurídico e histórico, ao superar os 21 anos de regime ditatorial. A partir dela, ratificou-se tratados de direitos humanos e o país passou a fazer parte dos sistemas Global e Regional de Direitos Humanos.

---

<sup>1</sup> O Parecer do Relator está disposto em 134 páginas datilografadas no volume 16, caixa 06, e pode ser acessada na publicação especial da Comissão da Memória e Verdade Dom Helder Câmara com o nome: "IBAD – Interferência do Capital Estrangeiro nas Eleições do Brasil".

Mas uma nova conjuntura política surge desafiando a Constituição, tudo porque novas forças sociais conservadoras se rearticularam diante do vácuo políticos da crise dos maiores partidos políticos em decorrência da denominada Operação Lava Jato (força tarefa do Ministério Público Federal em Curitiba).

Esse fenômeno midiático e jurídico influenciou decisões judiciais da primeira instância da justiça federal atuando na aplicação de novas legislações como o instituto da delação premiada e a lei que definiu organização criminosa, produzindo uma avalanche de prisões preventivas que se revestiram em fragrantíssimas ilegalidades, e homologando várias delações premiadas, que foram sendo sistematicamente vazadas na imprensa e nas redes sociais. Desestabilizando o governo de Dilma Rousseff.

O silêncio da Corte Constitucional foi um grito de alerta contra a falta de rigor na aplicação dos precedentes sobre a mesma matéria. A nova interpretação produziu uma desestabilização da política nacional e o crescimento de movimentos sociais de ultradireita.

O sistema teórico hipotético-dedutivo (Kelsen), pode ajudar a compreender os sentidos do pragmatismo da grande mídia em relação ao judiciário, os dois blocos políticos mais importantes naquela época (imprensa e os bacharéis) ganhavam ainda mais força com uma aliança entre os militares e a justiça.

Dimitri Dimoulis, no texto: “A relevância prática do positivismo jurídico”, afirmou:

O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais. Isso criou o já referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente midiática do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes. (DIMOULIS, 2019, p.221).

Trata-se, portanto, de um dilema jurídico, ou seja, a sociedade tem modificado sua percepção dos fenômenos políticos, aceitando a judicialização da política como uma resposta ao impacto da dinâmica interpretativa da legislação constitucional submetida a finalidade do “combate a corrupção, custe o que custar”.

Essa mudança no equilíbrio entre poderes estatais tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do “legislador positivo”. Dentro dessa mudança verificamos que o Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo também omissões do Legislativo. Essa situação recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas. Pergunta-se: Quais são as justificativas que permitem ao Poder Judiciário atuar de maneira que contrarie decisões de outros atores, alegando que certas decisões destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais? O que autoriza o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas, incluindo o orçamento estatal, o exercício do poder discricionário do Executivo e a liberdade econômica-contratual dos particulares? (DIMOULIS, 2019, p.222).

O perigo é promover uma sistema onde a Constituição seja meramente simbólica. Karl Loewenstein em sua teoria da classificação acerca das Constituições trataria nossa atual constituição como normativa, uma vez que o poder constituinte originário garantiu um processo político e social de adequação jurídica ao dito diálogo institucional.

De maneira oposta, os críticos do protagonismo do Judiciário indicam o risco de violação do princípio e dos procedimentos democráticos, caso os julgadores venham a substituir autoridades legitimadas pelo voto popular, como o legislador. Essa abordagem alerta para o risco de despolitizar o direito do Estado, transformando o regime democrático representativo em “Governo de juizes” ou “Juristocracia” (DIMOULIS, 2019, p. 223).

A distorção do papel do Poder Judiciário representou a opção pragmática da aplicação das normas em nome de uma agenda anticorrupção. As instituições do sistema de justiça passaram a jogar e modificar as regras constitucionais em plena tensão política, alterando seus fundamentos jurídicos para garantir que certos jogadores não tivessem sucesso nas eleições de 2018.

A Constituição não autoriza o Judiciário a decidir se as opções dos demais poderes são boas ou ruins ou se haveria melhores. A única questão que cabe aos julgadores responder é se certa decisão é inconstitucional ou ilegal. Se o julgador não puder fundamentar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, deve aceitar a solução dada pelo poder que possui a competência primária em cada caso: “*In dubio pro legislatore*” (DIMOULIS, 227).

A jurisdição constitucional, amparada em valores, fortaleceu e ampliou os mecanismos de interpretação para o julgador decidir, no caso concreto. A Justiça não pode se omitir diante de questões que são permeadas de conflitos sociais e políticos.

Como identificar o ordenamento jurídico vigente? Quais critérios permitem localizar as normas juridicamente vinculantes entre os múltiplos e parcialmente conflitantes comandos que vigoram na sociedade? O positivismo jurídico considera o direito como conjunto de normas que foram formuladas e postas em vigor por seres humanos (tese do fato social) e se impõem mediante atos dos titulares do poder social que em determinado momento prevalece de fato, sendo legitimado no sentido de sua força superior e duradoura e impedindo a aplicação de normas contrárias oriundas de outros sistemas normativos. (DIMOULIS, 2019, p.236).

Em síntese, o tribunal, ao decidir, cravou em suas fundamentações as teorias doutrinárias para uma justificação de teses que em muitos casos preenchem as lacunas das leis que foram objeto da vontade do legislador e este por sua vez, representa a sociedade de eleitores que formam o leviatã, conceito hobbesiano.

Tecnicamente, é a segurança jurídica que está no pacto democraticamente construído pelo poder constituinte originário, tratando de temas e dando forma as nossas instituições de uma forma transgeracional.

Podemos também optar por definir a segurança jurídica de maneira mais restritiva. Nessa visão, seria entendida como imperativo que: a) proíbe as leis retroativas; b) reduz a liberdade discricionária do aplicador; c) impõe a taxatividade na formulação normativa e, eventualmente, d) garante a justiça material, graças à estabilidade e à previsibilidade que propicia. (DIMOULIS, 2019, p.239).

A hermenêutica constitucional desenvolvida pelo ativismo judicial do Supremo no caso da Lava Jato fragilizou as regras revistas na Constituição, mas pode ser resultado de uma série de influências no sentido de dar sentidos diferentes que se convencionou como proporcionalidade e do caráter redistributivo da pena.

A opção pelo distanciamento juspositivista ou pelo subjetivismo desejado, característico de outras abordagens, tem consequências práticas: a) repercute nos resultados interpretativos, que podem ser ou não influenciados por elementos extra-jurídicos; b) influencia a postura ideológica do operador do direito que, sendo positivista, evitará transformar o estudo e a aplicação do direito em discurso ideológico de crítica ou defesa de determinados projetos de poder. (DIMOULIS, 2019, p.243).

Repensar o contrato social é antes de tudo reconhecer os limites de modelos teóricos e filosóficos que foram superados pela própria natureza das sociedades. Os processos de construção e mediação já deixaram de ser através das instituições políticas convencionais, por não conseguirem dialogar com novas mídias e processos (neo)institucionais de poder.

Conforme destacam J.R.N. Chiappin e Carolina Leister, em o Contratualismo como Método: Política, Direito e Neocontratualismo:

O Estado Civil como hipótese de solução do problema deve ser tratado como mais um dado deste problema. A abordagem do método analítico de solução de problemas requer que se busque, então, o elemento intermediário, a medida, a razão, na linguagem cartesiana, capaz de relacionar os termos do problema construindo uma sequência de proposições que levem dos dados iniciais até o dado que expressa a solução do problema. No caso do contratualismo, significa instituir um método para buscar e auferir à medida que conecta o Estado de Natureza, formado de indivíduos racionais e auto-interessados em interação, ao Estado Civil. P.5 (LEISTER & CHIAPPIN, 2007c. p.5).

Uma outra possibilidade de ressignificar a justiça é através do pensamento de Rawls, conforme destacam os autores de um (neo)contratualismo:

O método contratualista rawlsiano é constituído em analogia ao método contratualista clássico. Este, por sua vez, está associado aos métodos de Galileu e Descartes. Neste método, hipostasiado na “Posição Original”, o objetivo é fornecer um procedimento capaz de acessar fundamentos que, em Rawls, são seus dois princípios de justiça. Mas Rawls, ao incorporar o método cartesiano, verifica que este é, sozinho, suficiente para acessar fundamentos, tornando as ideias inatas irrelevantes. Igualmente desnecessário figura o jusnaturalismo dos contratualistas, daí o fundacionismo rawlsiano dispensar certo apriorismo daqueles (apriorismo que, acreditamos, com nosso argumento acerca do contratualismo como método, poderia mesmo ser dispensado nos clássicos). (RAWLS, 2002, p. 229 apud LEISTER & CHIAPPIN, 2007c. p.24 ).

## AS REDES SOCIAIS E OS NOVOS SENTIDOS DA DEMOCRACIA

As manifestações no Brasil em 2013, o golpe de 2016 e as eleições de 2018, não são eventos isolados, formam o *script* de um modelo de desestabilização da democracia. São eventos que precisamos apreender em seus resultados e buscar uma análise crítica das mudanças nas organizações e movimentos sociais.

A mídia registrou o acontecimento como: “O gigante acordou” – referindo-se à palavra “gigante”, usada no hino nacional “Gigante pela própria natureza”; “Vem, vem pra rua, vem” – grito com que os participantes convidavam aos que assistiam das janelas dos edifícios e de suas casas; chamamentos como “pisque a luz se nos apoia” – para aqueles que observavam das janelas das residências e edifícios comerciais; “tenho orgulho de ser brasileiro” e outras frases no sentido de pedir a redução de tarifas dos transportes, contra a corrupção, a impunidade às transgressões políticas, principalmente, melhorias na saúde, educação, transportes, nos serviços públicos e outras demonstrações de insatisfações (CUNHA, 2014, p.76).

A cidadania, em uma democracia de massa, precisa cada vez mais de sujeitos coletivos (sindicatos, partidos políticos, organizações do meio popular, associações de moradores e movimento estudantil) para se consolidar. Esta representação tem dinâmicas próprias que reproduzem determinadas culturas políticas, estabelecendo pontos nodais de integração no campo da linguagem e fixando suas identidades (ser comunista, ou ser trotskista, ou anarquista, ou ser de direita, etc.).

O poder simbólico esteve sempre presente nas relações sociais. Os instrumentos de conhecimento e de comunicação foram sendo criados, aperfeiçoados, de acordo com a necessidade de cada grupo, configurando diferenças e dando origem à formação de classes sociais. Entende-se que poder simbólico é um poder invisível por quem o exerce e por quem está sujeito a ele. Ele é ignorado, despercebido, irreconhecível, mas legitimado por interesses diversos. (CUNHA, 2014, p.142).

As denominadas redes sociais possuem um potencial de interatividade forte, capaz de transformar uma pessoa anônima em protagonistas da cena histórica e cultural. Tornou-se cada vez mais fácil a produção de conteúdos que são disponibilizados e compartilhados trazendo em seus perfis notícias falsas, denominadas *fake News*. Estas últimas são um fenômeno internacional,

em duas dimensões: a velocidade de propagação e a guerra de contra informação, criada por atores políticos indeterminados.

A internet ao dinamizar as mídias interativas, integrando-as com outras mídias, transformou as em multimídias sociais interativas. O movimento cíclico unilateral, antes feito pela televisão deu lugar ao tempo real das mídias interativas multimidiáticas e multidimensionais. A maximização de acesso às redes sociais faz crescer a audiência televisiva e radiofônica, na pós-modernidade. (CUNHA, 2014, p.76).

Seria possível traçar um paralelo desse fenômeno com o surgimento da democracia moderna, no texto de Lynn Hunt (2009), “A Invenção dos Direitos Humanos: uma História”. A autora fez uma nova abordagem histórica da Revolução Francesa, identificando o contexto literário como um fator revolucionário, em parte, decorrência dos romances e da literatura dos grandes ideólogos do movimento de contestação do feudalismo do século XVIII.

Nas periferias de Paris, entre as pessoas mais pobres e, em todas as classes, cresceu o sentimento de que estas narrativas apresentavam uma identidade que alimentava a ideia de pessoa humana embora já presente no pensamento político de Santo Agostinho), e esta condição humana, iluminista, consistiu no fato das pessoas escolherem seus destinos e de terem capacidade de discernimento sobre ideias, ideologias e teologias (ARENDR, 2000).

Trata-se da ruptura do princípio aristotélico, amplamente difundido na idade média, de uma sociedade focada na explicação, seja teológica ou política, da *maxima moralia*, para a *mínima moralia* (ADORNO, 2006). Esta transição concretizou-se no Pacto de Vestefália, que estabeleceu um novo conteúdo ao direito e na primazia da Lei como autoridade laica, o denominado *juz gentium*:

Responde à ideia fundamental de que deveria existir um direito comum da humanidade que, para valer para todos os povos, deveria fundar-se em princípios extraídos da razão universal.” (DINH, 2003, p.48).

Essas ideias, como os valores da liberdade, fraternidade e solidariedade, tornaram-se pilares da Revolução Francesa, e seu processo de constitucionalização promoveu o fenômeno jurídico da generalização das garantias fundamentais. Lynn Hunt (2009), destacou entre outras questões, que em 1770, o Parlamento Francês aboliu a primogenitura (um instituto de direito de família que dava privilégios e direitos especiais de sucessões ao patrimônio ao primeiro filho) e a total superação das terríveis “*lettres des cachet*”, um repositório legal que permitia às famílias prender seus filhos em prisões sem julgamentos (HUNT, 2009).

A literatura e as ideias iluministas inflamaram os movimentos revolucionários, numa relação que se deveu pelos textos lidos entre os literatos iluministas e leitores anônimos. É preciso conceber um pensamento original que incide sobre uma massa de leitores, formada para receber as ideias dos “líderes” revolucionários. Ou seja, a massa vai para as ruas, mas quem conduz o processo revolucionário são os iluministas.

Não demorou para “a bandeira mudar de mãos”, ou seja: “A liberdade conquistada estava quase na medida das suas conveniências, isto é, liberdade econômica para os empresários e liberdade de assalariamento para os trabalhadores” (TRINDADE, 2002, p.115).

Na atualidade, o protagonismo que emergiu das redes sociais, criou milhões de escritores e leitores de mídias sociais. As plataformas digitais de interatividade em tempo real se multiplicam de uma forma nada gratuita, com a capacidade cada vez maior de criar mecanismos inteligentes de conexão entre as linguagens (imagem, som e texto).

A realidade virtual passou a emergir e reproduzir o conteúdo de vários grupos conservadores formando uma multidão de pessoas, aglomeradas em busca de uma identidade

coletiva. Estes grupos fomentaram um discurso de legitimação de preconceitos de toda espécie. Por exemplo, não é difícil constatar que a ideia de ser apartidário é uma forma de posicionar-se na realidade de crise pela qual passam as instituições políticas no país, principalmente os partidos, dando margem ao crescimento dos discursos fascistas.

## CONCLUSÃO

O Brasil conviveu em toda sua história constitucional com o desafio de superar a resistência de construir, nas suas instituições, uma ética pública. Parte desse desafio resultou da importância dos diversos níveis da jurisdição constitucional como produto de uma efetividade que se desdobrou no ativismo jurídico.

A ciência do direito, como epistemologia e linguagem, fundamentou a construção lógico-intelectual da argumentação jurídica baseada em princípios que moldam e consolidam a segurança jurídica de uma sociedade. Diante desses elementos, podemos constatar que parte da instabilidade que o país atravessa é resultado de uma perda significativa de valores democráticos que não poderiam ser relativizados.

A judicialização da política seguiu-se a um pragmatismo dos resultados expostos cotidianamente na mídia profissional, curioso é constatar que o mesmo não aconteceu com os crimes praticados pelos agentes da ditadura militar que durou 21 anos no Brasil. Ao contrário disso, o STF recepcionou a lei da anistia em uma interpretação que gerou diversos crimes de direitos humanos.

O porquê dessa seletividade pode ser explicado diante do apoio ao golpe de 1964 dos estamentos burocráticos que dão ao poder político no Brasil uma democracia tutelada. E a reduzida *accountability* das políticas públicas de memória.

Vale ressaltar também o apoio americano ao golpe civil-militar de 1964 como fundamental para a consolidação de um projeto de “integração” e “modernização conservadora” que escondia os objetivos estratégicos da *pax* americana. Este apoio foi revelado pelos documentos apresentados na CPI do IBAD que serviram de biombo para a sórdida interferência financeira nas eleições de 1962 no Brasil.

A análise da CPI do IBAD e do parecer do seu relator deputado Pedro Aleixo demonstraram que a operação financeira que custeou os gastos da ADEP previa a fidelização dos deputados leitos com o objetivo controlar uma bancada capaz de interferir no parlamento brasileiro e até eleger o primeiro ministro do país, uma vez que naquela eleição havia o sistema parlamentarista imposto pelos militares.

Demonstrou-se no texto, inclusive, que o golpe de 2016 e os resultados eleitorais de 2018 são resultados do fortalecimento do pensamento conservador e de um revisionismo acrítico de um monopólio do poder mediático formando a opinião pública em uma falsa disputa maniqueísta entre os que defendem o sistema e os que são contrários a velha política.

O quadro agrava-se diante do desmonte das políticas de direitos humanos no Brasil e no mundo. Criou-se, portanto, a necessidade de reinventarmos criticamente metodologias e instrumentos de formação de novos atores sociais.

É fato que a democracia está ameaçada e que como resposta é fundamental reafirmar a defesa do Estado Democrático de Direito como única forma de garantir e assegurar a não repetição das graves violações de direitos humanos que a ditadura produziu.

O poder judiciário tem uma grande responsabilidade diante da impunidade dos crimes de tortura que foram investigados pela Comissão Nacional da Verdade e pelas Comissões Estaduais da Memória e da Verdade.

Inclusive, as comissões produziram uma ampla mobilização nacional em torno do direito à memória e à verdade fortalecendo a importância de enfrentar o tema à luz do direito internacional dos direitos humanos uma nova interpretação da lei da anistia.

Em síntese, a interpretação do STF da lei da anistia significou um perdão geral e irrestrito aos crimes praticados pelos torturadores, mas trata-se de uma legislação que para ser juridicamente interpretação, exige que seja considerado o sistema ético dos tratados de direitos humanos que o Brasil faz parte. Particularmente na OEA, como demonstrou as seguidas sentenças que condenaram o país na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Gomes Lund e Vladimir Herzog) e que já sinalizam para o nível de impunidade que o país pratica contra as vítimas da ditadura.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal da política brasileira**. 1.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ADORNO, Theodor. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forence: Universitária, 2000. 348p.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

CHIAPPIN, J.R.N. e LEISTER, Carolina. **O Contratualismo como Método: Política, Direito e Neocontratualismo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n35/v18n35a02.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **A Relevância Prática do Positivismo Jurídico**. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132/127>. Acesso em: 12 fev. 2019.

DINH, Nguyen Quoc (org); DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2º Ed. Pariz: Fundação Calouse Gulbenkian. 2003. 1517p.

DUTRA, Eloy. **Sigla da Corrupção**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 1963.

DREIFUSS, René Armand. **1964: A Conquista do Estado – Ação Política, poder e golpe de classe**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1981.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 2001.

FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Mimeo. p.7.

GREEN, James N. **Apesar de Vocês: oposição à ditadura brasileira nos Estados Unidos, 1964-1985**. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

HUNT. Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LYNCH, Chistian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito & PráxisRev.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, n. 2, 2017, p.974-1007.

PERNAMBUCO. Comissão Estadual da Memória e Verdade. **Cadernos da memória e verdade**. v.4. Recife: Secretaria da Casa Civil do Governo do Estado de Pernambuco, 2016. 234p.

PRADO. Caio. **A Formação do Brasil Contemporâneo**. 23ª São Paulo: Ed Brasiliense, 1997.

NABUCO, Joaquim. In: **Essencial Joaquim Nabuco**. MELLO, Evaldo Cabral de. São Paulo: Penguin Classics. Companhia das Letras, 2010.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.



# O PAPEL DO MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DE PERNAMBUCO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

**Maria Lygia Koike**

Mestra em Direito (FDUC). Perita (MEPCT/PE).

**Marília Monteiro Nascimento**

Mestra em Direitos Humanos (UFPE). Perita (MEPCT/PE).

## INTRODUÇÃO

No ano de 2011, o presídio Professor Aníbal Bruno, localizado em um perímetro urbano, na zona Oeste da cidade do Recife, Estado de Pernambuco, passou a ser objeto da medida cautelar nº 199/2011 no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e atualmente, em razão do cumprimento parcial das recomendações emitidas pela mesma, encontra-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), tendo como mote para o início deste procedimento uma série de denúncias de violações aos Direitos Humanos, dentre as quais torturas e superencarceramento.

De modo paralelo a esse contexto, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e o Protocolo Facultativo à Convenção (OPCAT), instituindo por meio da lei nº 12.847/2013 o Sistema, o Comitê e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. O Estado de Pernambuco, em razão das recomendações decorrentes da medida cautelar do Presídio Professor Aníbal Bruno e da Comissão Nacional da Verdade, no ano de 2012 instituiu a lei nº 14.863 que criou o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT/PE), sendo o segundo Estado da federação a efetivamente instituir e equipar o órgão. O MEPCT/PE é um órgão autônomo, intimamente ligado com o disposto no OPCAT/ONU, e que está alocado na estrutura da Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos. Sua composição é constituída por seis peritos nomeados com a finalidade de monitorar espaços públicos e privados de privação e restrição de liberdade buscando verificar a situação real das pessoas mantidas em isolamento. É do âmbito de atuação do MEPCT/PE espaços como presídios e penitenciárias, unidades do sistema socioeducativo, delegacias de polícia, instituições de longa permanência para idosos (ILPIs) e comunidades terapêuticas. As inspeções do MEPCT/PE são realizadas sem aviso prévio, com uso de equipamentos para documentação e são seguidas do desenvolvimento de um relatório composto por recomendações que buscam melhorar as condições das pessoas que se encontram em situação de privação ou restrição de liberdade. Após a realização das inspeções, as recomendações apresentadas nos relatórios passam a ser monitoradas pelo órgão.

O MEPCT/PE está incluído em uma rede de entidades que atuam na prevenção e combate à tortura em âmbito global e a importância da instituição e manutenção de um órgão com esta finalidade é fundamental, tendo em vista que corresponde a mais um legitimado com a função de tutelar Direitos Humanos por meio da análise das condições da privação e restrição de liberdade. Diante do exposto o presente trabalho tem como objetivo principal ressaltar a necessidade da implementação no Brasil de mecanismos estaduais de prevenção e combate à tortura como meio de fortalecer o sistema nacional e internacional de proteção dos Direitos Humanos, elucidando a questão sobre qual a importância da instituição da medida cautelar do Aníbal Bruno para o surgimento de instrumentos de tutela efetiva de direitos, dentre os quais o MEPCT/PE? O trabalho

parte do método bibliográfico e documental, a partir da análise de documentos referentes à medida cautelar nº 199/2011.

## **MEDIDA CAUTELAR Nº 199/2011: PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NO PRESÍDIO PROFESSOR ANÍBAL BRUNO**

Em prelúdio, faz-se necessário apresentar o funcionamento da estrutura de proteção de Direitos Humanos na América que alicerça a existência da medida cautelar que tem como objeto o Presídio Professor Aníbal Bruno. Nesse diapasão, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) vem a ser composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo composto por sete membros independentes. A CIDH foi criada no ano de 1959 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), no âmbito da Carta da OEA, tendo como função a observância e a defesa dos Direitos Humanos, bem como funcionar como um órgão consultivo nesta matéria para a OEA. (COMISSÃO, s.d.)

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos funciona como um tribunal autônomo, sendo assim tem função jurisdicional e consultiva, e tem a finalidade de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A CorteIDH é composta por sete juízes, cujas nacionalidades compreendem países membros da OEA. (ESTATUTO, 1979)

Feita esta apresentação acerca dos organismos que compõem o SIDH, passaremos a abordagem acerca da Medida Cautelar que compreende o Presídio Professor Aníbal Bruno. No ano de 2010 um grupo de entidades formaram uma coalizão com a finalidade de documentar as violações aos direitos ocorridas no então Presídio Professor Aníbal Bruno<sup>1</sup>. Dentre as entidades que se organizaram para peticionar à CIDH estavam a Pastoral Carcerária (Nacional e do Estado de Pernambuco), a Justiça Global, a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard e o Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões (SEMPRI). As entidades documentaram denúncias de tortura, superencarceramento, violência e dificuldades para a garantia do direito à saúde e fizeram pedidos em seu relatório, dentre os quais, a adoção de medidas para garantia da vida e da integridade dos presidiários, dos funcionários da unidade prisional e visitantes, melhorias no atendimento à saúde, redução da superpopulação prisional e ampliação do quadro de agentes penitenciários, visando à eliminação dos “chaveiros”<sup>2</sup>.

Em razão do acolhimento desta denúncia, em agosto de 2011 a CIDH emitiu medidas cautelares (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011) com o objetivo de que o Estado brasileiro garantisse a vida, a integridade pessoal e a saúde das pessoas privadas de liberdade; determinou a adoção das medidas necessárias para a contratação do pessoal da segurança, de modo que a figura do “chaveiro” fosse eliminada e não fosse conferido a um preso funções disciplinares, de controle ou segurança; exigiu melhorias no serviço de saúde prestado na unidade, de modo que também fosse evitada a transmissão de doenças contagiosas, tendo na superpopulação prisional um fato determinante para tal. No ano de 2012 a CIDH ampliou tais

---

<sup>1</sup> Na página “Arquivo Aníbal” (<http://arquivoanibal.weebly.com/>), é possível encontrar um apanhado de informações acerca do surgimento da medida cautelar nº 199/2011, bem como, os autos do processo referentes a este litígio atualizados até fevereiro de 2015.

<sup>2</sup> “Chaveiro”, também chamado de “Representante”, segundo o relatório “O Estado deixou o mal tomar conta”, publicado pela Human Rights Watch em 2015, é o preso que recebe as chaves do pavilhão e das celas, sendo responsável pela manutenção da ordem. Estes indivíduos ainda são responsáveis pela venda de drogas, extorsão de dinheiros dos outros presos, venda de locais para dormir e promoção de violência e espancamentos contra iguais. Estes indivíduos gozam também de “mordomias” em relação aos demais presos como morar em celas privadas, com televisão, geladeira, banheiro e ventilador.

medidas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012) para incluir também a proteção dos funcionários do presídio e dos visitantes, visto que, sobretudo os primeiros corriam risco de violência.

Também no ano de 2012, o Presídio Professor Aníbal Bruno passou por mudanças estruturais que ocasionaram uma divisão tripartida em sua superfície, ocasionando a criação de três unidades contíguas e de administração independente, quais sejam, o Presídio Juiz Antônio Luis Lins de Barros (PJALLB), o Presídio Asp Marcelo Francisco de Araujo (PAMFA) e o Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB). A tentativa foi de gerar mais vagas, uma vez que considerando as três unidades há uma totalidade de mil e oitocentas vagas, no entanto, a precariedade da privação de liberdade vivenciada pelos internos do antigo Aníbal Bruno foi multiplicada por três, de modo que a superpopulação carcerária se mantém presente nas três unidades até os dias atuais, onde foi possível encontrar uma totalidade de aproximadamente seis mil e trezentos presos em novembro de 2019. No que tange a este aspecto específico, cabe pontuar a política de segurança pública encabeçada pelo Estado de Pernambuco, tendo no Programa Pacto pela Vida<sup>3</sup> um dos principais fatores determinantes do aumento exponencial das taxas de encarceramento.

Em razão da inobservância da garantia eficaz pelo Estado brasileiro no que tange as medidas determinadas pela CIDH, no ano de 2014 o caso foi levado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos que emitiu as primeiras medidas provisórias por meio de uma resolução (2014) no mês de maio do mesmo ano. Dentre o que foi exigido pela CorteIDH na Resolução podemos elencar: que o Estado tomasse as medidas pertinentes de forma imediata para proteger de modo eficaz a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo Prisional do Curado, assim como dos agentes penitenciários, funcionários, visitantes e qualquer pessoa que se encontrasse na unidade, determinando ainda que os representantes dos beneficiários fossem informados acerca das medidas tomadas pelo Estado e que os mesmos apresentem suas observações à CortelDH.

Em outubro de 2015 foi emitida mais uma Resolução (2015) pela CortelDH reiterando, dentre outras exigências, a necessidade de proteção da vida e da integridade dos beneficiários da medida. No dia 08 de junho de 2016, pela primeira vez na história, juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos se deslocaram da sede da CortelDH em San José, na Costa Rica, para realizar uma inspeção *in situ*, em uma unidade prisional em decorrência de uma medida cautelar. A inspeção foi realizada por dois juízes da Corte, acompanhados de um secretário, representantes do Estado, integrantes dos Mecanismos Estadual e Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, representantes dos beneficiários, um representante da CIDH e policiais, e foram percorridos diversos espaços das três unidades prisionais, como a enfermaria, o “rancho” (cozinha e padaria), os pavilhões do PJALLB conhecidos por “Galpão”<sup>4</sup>, “Minha cela, minha vida”<sup>5</sup>, “Seguro” (espaço destinado para os presos ameaçados de morte) e a “cela LGBT”. Após a inspeção realizada pelos

---

<sup>3</sup> “O Pacto Pela Vida (PPV) é um programa do governo do estado de Pernambuco que tem como finalidade reduzir a criminalidade e controlar a violência. A implementação do PPV, que desde 2007 colocou em marcha uma série de estratégias de repressão e prevenção do crime com foco na redução dos homicídios, foi responsável pela diminuição de quase 40% dos homicídios no estado entre janeiro de 2007 e junho de 2013.” (RATTON; GALVÃO; FERNANDEZ, 2014, p. 11). No entanto, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (MACÊDO, 2012, p. 120) houve uma progressão do quantitativo de presos provisórios e condenados em Pernambuco entre 2007 e 2011.

<sup>4</sup> “Espécie de barracão, com teto alto, onde os presos vivem e dormem todos juntos no piso. Alguns presos têm celas individuais construídas por eles mesmos, como buracos nas paredes desse galpão.” Fonte: Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016.

<sup>5</sup> “É, em realidade, muito similar a uma favela, onde os internos construíram minis celas com dois andares e o esgoto circula sem tratamento. Em cada cela viviam de um a três internos (...). Os banheiros das celas ‘de baixo’ eram privados; enquanto os internos que vivem e dormem no ‘segundo andar’ compartilhavam um banheiro comum.” Fonte: Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016.

juizes, foi emitida mais uma Resolução (2016), esta datada de novembro de 2016, e no âmbito deste texto também é citado o relatório de inspeção produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, após duas idas ao Complexo do Curado. Nesse diapasão ficou determinado que dentro do prazo de noventa dias o Estado deveria apresentar à Corte um Diagnóstico Técnico para determinar as causas da situação de superlotação e superpopulação verificadas e um Plano de Contingência, com medidas para solucionar tal quadro e garantir os direitos à vida e à integridade dos beneficiários. Em julho de 2017 a então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, também realizou uma inspeção no Complexo Prisional do Curado, ocasião em que questionou a aplicação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (TOLEDO, 2017).

Em novembro de 2018 a CortelDH emitiu mais uma Resolução (2018) onde ficou determinado novamente que o Estado adotasse imediatamente as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida, a saúde e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Prisional do Curado, bem como de qualquer pessoa que se encontrasse nesse estabelecimento, tais quais os agentes penitenciários, os funcionários e os visitantes. Ficando determinado ainda que se pusesse em execução imediatamente o Diagnóstico Técnico e o Plano de Contingência e que fossem tomadas as medidas necessárias para que não ingressassem novos presos no Complexo de Curado, e nem se efetuassem traslados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa. O Estado deveria arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da decisão em análise, se fosse computado em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no âmbito da unidade prisional, para todas as pessoas ali alojadas que não fossem acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou que não tenham sido por eles condenadas.

Interessante destacar no que tange ao último ponto, a determinação de computar por dois dias cada dia de privação vivido pelos presos do Complexo do Curado, tendo em vista o “sofrimento antijurídico” (RESOLUÇÃO, 2018) que tais pessoas são submetidas diariamente. É extremamente interessante essa decisão, no sentido de representar uma compensação e ao mesmo tempo uma garantia à vida e à dignidade das pessoas encarceradas, no entanto, no que tange a efetividade desta recomendação a mesma implicaria em uma mudança na contagem da pena, o que não é um empecilho processual, uma vez que está prevista na legislação brasileira a remição da pena pelo trabalho, pelo estudo ou pela leitura.

Também é um ponto de destaque no que tange a medida cautelar acerca do Complexo do Curado que foi criado um Fórum de Monitoramento das Medidas Provisórias impostas ao Estado brasileiro. Já foram realizadas oito reuniões na sede do Ministério Público Federal, no Recife, onde compareceram representantes do Governo, dos petionários, da Universidade Federal de Pernambuco, da Defensoria Pública da União e do Estado, do Tribunal de Justiça, do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, do Departamento Penitenciário Nacional, dentre outros. O objetivo do fórum é verificar como tem se desenvolvido a implementação das recomendações da CortelDH, além de desenvolver estratégias que possibilitem melhoras efetivas para as pessoas que se encontram sobre a proteção da cautelar, uma vez que a reunião agrega diversas entidades, além de também ampliar o debate acerca da medida cautelar (MPF, 2019).

Em razão da instituição da medida cautelar do Complexo do Curado podemos considerar que houve um estímulo para a criação do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura de Pernambuco, uma vez que o órgão representa uma instituição legitimada para tutelar Direitos Humanos, visando a garantia da dignidade das pessoas que estão sob privação ou restrição de liberdade. No 1º Informe da República Federativa do Brasil à CIDH, de 24 de agosto de 2011, o Governo do Estado esclarece que enviou para a Procuradoria Geral do Estado o projeto de lei com

a proposta de criação do MEPCT/PE, tendo vistas ao reforço da ação de combate e prevenção da tortura. No 4º Informe, de 28 de outubro de 2013, o Estado informa que por meio da lei estadual nº 14.863, de 07 de dezembro de 2012, foi criado o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura e redefinido o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, no entanto, nenhum dos dois órgãos ainda estava em funcionamento. No 1º Relatório à Corte, de 02 de outubro de 2014, o Estado esclarece que o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura de Pernambuco iniciou seu funcionamento efetivo desde o final do ano de 2013, e o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura teve seu processo seletivo para composição da equipe em 2014.

## **VÍNCULOS QUE NÃO PODEM SER ROMPIDOS: OS DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DOS ESTADOS**

Preliminarmente é preciso estabelecer uma relação direta entre a tortura e os Direitos Humanos. Mesmo não havendo um conceito fechado, definido e pré-estabelecido do que sejam os Direitos Humanos, devemos percebê-los como direitos inerentes ao ser humano, apesar da sua construção histórica, que buscam preservar a dignidade humana, independentemente, da condição que esteja submetida à pessoa. Assim, estando uma pessoa presa ou em liberdade, estando um país em tempos de paz ou de tensão política, o paradigma dos Direitos Humanos deve nortear sempre a relação do Estado com as pessoas sob sua jurisdição.

Historicamente nos momentos de instabilidade social ou da ascensão de políticos da extrema direita ao poder, a primeira coisa a ser flexibilizada são os Direitos Humanos: os agentes estatais se emponderam de um falso ufanismo e em nome da segurança pública, da ordem e da soberania atentam contra a dignidade das pessoas, principalmente, se elas pertencerem a grupos hipossuficientes<sup>6</sup>, extrapolam suas prerrogativas “de homens da lei” subjugando os “homens comuns” através da violência e da brutalidade da tortura.

Os fatos comprovam nossa afirmativa. No passado, nas ditaduras civil-militares da América Latina a prática da tortura foi legalmente instituída contra os presos políticos (BARRETO, 2018). Recentemente, o mundo conheceu as “técnicas de interrogatórios intensificadas<sup>7</sup>”, ou seja, as práticas de torturas aplicadas contra os presos no Campo de detenção de Guantánamo<sup>8</sup>. No início de 2019 os peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) realizam inspeções em unidades prisionais no Estado do Ceará<sup>9</sup> e foi constatada a prática da tortura e

---

<sup>6</sup> Lembramos aqui o caso da África do Sul, onde o Partido Nacionalista subia ao poder em uma plataforma de discriminação racial e étnica.

<sup>7</sup> No relato do preso Maryland Khan, cidadão paquistanês aprisionado em Guantánamo, feito aos seus advogados, a vítima narra as sessões de afogamento simulado, alimentação retal forçada, que como não é um método terapêutico reconhecido pelos médicos, configura-se com um estupro. Khan relata que a pior tortura foi ser colocado nu e encapuzado em uma barra de madeira durante alguns dias e neste período os militares americanos jogava água gelada e um ventilador na direção do seu corpo para que ele não dormisse. Reportagem da Folha de São Paulo (ROHDE, 2015).

<sup>8</sup> Este Campo de detenção foi criado pelo Governo Norte-Americano no ano de 2002 como parte da Guerra contra o Terrorismo. A maioria dos seus presos são homens e mulçumanos, que foram detidos sem qualquer tipo de acusação. Segundo a Anistia Internacional, a tortura e os maus tratos fazem parte da realidade das pessoas presas neste lugar, inclusive tal prática é reconhecida pelo governo Norte-Americano que a justifica como uma tática contra os “terroristas”. Reportagem do G1 (2015).

<sup>9</sup> Centro de Detenção Provisória, a Casa de Privação Provisória de Liberdade III e o Centro de Triagem e Observação Criminológica, entre 25 de fevereiro e 1º de março de 2019. Na primeira unidade, encontraram superlotação, más condições estruturais, presos transferidos em condições irregulares para ala improvisada e falta de atividades de educação e trabalho para ressocializar o detento. Na Casa de Privação Provisória de Liberdade III o órgão identificou isolamento irregular e a aplicação de "castigos coletivos" e "torturas generalizadas".

tratamento degradante contras as pessoas privadas de liberdade que praticaram ataques no centro urbano da capital cumprindo ordens das facções criminosas presentes nas unidades prisionais do Estado. Em razão desta inspeção, e como forma de represália aos trabalhos dos peritos do MNPCT o atual Governo Federal através do Decreto nº 9.831/2019 destituiu os onze peritos do órgão e passou a considerar a função deles, voluntária. Tal ato configura não somente uma tentativa de desmontar o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura<sup>10</sup>, mas também demonstra uma harmonia com o posicionamento oficial do representante máximo do Governo Federal<sup>11</sup>, que se manifesta completamente avesso à pauta da prevenção e combate à tortura no Brasil.

Atualmente alguns países da América Latina passam por crises políticas, como por exemplo, o Chile onde o governo decretou toque de recolher como uma forma de tentar limitar as manifestações da sociedade. Até o momento da elaboração do presente trabalho havia 1.574 pessoas feridas em hospitais e 4.316 pessoas detidas e foram instauradas 179 ações no Poder Judiciário por casos de tortura, maus-tratos, imposição de situação degradante e violência sexual (DOM TOTAL, 2019).

## **DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA AO SISTEMA NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA**

A história da humanidade é marcada pela violência<sup>12</sup>, por atos de barbáries; mas somente com o fim da Segunda Guerra Mundial foi que a humanidade tomou conhecimento das atrocidades perpetradas pelo nazismo, houve uma perplexidade que chocou a consciência mundial e proporcionou o estabelecimento de um categórico de não repetição: atos semelhantes aqueles jamais deveriam ocorrer.

---

<sup>10</sup> O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura foi instituído através da Lei nº 12.847/2013 que também criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei nº 12.847/2013 honra com os compromissos constitucionais presentes no art. 5º e internacionais firmados pelo Brasil quanto o combate e a prevenção à tortura, quando ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1989, a Convenção Contra a Tortura das Nações Unidas de 1991 e o Protocolo Adicional à Convenção Contra a Tortura das Nações Unidas em 2007. Este sistema é composto pelo CNPCT, MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional. Os parâmetros do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura são o compromisso com os Direitos Humanos, de modo especial com os direitos das pessoas privadas de liberdade. O CNPCT é um órgão constituído por representantes da sociedade civil e do governo que tem por competência analisar a política de prevenção e combate à tortura; supervisionar essa política; acompanhar processos de tortura; realizar acompanhamento legislativo; avaliar e acompanhar os projetos de cooperação internacional entre governo brasileiro e organismos internacionais; promover estudos e campanhas; apoiar a criação dos Comitês na esfera Estadual e dos Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura. No que diz respeito ao MNPCT este é um órgão de Estado e não de governo e é um órgão previsto no OPCAT constituído por onze peritos que são escolhidos pelo CNPCT. Sendo a função deste órgão proceder à realização de inspeções regulares e periódicas aos locais de detenção; articular-se com o Subcomitê de Prevenção das Nações Unidas; requerer investigação, perícias e produzir provas; elaborar relatórios das visitas realizadas e preparar recomendações; fazer proposições legislativas. (BRASIL, 2015).

<sup>11</sup> Há várias declarações e manifestações do atual chefe do Poder Executivo Nacional que elogia e enaltece torturadores e atos que configuram violações aos Direitos Humanos. Cf.: Reportagens disponíveis em: (G1, 2019) e no mesmo sentido (UOL, 2014).

<sup>12</sup> Não podemos deixar de citar aqui o genocídio das nações indígenas na colonização do Brasil pelos portugueses, no mesmo sentido o processo de escravização do povo negro que foi sequestrado dos seus territórios, martirizado, torturado e forçado a trabalhar no Brasil. Assim compreendemos que a história e fundação do Estado brasileiro também é marcada por grandes violações de Direitos Humanos.

Em 1945<sup>13</sup> representantes de vários países se reuniram com o propósito de firmar um acordo internacional para promover a paz e prevenir futuras guerras e em continuidade ao trabalho, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas se reuniu novamente em 1948 e elaborou um documento que viria a ser o mais reproduzido no mundo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>14</sup> (DUDH), com ela e ideia de Direitos Humanos ganha forma e conteúdo e a referida Declaração, que passa a ser o *télos* para vários documentos internacionais, impõe ao Estado o dever de limitar suas ações face às pessoas e garantir ao cidadão o pleno exercício de direitos e liberdades. E assim os Estados assumem um compromisso universal com os Direitos Humanos e com as liberdades fundamentais.

Atentar contra os Direitos Humanos passou a ser um ato repugnante às sociedades minimamente civilizadas e isso foi instrumentalizado em vários documentos, dentre eles a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes – 1984. Este documento merece destaque por ser a primeira convenção especializada em um tipo particular de violação aos Direitos Humanos, além de ser o documento que norteia a atuação dos Mecanismos de Prevenção e Combate à Tortura em funcionamento no Brasil<sup>15</sup> e no mundo.

Mesmo com aprimoramento do Direito Internacional dos Direitos Humanos que buscam preservar a integridade (física e mental) da pessoa humana, a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante é uma realidade presente e persistente em muitos países, principalmente, nos espaços de privação e restrição de liberdade.

Pensando nestas condições, o banqueiro suíço Jean-Jacques Gautier, inspirado também na atuação da Cruz Vermelha que passou a visitar os prisioneiros de guerra nos espaços de privação de liberdade e em função destas visitas houve uma redução nos casos de tortura, pensou na criação de um sistema de visitas semelhante às realizadas pela Cruz Vermelha, mas que pudesse conhecer a real situação das pessoas presas (PROTOCOLO, 2010, p. 11). No ano de 1973, a Anistia Internacional desenvolveu a primeira campanha pelo banimento da prática de tortura e em 1977 foi criado por Jean-Jacques Gautier o Comitê Suíço Contra a Tortura e que posteriormente se transformaria na Associação de Prevenção à Tortura (APT), associação internacional de prevenção à tortura que agiu politicamente para a implementação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura<sup>16</sup> e que desenvolve o relevante papel de capacitar os peritos dos Mecanismos em

---

<sup>13</sup> Não esquecendo o contexto de perseguição das minorias lembre Etienne Mbaya (1997, p. 17): “Vivemos, desde 1945, um período de reconhecimento da sua universalidade e inclusividade, sendo, também, um período de reivindicações dos povos no sentido de exercerem o direito à autodeterminação como um direito dos povos e do homem. É o momento da democratização, da descolonização, da emancipação, da luta contra o racismo e todas as formas de discriminação racial. O direito à existência, à vida, à integridade física e moral da pessoa e a não discriminação, em particular a racial, são normas imperativas da comunidade internacional ou da natureza do *ius cogens*”.

<sup>14</sup> Lembramos aqui o art. 5º da DUDH (1948) estabelece que: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, e de acordo com este documento, a proibição da tortura é absoluta. Assim como esta proibição é prevista também pelo direito internacional consuetudinário.

<sup>15</sup> No Brasil o primeiro Estado a ter um Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura foi o Rio de Janeiro, depois Pernambuco. Atualmente encontra-se em funcionamento o de Rondônia, Estado da federação que assim como Pernambuco também teve um procedimento instituído no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações aos Direitos Humanos da população carcerária (Caso Urso Branco) e a Paraíba. Estão em vias de criação os Mecanismos do Maranhão, São Paulo e Santa Catarina.

<sup>16</sup> “O Protocolo Facultativo foi adotado pela Assembléia Geral em dezembro de 2002 e entrou em vigor em junho de 2006. Desde então, dois novos atores surgiram no campo da prevenção à tortura: o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), o órgão de tratado estabelecido pelo Protocolo Facultativo, e os Mecanismos Preventivos Nacionais (MPN), os quais cada Estado-Parte do Protocolo Facultativo é obrigado a manter, designar ou estabelecer para desempenhar o trabalho preventivo a nível nacional. Um terceiro elemento previsto pelo Protocolo Facultativo, e que ainda não está operando, trata-se do Fundo Especial. Este ainda deve ser criado, a fim de auxiliar na implementação das recomendações do SPT e na formação e treinamento

todo o mundo e, justamente, por isso já esteve no Recife em quatro ocasiões. A APT dentre outras ações, fomenta a capacitação dos profissionais que trabalham com pessoas privadas ou restritas de liberdade e fortalece o debate público sobre a transparência dos locais de privação de liberdade (APT, s.d).

O OPCAT (ONU, 2002) somente foi ratificado em 2002, na cidade da Costa Rica e foi pensado para criar órgãos permanentes de inspeção e monitoramento aos espaços de privação e restrição de liberdade como meio de prevenir e combater a tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. E o grande diferencial da implementação destes órgãos de monitoramento é a prevenção à tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes através de inspeções regulares aos espaços de privação de liberdade. O OPCAT está estruturado em sete partes, aqui destacamos as mais relevantes para a implementação dele: diferencia as obrigações dos Estados no que diz respeito às obrigações inerentes aos mecanismos nacionais e internacionais, depois dispõe sobre a criação do subcomitê, seu funcionamento, dos mandatos do subcomitê, a implementação dos mecanismos nacionais e uma vez instituído que seja determinado o mandato, as competências e garantias dos seus peritos, por exemplo.

O OPCAT estipula o estabelecimento de sistema duplo de prevenção, o primeiro com o subcomitê (na esfera internacional) e a implementação de Mecanismos Nacionais e Estaduais de Prevenção à Tortura, que devem ser instituídos até um ano após a entrada em vigor do OPCAT ou em um ano a contar da ratificação ou adesão ao Protocolo. E com base neste sistema, há a previsão de visitas regulares e sem aviso prévio aos locais de privação e restrição de liberdade para que assim, seus peritos conheçam a realidade a qual as pessoas estão submetidas e possam propor recomendações de melhorias através da elaboração de relatórios que poderão ser confidencial ou públicos.

Mesmo com tantos instrumentos jurídicos, com tantos organismos de Direitos Humanos que atuam nos espaços de privação e restrição de liberdade, estes locais ainda são ambientes envoltos em uma manta impermeável, de difícil acesso as organizações de Direitos Humanos, pois servem de palco para os atos de violências, abusos, torturas e tornar estes espaços acessíveis é desnudar a violência do Estado e tornar público um sistema perverso e violador de Direitos Humanos, principalmente para população periférica, negra e pobre (ONU, 2001, p. 03). A história não nos deixa mentir: o Massacre do Carandiru (COMISSÃO ORGANIZADORA, s.d), a primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE, 2006) que se deu em função das torturas sofridas pelo paciente Damião Ximenes que estava em um hospital psiquiátrico vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS), e os relatos de violência que ocorreram em Instituição de Longa Permanência para Idosos (CUNHA, 2019).

Mesmo o Brasil sendo signatário de vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o Estado brasileiro não consegue promover políticas públicas que garantam aos seus cidadãos dignidade, nem para os que ainda estão livres, nem para os que já estão privados de liberdade.

## **A IMPLEMENTAÇÃO DO MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DE PERNAMBUCO**

O Estado de Pernambuco foi o segundo no Brasil a instituir um órgão como o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, através da Lei nº 14.863/12, o primeiro foi o Rio de Janeiro.

---

dos MPN". Associação para a Prevenção da Tortura e pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos. (PROTOCOLO, 2010, p. 2).



Mesmo a lei sendo do ano de 2012, o MEPCT/PE somente começou a exercer suas atividades no ano de 2015. Atualmente, funciona com seis peritos<sup>17</sup>, que foram selecionados através de uma seleção simplificada que contou com uma prova, análise do currículo, entrevista e a apresentação dos nomes das pessoas selecionadas ao Governador do Estado.

A função essencial do MEPCT/PE é inspecionar espaços de privação e restrição de liberdade, notadamente: as unidades prisionais, cadeias públicas, delegacias de polícia, Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, unidades do sistema socioeducativo, comunidades terapêuticas e as instituições de longa permanência para idosos, para conhecer a realidade do tratamento que está sendo dispensado as pessoas, pois de algum modo elas encontram-se subjugadas ao poder de uma autoridade, seja pública (os delegados, diretores de unidades) ou privada (como pode ser o caso das ILPIs e das comunidades terapêuticas, por exemplo).

Todas as inspeções realizadas pelo órgão ocorrem sem aviso prévio<sup>18</sup>, podem acontecer em qualquer dia da semana, incluindo feriados e fins de semana<sup>19</sup> em qualquer horário, inclusive à noite<sup>20</sup>.

Para realizar as inspeções o MEPCT/PE organiza um roteiro dos locais que seus peritos desejam ir, determina o número de pessoas que irão ser ouvidas, os documentos que desejam ter acesso e o tempo estimado para permanecer no local. Além do roteiro de visita, que norteia os atores envolvidos, é essencial para cada local inspecionado que a equipe do MEPCT/PE desenvolva um instrumental que servirá para processar as informações obtidas na inspeção e assim posteriormente ser elaborado um relatório. Este relatório é subsidiado também pelos registros fotográficos que coadunam com as informações fornecidas pelos peritos.

No momento em que a equipe se apresenta ao responsável pelo estabelecimento, o roteiro é exposto e são declaradas as condições de trabalho do órgão através da apresentação das suas prerrogativas<sup>21</sup> que dentre elas a mais importante é ter o livre acesso aos espaços que os peritos compreendam ser importantes, fazer a ouvida da pessoa presa ou restrita de liberdade sem qualquer tipo de monitoramento de funcionários que trabalhem no local, além do acesso as documentações que os peritos compreenderem que são importantes para dirimir dúvidas que surgirem durante a inspeção.

Depois de verificar as condições das pessoas privadas de liberdade, de conversar com os funcionários que trabalham no local, de analisar documentos, ao fim da inspeção os peritos retornam ao encontro do responsável e fazem uma breve ponderação da inspeção. No lapso temporal de até trinta dias o órgão é obrigado a produzir um relatório onde são narradas as condições encontradas durante a inspeção e são emitidas recomendações às autoridades competentes para que tomem conhecimento das circunstâncias observadas pelo MEPCT/PE.

Mas o trabalho do MEPCT/PE não se restringe somente as inspeções, pois se trata de um órgão de prevenção e sendo assim atua em outras frentes, como participação em palestras para

---

<sup>17</sup> Cf.: art. 5º da Lei nº 14.863/2012.

<sup>18</sup> A questão do sigilo das atividades de inspeção dos Mecanismos (nacional ou estadual) é essencial para que os peritos possam retratar com o máximo de fidelidade a realidade encontrada. Administrativamente é elaborado um planejamento trimestral das inspeções do MEPCT/PE e nem mesmo os motoristas que trabalham com o grupo sabem o destino que será tomado até o momento da saída para a atividade.

<sup>19</sup> Durante a elaboração do Relatório Temático: Uma Análise Sobre As Unidades De Atendimento Socioeducativo de Medidas de Internação e de Internação Provisória, a equipe do MEPCT/PE procedeu às inspeções nos fins de semana, com o propósito de conversar com os familiares dos adolescentes internados.

<sup>20</sup> No ano de 2015 o MEPCT/PE recebeu parte de equipe do Subcomitê de Prevenção à Tortura das Nações Unidas em missão no Brasil e foi realizada uma inspeção na Central de Flagrantes da Capital à noite.

<sup>21</sup> Cf.: art. 6º e incisos da Lei nº 14.863/2012.

universitários, apresentação de trabalhos científicos, atuação em ações civis públicas instauradas pelo Ministério Público sobre a temática da privação de liberdade, participa de capacitações nacionais e internacionais com os demais Mecanismos e com entidades internacionais<sup>22</sup> que trabalham com temas correlatos a prevenção e o combate à tortura e a violência policial, por exemplo.

No decorrer de suas atividades o MEPCT/PE já atingiu a média de 300 relatórios produzidos, dentre relatórios de inspeções regulares, de seguimento e de casos *ad hoc* e os relatórios temáticos onde os peritos escolhem um tema que seja correlacionado a temática da privação de liberdade, assim já foram trabalhados os seguintes temas: o Sistema Socioeducativo de Pernambuco, as Mulheres Encarceradas e o Impacto das Audiências de Custódias no Estado. Além destes, foram produzidos também os relatórios anuais, onde há um demonstrativo das atividades desenvolvidas pelo órgão no ano anterior.

## CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto, é possível constatar a importância da implementação e estruturação de um órgão como o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, considerando, sobretudo que o Brasil assumiu um compromisso internacional quando da ratificação do OPCAT e nesse sentido fomentar a criação de Mecanismos em todos os Estados da federação é um dever jurídico, político e social.

Estamos vivenciando momentos desafiadores no que tange a manutenção da estrutura nacional da prevenção e do combate à tortura, no entanto, os mecanismos estaduais têm resistido, mantendo o desenvolvimento de suas atividades regulares e junto a diversos atores sociais tem buscado ampliar esse sistema por meio de articulações para montagem de mais Mecanismos Estaduais.

No caso específico do Estado de Pernambuco, foi possível verificar também que o surgimento do MEPCT/PE está intimamente relacionado com a Medida Cautelar acerca do Complexo do Curado e nesse sentido, o órgão tem sua atuação também direcionada para a realidade vivenciada pelos presidiários de tal espaço.

A luta por direitos constitui um movimento contínuo na história da humanidade e a presença de organismos como os Mecanismos de Prevenção e Combate à Tortura afirmam a importância dada à garantia de dignidade humana enquanto meio de persecução da justiça.

## REFERÊNCIAS

APT. **Jean – Jacques Gautier**. S.d. Disponível em: <https://www.apt.ch/es/jean-jacques-gautier/>. Acesso em 21 nov. 2019.

**ARQUIVO ANÍBAL**. Disponível em: <http://arquivoanibal.weebly.com/>. Acesso em 13 out. 2019.

BARRETO, Anna Flávia Arruda Lanna. **Direito À Memória E A Verdade: Memórias de histórias de violações de direitos humanos durante as ditaduras militares no Cone Sul e no Brasil**. 2018. Disponível em: <http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej>. Acesso em 19 nov. 2019.

---

<sup>22</sup> O MEPCT/PE já recebeu capacitações do Human Right Institute e Center For Human Right e Humanitarian Law (em Brasília), da Associação de Prevenção a Tortura e da Omega Research Foundation e Justiça Global (no Recife).

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Questões fundamentais para prevenção à tortura no Brasil**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília. Secretaria de Direitos Humanos, 2015.

**COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. S.d. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 9 out. 2019.

COMISSÃO ORGANIZADORA DE ACOMPANHAMENTO PARA OS JULGAMENTOS DO CASO DO CARANDIRU. **Massacre do Carandiru, chega de impunidade!** S.d. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a\\_pdf/r\\_massacre\\_carandiru.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_massacre_carandiru.pdf). Acesso em 18 nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em 20 nov. 2019.

CUNHA, Rosiane. **Inquérito conclui que 18 idosos morreram por maus-tratos em asilo de Santa Luzia**. 2019. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/inqu%C3%A9rito-conclui-que-18-idosos-morreram-por-maus-tratos-em-asilo-de-santa-luzia-1.746464>. Acesso em 26 nov. 2019.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

DOM TOTAL. **Lesões oculares de manifestantes alarmam instituto de Direitos Humanos no Chile**. 2019. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1399946/2019/11/lesoes-oculares-de-manifestantes-alarmam-instituto-de-direitos-humanos-no-chile/>. Acesso em 25 nov. 2019.

**ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 10 out. 2019

G1. **Bolsonaro chama coronel Brilhante Ustra de ‘herói nacional’**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/08/bolsonaro-chama-coronel-ustra-de-heroi-nacional.ghtml>. Acesso em 24 nov. 2019.

G1. **Preso relata em livro torturas que teria sofrido em Guantánamo**. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/preso-relata-em-livro-torturas-que-teria-sofrido-em-guantanamo.html>. Acesso em 20 nov. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **“O Estado deixou o mal tomar conta”**. A Crise do Sistema Prisional do Estado de Pernambuco. 2015. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/brazil1015port\\_forupload.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/brazil1015port_forupload.pdf). Acesso em: 13 out. 2019.

MACÊDO, Andréia de Oliveira. **“Polícia, quando quer, faz!”** Análise da estrutura de governança do “Pacto pela Vida” de Pernambuco. 2012. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33542941.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

MBAYA, Etinne – Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, mai/agosto, 1997.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. **Relatório, 2019**. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2019/04/relatorio-missa-o-ceara-prottegido-sem-isbn-1.pdf>. Acesso em 26 out. 2019.

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF).** 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pe/sala-de-imprensa/noticias-pe/sistema-prisional-mpf-promove-reuniao-de-acompanhamento-das-medidas-impostas-ao-brasil-pela-oea>. Acesso em: 15 out. 2019.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Nova Iorque, 2002. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/direitos\\_adm\\_justt\\_protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_contra\\_tortura\\_outras\\_penas\\_tratamentos\\_cruéis.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/direitos_adm_justt_protocolo_facultativo_convencao_contra_tortura_outras_penas_tratamentos_cruéis.pdf). Acesso em: 09 out. 2019.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** 2001. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/relatorio-sobre-a-tortura-no-brasil-2001.html>. Acesso em 11 nov. 2019.

**ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.** 2011. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/06\\_carta\\_da\\_cidh\\_2011\\_08\\_04\\_-\\_concessao\\_de\\_medidas\\_cautelares\\_-\\_para\\_el\\_pt\\_-\\_pub.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/06_carta_da_cidh_2011_08_04_-_concessao_de_medidas_cautelares_-_para_el_pt_-_pub.pdf). Acesso em 10 out. 2019.

**ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.** 2012. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/11\\_cidh\\_extensao\\_de\\_medidas\\_cautelares\\_-\\_2012\\_10\\_02\\_-\\_pub.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/11_cidh_extensao_de_medidas_cautelares_-_2012_10_02_-_pub.pdf). Acesso em: 10 out. 2012.

PERNAMBUCO. **Lei nº 14.863/2012.** Institui o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura de Pernambuco. Disponível em: [https://www.aptr.ch/content/files/region/americas/LEI%20na%20integra%20de%20Pernambuco\\_3.pdf](https://www.aptr.ch/content/files/region/americas/LEI%20na%20integra%20de%20Pernambuco_3.pdf). Acesso em 10 nov. 2019.

PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO DA ONU CONTRA A TORTURA. **Manual de Implementação.** San José, C.R.: IIDH, 2010.

RATTON, José Luiz; GALVÃO, Clarissa; FERNADEZ, Michelle. **O Pacto pela Vida e a Redução de Homicídios em Pernambuco.** 2014. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p2.pdf>. Acesso em 29 out. 2019.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **1º Informe à CIDH,** 2011. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/07\\_1o\\_informe\\_do\\_estado\\_2011\\_08\\_25\\_-\\_pub.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/07_1o_informe_do_estado_2011_08_25_-_pub.pdf). Acesso em: 12 out. 2019.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **4º Informe à CIDH,** 2013. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/17\\_4o\\_informe\\_do\\_estado\\_2013\\_08\\_25\\_-\\_pub.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/17_4o_informe_do_estado_2013_08_25_-_pub.pdf). Acesso em: 12 out. 2019.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **1º Relatório à CorteIDH,** 2014. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/24\\_1o\\_relatorio\\_do\\_estado\\_a\\_corte\\_idh\\_2014-10-02\\_-\\_pub.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/24_1o_relatorio_do_estado_a_corte_idh_2014-10-02_-_pub.pdf). Acesso em: 12 out. 2019.

**RESOLUÇÃO DA CORTEIDH.** 2014. Disponível em: [http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/23\\_resolucao\\_da\\_corte\\_interamericana\\_de\\_direitos\\_humanos\\_-\\_2014\\_05\\_22\\_curado\\_se\\_01\\_por.pdf](http://arquivoanibal.weebly.com/uploads/4/7/4/9/47496497/23_resolucao_da_corte_interamericana_de_direitos_humanos_-_2014_05_22_curado_se_01_por.pdf). Acesso em: 11 out. 2019.

**RESOLUÇÃO DA CORTEIDH.** 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_02\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02_por.pdf). Acesso em: 11 out. 2019.

**RESOLUÇÃO DA CORTEIDH.** 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_04\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf). Acesso em 11 out. 2019.

**RESOLUÇÃO DA CORTEIDH.** 2018. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado\\_se\\_06\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf). Acesso em: 12 out. 2019.

ROHDE, DAVID. **Preso de Guantánamo acusa CIA de tortura e abuso sexual.** 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/06/1637395-presos-de-guantanamo-acusa-cia-de-tortura-e-abuso-sexual.shtml>. Acesso em 20 nov. 2019.

TOLEDO, Marcos. **Ministra Cármen Lúcia visita Complexo do Curado, no Recife.** 2017. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/cotidiano/2017/07/19/NWS,34975,70,449,NOTICIAS,2190-MINISTRA-CARMEN-LUCIA-VISITA-COMPLEXO-CURADO-RECIFE.aspx>. Acesso em 13 out. 2019.

UOL. **Única coisa boa do MA é Pedrinhas, diz Bolsonaro; veja frases da semana.** 2014. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2014/02/14/a-unica-coisa-boa-do-ma-e-pedrinhas-diz-bolsonaro-nas-frases-da-semana.htm>. Acesso em 24 nov. 2019.

Mariana Oliveira de Sá

Mestranda em Direito (UFMG).

## INTRODUÇÃO

Em 1964, o movimento militar rompeu a ordem estabelecida pela Constituição de 1946 e estabeleceu a ditadura no país, apoiados por setores conservadores da sociedade civil. Não há um consenso quanto à data em que se deu o golpe de Estado, para alguns ocorreu em 31 de março, outros afirmam que fora em 1º de abril, há quem defenda ainda que a data seria 2 de abril. Certo é, que se trata de um período obscuro da história brasileira que perdurou, até o ano de 1985, findando com a eleição de Tancredo Neves.

O regime militar entoou discurso falacioso de proteção à ordem democrática e à soberania nacional, contudo, em verdade, foi um governo autoritário, marcado por restrição e supressão de direitos fundamentais, tolhimento da liberdade de expressão, censura, perseguição política, prisões arbitrárias, repressão aos opositores do regime, desaparecimentos forçados, torturas, mortes, e inúmeras outras violações de direitos humanos, que contribuíram para o falecimento da democracia.

Com o passar dos anos, com expressivos reclames sociais, iniciou-se um processo lento e gradual de reestabelecimento da democracia, processo esse supervisionado e acompanhado pelos próprios militares que influenciaram diretamente no desenvolvimento dessa transição.

O marco inicial do processo de transição brasileiro é a Lei nº 6.683/1979 – Lei de Anistia, que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos e conexos, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Muito se questiona a legitimidade desse diploma legal, em virtude do cenário de sua criação, mas o mesmo teve a validade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, o qual entendeu ser a anistia estendida aos agentes da repressão que cometeram arbitrariedades e violações aos direitos humanos durante o regime militar.

É sob esse cenário que se questiona a existência de um processo de justiça de transição no Brasil. A expressão justiça de transição indica o conjunto de mecanismos utilizados, para lidar com violações de direitos humanos ocorridas em períodos de arbitrariedades, de forma a trazer reparação às vítimas e impedir que novas violações ocorram, em busca de fortalecimento da democracia e dos direitos humanos.

No Brasil, apesar de todo o arcabouço teórico da Constituição da República de 1988, o Brasil ainda não conseguiu enfrentar o passado obscuro do período da ditadura militar. Isso se deve principalmente ao fato de que, logo após o rompimento do regime autoritário, adotou-se uma política de esquecimento, principalmente, ao negar a possibilidade de responsabilização dos agentes da ditadura, fazendo com que os fatos ocorridos durante o período fossem esquecidos e negados.

Esse cenário de esquecimento obstou, ainda, a reforma das instituições, que têm se revelado, na grande maioria, autoritárias e alheias aos reclames democráticos. Ademais, o Estado não possui a estrutura para efetivar a grande gama de direitos fundamentais trazidas pela

Constituição da República de 1988, surgindo o protagonismo do Poder Judiciário que, constantemente, é chamado a decidir questões jurídicas e políticas.

O problema se instaura quando o Poder Judiciário passa a atuar fora das competências constitucionais e utiliza, nas decisões, argumentos de política, deixando de lado a utilização dos princípios que orientam o ordenamento jurídico e o próprio direito. Surge, então, principalmente, no âmbito do STF, o movimento conhecido por ativismo judicial, vertente do positivismo jurídico que demonstra o autoritarismo e a discricionariedade impregnados na instituição, que profere decisões que confirmam o esquecimento e impedem a construção da memória, decisões restritivas e flexibilizadoras de direitos fundamentais.

Nesse contexto, em meio à postura do STF, que obstaculiza a implementação da justiça de transição ao julgar procedente a ADPF nº 153 e ao adotar uma política de restrição e flexibilização de direitos fundamentais, indaga-se: é possível estabelecer uma relação entre a memória, o esquecimento e a construção das decisões sobre direitos fundamentais no Brasil?

Parte-se da hipótese de que a justiça de transição, no Brasil, ocorreu de forma tímida, e que muitas das instituições ficaram incólumes ao processo transitivo e, ao se analisar a postura do Supremo Tribunal Federal, marcada pelo ativismo judicial, percebe-se que o mesmo expressa herança do período ditatorial, ao extirpar suas competências e restringir direitos fundamentais, demonstrando a ausência de memória para a construção da integridade do direito.

Para tanto, utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a análise da jurisprudência do STF, de modo a compreender como a ausência de justiça de transição reflete na postura ativista do STF, e como o ativismo judicial impede que o projeto de justiça de transição se efetive, reafirmando o paradigma de esquecimento.

## **ATIVISMO JUDICIAL, MEMÓRIA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE**

O juiz, no cenário atual, assume papel mais importante que o legislador democrático, pois é interprete dos direitos fundamentais garantidos em uma Constituição. O legislador não consegue assumir o papel de pai na sociedade órfã, mas o juiz surge como “consciência jurídica” e preenche essa lacuna.

O Poder Judiciário brasileiro, notadamente o Supremo Tribunal Federal (instituição na qual se foca este estudo) tem atuado de maneira instrumental, desrespeitando o devido processo constitucional. A adoção de alguns critérios estabelecidos pela legislação brasileira, como “lesão grave” e de “difícil reparação”, “relevância e urgência”, “interesse público”, “segurança jurídica”, “transcendência e repercussão geral” possuem texturas abertas, o que possibilita que qualquer subjetivismo argumentativo seja travestido de legitimidade democrática em um ato decisório.

Nesse contexto, insurge o ativismo judicial, ou *judicial activism*, que possui sua origem na doutrina dogmática processual alemã e na doutrina da ciência política norte-americana. Em cada um desses países a expressão possui conotação diferente. Bacha e Silva (2013, p. 166) afirma que “para a doutrina processualista alemã, ativismo judicial designaria a possibilidade que o magistrado tem de conduzir a prova dos fatos alegados no processo”. Na concepção norte-americana, o ativismo judicial se relaciona com a “legitimidade da atuação judicial em Estados Democráticos de Direito” (KMIEC, 2004, p. 1448), isto é, o ativismo judicial preocupa-se com os limites de atuação do Poder Judiciário. Percebe-se, então, que o ativismo judicial na concepção norte-americana assume uma conotação negativa, uma vez que se relaciona com a atuação imprópria do Poder Judiciário, ao contrário da alemã, onde o ativismo judicial se relaciona com

questão processual probatória, especificamente à atuação do juiz no que tange ao auxílio à parte mais vulnerável no processo. Ramos (2010) define o ativismo judicial como:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 219).

Infere-se da definição apresentada que o ativismo judicial é uma postura do Poder Judiciário que extrapola suas funções constitucionais para assumir um papel abrangente na interpretação da Constituição, violando os limites delineados pela Carta Magna, retirando a legitimidade democrática da decisão.

O ativismo judicial demonstra um lado da jurisdição constitucional que utiliza argumentos políticos na construção da decisão, ao ponto de Dworkin apresentar uma vinculação do ativismo judicial ao pragmatismo jurídico<sup>1</sup>:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2007, p. 452).

O ativismo judicial possibilita ao juiz ignorar a Constituição, o ordenamento jurídico, a jurisprudência dos Tribunais e os princípios de justiça para impor aos outros poderes do Estado sua doutrina, seu ponto de vista, seu entendimento, ou até mesmo sua concepção política, o que viola a imparcialidade necessária às decisões judiciais, bem como a justificação razoável das mesmas.

Um das possíveis soluções para o problema do ativismo judicial é o compromisso com a fundamentação das decisões, de forma coerente e exaustiva, com o respeito ao devido processo constitucional, à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se da ideia do direito como integridade, que se funda na necessidade de as decisões levarem os princípios a sério, princípios esses que são trazidos pela história da comunidade, que por sua vez é fomentada pela memória.

Quando o que se está em discussão é um país de democracia jovem como o Brasil, que deixou o regime ditatorial há pouco tempo, é preciso levar em consideração a importância da justiça de transição para a construção desse arcabouço institucional – as instituições sociais devem estar comprometidas em efetivar o projeto do Estado Democrático de Direito, rechaçando práticas autoritárias em seu âmbito, propiciando que a memória seja elemento fundante da identidade nacional.

A memória surge como o elo que liga a coletividade, através de um sentimento de pertencimento, propiciando a formação de uma nação. Bonavides (2000) ao apresentar o conceito de nação reforça que a mesma surge das recordações do passado, de aspirações que compõem a história.

A nação não se compõe apenas da população viva e militante, dos quadros humanos que fazem a história em curso. Deita a nação suas raízes espirituais na tradição, vive as glórias que ilustraram o passado, professa o culto e chamamento dos mortos, reverencia a memória dos heróis e descobre com a visão do passado as forças morais de permanência histórica, que hão de guiá-la nos dias de glória e luz como nas noites de infortúnio e amargas vicissitudes. (...) A nação — soma e herança de valores — tem compromisso com a história; porque afirma em seu nome o presente e o passado, do mesmo passo que prepara o porvir, repartido este entre apreensões e esperanças, aspirações e sobressaltos (BONAVIDES, 2000, p. 102-103).

---

<sup>1</sup> O pragmatismo jurídico é uma maneira consequencialista de ver as ações judiciais.



Desse modo, a memória possui a aptidão para direcionar os comportamentos sociais e a identidade nacional, uma vez que o compromisso com a história permite que as práticas autoritárias que outrora ocorreram não se repitam.

Um processo de justiça de transição que não desenvolve o pilar da memória de maneira satisfatória está fadado ao fracasso. Não há como superar os fatos ocorridos sem se apropriar dos mesmos, compreendê-los e definir como práticas proibidas no âmbito das instituições democráticas. Relembrar o passado, sem repeti-lo, é apropriar-se da memória como lembrança e não como ação traumática inacessível que se repete de forma inconsciente.

No Brasil, o processo de justiça de transição fora timidamente implementado. A ideia central desenvolvida no país fora de um esquecimento comandado, através da Lei de Anistia, uma forma institucional de poder que, sob o argumento de alcançar a estabilidade social e a reconciliação nacional, acabou por configurar um perdão dissimulado, que impede o acesso ao passado para a construção da memória e da história.

A memória, nos últimos anos, tornou-se objeto central da análise histórica, pois é através da memória que se tem acesso aos eventos do passado. Segundo Ricoeur (2007), ela surge como guardiã daquilo que efetivamente ocorreu no tempo. Daí a importante relação entre a história e a memória, que gira em torno da análise da lembrança e do esquecimento, conforme afirma Tosi (2012, p. 186), “a tarefa de resgatar a história do oblium, do esquecimento, do não ser em que se encontra é confiada à memória”.

Ricoeur (2007) apresenta formas de abuso de memória e abusos do esquecimento. Em resumo, a primeira forma de abuso de memória, a memória impedida, diz respeito à uma memória doentia, onde fatos traumáticos se repetem de forma obsessiva, impedindo a recordação dos fatos como lembrança, liga-se a ela o esquecimento por apagamento, que surge como uma repetição doentia que impede o acesso à memória, o que faz com que as lembranças traumáticas sejam esquecidas. A segunda forma de abuso de memória, a memória manipulada, insere-se no contexto das relações de poder, onde a memória passa a ser construída e forjada, instrumentalizada pela ideologia, distorcendo a realidade para legitimar um sistema de poder, liga-se a ela o esquecimento de reserva, ou seja, um esquecimento imposto pela memória oficial, que seleciona aquilo que se deve lembrar e o que se deve esquecer, dentro de uma órbita de relação de poder. A terceira forma de abuso de memória, o dever de memória, se projeta como um terceiro termo, ligado ao imperativo ético da justiça, o dever de fazer justiça pela lembrança, uma proibição de não esquecer, que se liga ao esquecimento comandado, formas institucionais de esquecimento que simulam uma reconciliação, pois, ao propor o esquecimento como forma de alcançar a estabilidade social, o que proporciona, em verdade, é um perdão dissimulado, uma amnésia comandada, que declara o passado como proibido, tornando-o inacessível.

A memória buscará lutar contra o esquecimento. Existirá, assim, sempre uma relação entre a construção da memória, seu uso e abuso, com o esquecimento, seu uso e abuso. Os abusos de ambas as faces (memória e esquecimento) impedem a construção de uma memória apaziguada, ou seja, uma memória feliz, um esquecimento feliz (RICOEUR, 2007). Todavia, tanto a memória quanto o esquecimento não são, em sua essência, algo bom ou ruim, dependem da valoração que se dá a ambos e ao modo como são usados, dependendo do contexto histórico. Não se pode esquecer, que a memória é importante ferramenta para a construção histórica. Ela proporciona os elementos para a narrativa e construção dos fatos, tornando-se instrumento de formação de identidades, seja ela individual ou coletiva.

Tanto a memória quanto o esquecimento são importantes para a formação da história. O cerne da questão situa-se no bom uso dos mesmos. A memória possibilita a narrativa dos fatos e a

construção de identidades, individuais e coletivas. Já o esquecimento auxilia na seleção daquilo que deve ser lembrado e que deve ser esquecido, possibilitando a construção da história que será transmitida para as futuras gerações.

Desse modo, a história é fundamental para a memória e ponto central na luta contra o esquecimento. Em meio a práticas institucionais arbitrárias, como o ativismo judicial que circunda o Supremo Tribunal Federal, que desconsideram a história e a memória para a construção das decisões, surge a necessidade de uma teoria da decisão que concilie os elementos do passado com as necessidades do presente, interpretando a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. Essa é a proposta da teoria do direito como integridade de Dworkin (2007).

O direito como integridade considera não apenas a interpretação como elemento fundamental, ele se associa com a história. Como o direito é uma construção, o interprete não pode desconsiderar o horizonte histórico no qual se encontra imergido. É de acordo com o momento histórico, que se identificará a necessidade de rever o que fora decidido no passado, de forma a construir o texto presente, visando abrir possibilidades de uma construção melhor no futuro.

A história estabelece uma ligação entre o direito construído e o conteúdo da decisão. Ela fornece um conjunto de princípios e regras que propiciam a justificativa das decisões, presentes e pretéritas, gerando um vínculo de continuidade e coerência horizontal. É no passado que o direito como integridade encontra as bases de sua justificação.

Ao aplicar o direito como integridade, os juízes não podem se valer da discricionariedade, um modo ativista ou utilitário de proferir decisões. Estas devem ser fundamentadas em uma concepção de democracia que promova a dignidade, a igualdade e a liberdade. Por isso decisões arbitrárias carecem de legitimidade.

Um Tribunal que não considera a memória e a história na construção de suas decisões, desrespeita os pilares democráticos e o conjunto de princípios que orientam o ordenamento jurídico. Portanto, a importância da memória e da história para a integridade do direito. Elas fornecem o arcabouço do direito como integridade: os princípios que devem orientar a interpretação.

De acordo com Dworkin (2007):

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade (...). Exige coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa (DWORKIN, 2007, p. 274).

A história surge como o linhame entre o direito construído e o conteúdo da decisão, ela traz em seu bojo o conjunto de princípios e regras que propiciam a justificativa das decisões, não só da decisão contemporânea, mas das decisões anteriores também, gerando um vínculo de continuidade e coerência horizontal. Por isso o direito como integridade começa no presente e volta ao passado, pois é no passado que ele encontra as bases de sua justificação.

Todavia, é preciso destacar, que não se trata de recuperar os mesmos objetivos e ideais que sustentaram esse direito no passado. Não se pretende que a interpretação do direito seja embasada nos motivos que o foram no passado. O que se busca é uma proposta interpretativa coerente, de modo a evidenciar a integridade do direito. Uma ida ao passado com prospecção para o futuro, uma interpretação como processo de desenvolvimento.

Por isso Dworkin (2007) considera que o direito como integridade necessita que os juízes admitam a concepção de direito estruturada por um conjunto coerente de princípios de justiça, equanimidade e devido processo legal<sup>2</sup>.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 2007, p. 291).

Atráves do direito como integridade, as decisões judiciais devem se adequar e justificar à luz de princípios de moralidade política adotados pela comunidade, devem levar em consideração argumentos de princípios, devem levar em conta os direitos que as pessoas tem sobre o sistema constitucional, e, assim, o juiz deve personificar a comunidade enquanto aplica e interpreta o direito, sob a luz das concepções de justiça, equanimidade e devido processo (BAHIA; BACHA e SILVA, 2016, p. 37-38).

Sob essa perspectiva, o direito como integridade exige, ainda, que o juiz se valha da justificação, ou seja, que utilize da interpretação que melhor se ajusta ao fato apresentado, considerando todos os seus aspectos, buscando aplicar o direito dentro dos princípios de moralidade política.

Para se ter coerência na aplicação do direito, é preciso levar em conta a história, o texto deve ser interpretado não apenas em seu sentido semântico, mas considerando o contexto histórico em que foi elaborado e própria história institucional do órgão julgador.

Por isso a memória se torna fundamental. É seu exercício como contraponto ao esquecimento que possibilitará a construção da história. E a história guiará a compreensão do texto, caminho traçado pela hermenêutica. Assim, a memória e a história são fundamentais para a integridade do direito. Elas propiciarão o arcabouço para a compreensão dos princípios que constituem o direito e possibilitarão a coerência necessária tanto na criação do direito, como na aplicação do direito.

Ocorre que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não tem se apresentado como aplicador do direito como integridade. Pelo contrário, em suas decisões é possível perceber claras violações à Constituição, seja através da postura positivista, seja pela ausência de princípios em decisões pragmatistas, seja pelo utilitarismo impregnado na prática institucional. O desrespeito com a memória e a história é notável. A ausência de coerência nas decisões é latente. É o que será discutido a seguir.

## **O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Práticas institucionais revestidas de discricionariedade demonstram que a memória e a história não são levadas em consideração na construção do provimento jurisdicional. Não há o compromisso com a integridade do direito, com os ideais democráticos e com a própria história do país.

---

<sup>2</sup> Para Pedron (2009, p. 132), “equanimidade (fairness) envolve a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada; justiça (justice) se preocupa com decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade; e devido processo legal adjetivo (procedure due process), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”.

Por isso, é essencial um processo de justiça de transição efetivo, que propicie o exercício da memória para a construção da história, que reconcilie o esquecimento com o perdão (não um perdão institucional forçado, mas aquele concedido pelas próprias vítimas), que possibilite a reforma das instituições que compõem o Estado, com vistas a eliminar as práticas autoritárias que impedem que o projeto de Estado Democrático de Direito se efetive.

O Supremo Tribunal Federal é peça-chave para a implantação de uma justiça de transição no país. Além de ser o guardião da Constituição, é o órgão competente para romper com o paradigma de esquecimento, notadamente ao julgar a possibilidade de responsabilização dos violadores de direitos humanos. Ocorre que quando teve a oportunidade de fazê-lo, em vez de resgatar a memória e a história para a construção da decisão, manteve e oficializou de vez o esquecimento comandado, perpetuando práticas de restrições indevidas de direitos.

O que se pode perceber é que, o positivismo jurídico arraigado na cultura do Tribunal, propicia uma discricionariedade na interpretação capaz de gerar subjetivismos e, até mesmo, autoritarismo. Muitas vezes, toma-se como ponto central a letra fria da lei, sem considerar os princípios jurídicos e o contexto histórico. Por outro lado, a discricionariedade abre margem para arbitrariedades, que culminam na violação de direitos e princípios constitucionais.

A ausência da história e da memória, reforçadas pelo esquecimento, subsidiam a postura do STF, que tem se mostrado discricionário, arbitrário, postura marcadamente ligada ao ativismo judicial, indiferente aos reclames do Estado Democrático de Direito.

Decisão fundamental para o desenvolvimento desse trabalho, confirmando a hipótese de que a ausência de justiça de transição é um dos motivos que propicia o ambiente favorável para o desenvolvimento do ativismo judicial, fora a ADPF nº 153, que confirmou a validade da Lei de Anistia para os responsáveis por violações aos direitos humanos, impondo um esquecimento comandado, impedindo a construção da memória e da história, indo de encontro aos princípios constitucionais e abrindo margem para práticas autoritárias e de flexibilização de direitos fundamentais.

Após impedir a implementação de um processo de justiça de transição efetivo no país, o STF proferiu importantes decisões que remetem à atuação no período do regime militar. A mesma postura de restrição de direitos fora adotada, demonstrando que o autoritarismo e a discricionariedade ainda são marcas do Tribunal.

Toma-se como exemplo o Habeas Corpus nº 126.292, que relativizou o princípio da presunção de inocência, o Recurso Extraordinário nº 601.314, que relativizou o princípio da inviolabilidade dos dados e o Recurso Extraordinário nº 693.456, que, indiretamente, inibe o exercício do direito de greve.

O primeiro exemplo é o Habeas Corpus (HC) nº 126.292, julgado em 17/02/2016, por maioria dos votos, onde o STF entendeu ser possível a execução da pena depois da decisão condenatória confirmada em segunda instância, ou seja, mesmo que não estejam esgotados os recursos para os Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, isto é, antes do trânsito em julgado da decisão.

Outra decisão que merece destaque é o Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314, com repercussão geral reconhecida, que fora analisado juntamente com quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2390; 2386; 2397 e 2859), versando sobre a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) nº 105/2001, que permite a transferência de dados bancários ao fisco sem necessidade de autorização judicial prévia.

O STF entendeu, por maioria, na data de 24 de fevereiro de 2016, que a LC nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, uma vez que estabelece requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras.

Também merece destaque o Recurso Extraordinário (RE) nº 693.456, julgado em 27 de outubro de 2016, onde o STF, com repercussão geral reconhecida, entendeu pela constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor. Fator que não se pode desconsiderar é o momento histórico em que fora proferida a decisão. Vive-se grande instabilidade econômica e política, onde se anunciam drásticas medidas de restrições de direitos. Nesse momento, grande parte dos trabalhadores e servidores se articulam para a defesa de seus interesses, e a decisão do STF, ao permitir o corte do salário, indiretamente coíbe o exercício da greve. Trata-se de uma decisão que reflete claramente interesses políticos, em flagrante violação aos direitos e princípios constitucionais.

Através desses exemplos, é possível perceber que o STF tem proferido decisões que flexibilizam os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988. O Tribunal, ao fundamentar suas decisões, não tem considerado o conteúdo dos princípios, ignorando o arcabouço histórico que os compõem.

## CONCLUSÃO

O STF tem adotado uma política de restrição de direitos fundamentais típica de um estado de exceção, onde a discricionariedade na interpretação do direito demonstra a postura positivista e utilitária do Tribunal – o direito é o que o intérprete diz que é, e não o que diz a norma e os princípios. Há a instrumentalidade do devido processo constitucional, com decisões carentes de coerência. Não houve um rompimento com o paradigma autoritário que vigia durante o regime militar.

Percebeu-se que o processo da justiça de (in)transição brasileiro interfere, diretamente, na atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem adotado práticas autoritárias e discionárias, violando a própria Constituição. A ausência de reforma institucional impede a democratização do Tribunal, que se mantém insensível aos reclames sociais e à efetividade de direitos fundamentais. O STF oscila entre duas posições: a de enfeite institucional, quando se omite em manifestar em questões fundamentais para o futuro da democracia, como no processo de Impeachment, e a de superego da sociedade, quando adota uma postura ativista e limitadora da emancipação social.

Conclui-se, assim, que uma das possíveis soluções para o problema do ativismo judicial é o compromisso com a fundamentação das decisões, considerando a importância dos princípios do direito. Trata-se da proposta do direito como integridade, que necessitará do apoio de um processo de justiça de transição efetivo, que propicie o exercício da memória para a construção da história, que, por sua vez, constituirá o arcabouço material do direito como integridade e propiciará a reforma das instituições que compõem o Estado, eliminando práticas autoritárias que impedem a efetivação do projeto de Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (1ª reimpressão).

BACHA e SILVA, Diogo. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n.199, p. 163-178, jul./set. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; BACHA e SILVA, Diogo. Supremo Tribunal Federal, Devido Processo Legislativo e a Teoria do Direito como Integridade: Em Busca da Promoção dos Valores Democráticos. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 5-47.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p.23-32, 2012a.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Rfd- Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012b.

BELL, Christine. Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the 'field' or 'non-field'. **International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 3, n. 1, p. 5-27, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRAGA JÚNIOR, Américo. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição da República de 1988. **FAC News**, n. 3, setembro de 2016. Disponível em: <<http://fac.br/>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 29 de setembro de 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 29 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 6 agosto 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP – São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2 setembro 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314/SP – São Paulo. Relator Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 16 setembro 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 27 outubro 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

DERRIDA, Jacques. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In: NASCIMENTO, Evando (org.). **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. Trad. Evando Nascimento [et al]. São Paulo: Estação da Liberdade, 2005. p. 45-92.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial activism**. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3. ed. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é jurídico, não político. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de abril de 2013, Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Tradução de Marcelo Torelly e Kelen Meregali Model Ferreira. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, p. 320-351, jan./jun. 2009.
- PADRÓS, Enrique Serra. Usos da memória e do esquecimento na História. **Letras - Literatura e Autoritarismo**, Santa Maria do Sul, n. 22, 2001, p. 79-95. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/letras/article/view/11826/7254>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009.
- QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain François [et al.]. Campinas: Editora Unicamp, 2007.
- RICOEUR, Paul. **Memória, história, esquecimento**. Conferência escrita e proferida em inglês a 8 de Março de 2003 em Budapeste sob o título: “Memory, history, oblivion” no âmbito de uma conferência internacional intitulada “Haunting Memories? History in Europe after Authoritarianism”. Disponível em: [http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos\\_disponiveis\\_online/pdf/memoria\\_historia](http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia) Acesso em: 14 de outubro de 2018.
- SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 169-189, 2015.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. Judiciário brasileiro: por uma Justiça de Transição substancial. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1. ed. Brasília: UnB, 2015, p. 448-451.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de. Justiça de Transição: Direito à memória e à verdade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1. ed. Brasília: UnB, 2015, p. 23-30.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.

TANGERINO, Dayane Fanti. **A (in)constitucionalidade da quebra administrativa de sigilo fiscal**. Canal Ciências Criminais, 13 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sigilo-fiscal/>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v.16, 2003, p. 69-94. Disponível em: <<http://www.nyls.edu/faculty/wp-content/uploads/sites/148/2013/09/Harvard-Human-Rights-Journal.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.



## DO NUNCA MAIS AO NUNCA HOUVE: TENSÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O TEMA DA TORTURA NO BRASIL

**Paulo Silvanio de Menezes Borges**

Graduando em Direito pela UFPE. Bolsista IC-CNPQ. Integrante do Moinho Jurídico e do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-Ação.

**Vitoria Cristina Gomes Santos**

Graduanda em Direito pela UFPE. Extensionista do NAJUP. Integrante do Moinho Jurídico.

## DO NUNCA MAIS AO NUNCA HOUVE: TENSÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O TEMA DA TORTURA NO BRASIL

**Paulo Silvanio de Menezes Borges**

Graduando em Direito (UFPE)

**Vitória Cristina Gomes Santos**

Graduanda em Direito (UFPE)

### INTRODUÇÃO

Neste artigo, propomos-nos a explorar as constantes tensões contemporâneas que surgiram no Brasil a partir da eleição de 2018 e da ascensão de um grupo político que ameaça os supostos consensos históricos estabelecidos sobre a tortura, os torturadores e suas ditas justificativas. Para isso, tomaremos como ponto de partida a relevante contribuição do Professor Luciano Oliveira, docente aposentado da Universidade Federal de Pernambuco, que reuniu parte de suas reflexões sobre a tortura no Brasil em dois importantes trabalhos, a saber: o livro *Do Nunca Mais ao Eterno Retorno: reflexões sobre a tortura*; e o artigo *De Rubens Paiva a Amarildo. E “Nego Sete”? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil*.

Neste sentido desenvolveremos uma revisão da referida literatura, destacando que os novos contornos e debates sobre a tortura no Brasil reposicionam a dicotomia lançada à tona por Luciano Oliveira, e introduzem o campo de discussão que optamos chamar no presente trabalho de “nunca houve”. A referida revisão faz-se importante não porque agrupamentos como estes não existiam no período em que as reflexões do professor foram escritas – sabe-se que o precário processo de elaboração de uma Justiça de Transição e a inconveniente Lei de Anistia permitiram a existência de um grupo insatisfeito com a elaboração histórica sobre a ditadura militar no Brasil -, mas porque tais posições e questões pareciam não ocupar relevante espaço na esfera pública, e tampouco interferir na condução de mecanismos, políticas públicas e organismos criados com a intenção de combater e reparar as experiências de tortura existentes no país.

Para isso, nossa pesquisa catalogou posicionamentos públicos dos agentes indicados para ocupar a Comissão de Anistia do Governo Federal, as estatísticas decisórias da comissão, bem como a alteração em seu regimento. Ademais, analisou-se os posicionamentos do Ministério Público Federal que emitiu recomendações e ingressou com ação civil pública questionando as modificações na mencionada comissão. Desta forma, tem-se que as batalhas argumentativas, políticas e judiciais que conformaram a nova Comissão de Anistia são importantes instrumentos

para se verificar mudança comportamental do Estado Brasileiro e balisar a revisão bibliográfica ora analisada.

Com isso, objetivou-se verificar se os posicionamentos públicos do Presidente da República e da Ministra da Mulher e dos Direitos Humanos foram capazes de produzir mudanças objetivas no comportamento das comissões e instituições de transição brasileira, bem como quais são as estratégias elaboradas pelas instituições de controle para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais estabelecidos na dita Constituição cidadã no que se diz respeito ao problema da tortura brasileira.

Cumprido destacar que a sistematização categórica e *etapista* do processo metodológico, não pode ser encarada a partir de uma sequência lógica, mas tão somente em seu caráter didático. Isso porque compreendemos que sua execução funciona, na verdade, em uma constante transmutação e acomodação do objeto, das questões e das angústias diretivas do pesquisador. O que se sabe é que uma pesquisa sócio-jurídica com objetivos empíricos se desenha a partir de múltiplas estratégias e se define com base em uma aparente contradição lógica: não se levanta dados sem ir à campo, e nem se vai à campo sem dados.

Essas e outras questões são amplamente desenroladas a partir da contribuição da Sociologia Jurídica para a pesquisa em direito, ao passo que propõe, ao processo de investigação científica, o abandono à observação do direito como mero emaranhado de regras fixas emanadas de um Ente externo à sociedade (EHRlich, 1986, *passim*), para observar o comportamento do direito a partir dos fenômenos sociais, ao mesmo tempo em que se observam os fenômenos sociais a partir do direito.

Assim, ao utilizarmos as manifestações oficiais, os regimentos e composição da Comissão de Anistia, estamos, na verdade, analisando os elementos capazes de gerar novas repercussões sobre o tema da tortura e conduzir em práticas institucionais que possam representar uma série de violações aos já mencionados tratados e convenções.

## **TORTURA NUNCA MAIS**

Incrustado no relevo, na memória e na história da cidade do Recife, mais especificamente na Rua da Aurora, o Monumento Tortura Nunca Mais é talvez uma das obras de arte melhores reverenciadas nas manifestações populares e protestos da cidade. Trata-se do primeiro monumento do país erguido em homenagem às inúmeras vítimas das práticas de tortura no período convencionado a chamar de Ditadura Militar do Brasil e, hoje, é símbolo de resistência e de diversas passeatas que escolhem seu perímetro como ponto de concentração de protestos. Sua escultura faz referência a uma tática de tortura amplamente noticiada nos livros de história sobre o período, o Pau de Arara, e segue no sentido do célebre jargão “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça.”

Os esforços empenhados em denunciar as diversas violações de direitos humanos empreendidas pelo Estado brasileiro no período citado foram responsáveis por cristalizar no imaginário popular a ideia de que 1) a “ditadura militar torturou!”, e que 2) a ausência, no Brasil, de um processo profundo de responsabilização, punição e reparação foi responsável pela manutenção de diversas cicatrizes em nossas instituições, manifestadas pela manutenção de diversas práticas violadoras de direitos cotidianamente. Relega-se, assim, ao que se chamará nos discursos políticos e nas análises históricas de “herança maldita”, tendo como maior expoente a militarização das relações sociais e as persistentes práticas de tortura no país.

Perceba, não se pretende aqui discordar de nenhuma das afirmativas supracitadas, haja vista que os relevantes relatos de tortura e a gritante ausência de uma política de transição democrática no país parecem, em nossa visão, elemento suficiente para concordar com tais sentenças, entretanto, formamos compreensão de que o problema da tortura não pode ser analisado – e tampouco combatido – sob as batutas de um período pretérito, relegando ao período da Ditadura o nascedouro das práticas de tortura no Brasil.

Neste sentido, Luciano Oliveira (2018, *passim*), parece muito feliz ao provocar a tese da “herança maldita”, narrando que diversos elementos apontam para a tortura como parte fundante da história do Brasil, seja através da utilização rudimentar do pau de arara contra indígenas e negros – observada na obra de Debret, Século XIX –, ou na versão democrática da técnica de tortura denunciada em uma delegacia já no governo civil de José Sarney.

No ano seguinte, em 10 de agosto de 1985, já sob a presidência do civil José Sarney, o Jornal do Brasil publicou uma foto chocante: numa delegacia de polícia de Porto Alegre, um jovem negro de 19 anos, Antonio Clovis Lima dos Santos, conhecido por “Doge”, aparecia pendurado num pau-de-arara. “Doge”, gari de profissão e suspeito de ter participado de um assalto a um caminhão de bebidas, foi arrancado do seu barraco às 4 horas da manhã e levado à delegacia, onde foi torturado para confessar seu crime. (idem, *ibidem*, p. 213)

O Professor Luciano pretenderá demonstrar em seu livro “Do nunca mais ou eterno retorno” que o problema da tortura no país perpassa por todos os nossos períodos históricos e ganha ponto de inflexão no período da ditadura em razão de uma espécie de “democratização” das vítimas, ultrapassando a tradicional figura dos “corpos e sujeitos torturáveis”. O pacto rompido durante a Ditadura Militar, neste sentido, não se propõe a abordar a questão da tortura em si, mas principalmente de quais grupos podem e/ou devem ser torturados, a fim de garantir a concretização de uma suposta ordem e segurança social.

Assim, é sempre oportuno recordar que a escravização e o próprio processos de construção do Estado Moderno – fincado no encobrimento do Outro, como assevera Enrique Dussel – lança mão de uma ideologia de justificação da violência que passa incólume em grande parte das análises sobre o problema da tortura e criminalidade nas Américas. Da mesma forma, a introdução do “mito da democracia racial” e o acordo de silenciamento sobre o problema da escravidão no Brasil é, e tem sido por muito tempo, talvez um dos principais responsáveis pela recusa analítica de se pensar a herança da colonialidade, frente ao esforço – igualmente válido e importante – de valorização da herança maldita da ditadura.

Não pretendemos, por óbvio, com esta reflexão elencar quais cargas e heranças pesam mais sobre a história do povo brasileiro, mas trazer à tona a necessidade de compreensão do problema a partir de um cenário completo, que passe a considerar a prática da tortura de forma sistemática e cotidiana, abordando o seu caráter perene em algumas instituições brasileiras, notadamente ligadas ao Sistema de Justiça Criminal (SJC) e seus dispositivos de controle.

O esforço de ultrapassar o limite histórico cristalizado no debate da tortura reside exatamente para que o tema possa voltar a ser “dizível” e apontado em cada uma dessas instituições e realidade. Isso porque o deslocamento temporal realizado tem como resultado a impossibilidade de associação entre as práticas vivenciadas cotidianamente em nosso SJC e aquelas elencáveis com o terror destinado à palavra “tortura”. O lugar do não-dito ou do não-feito encontra espaço em eufemismos que expressam “excessos policiais” e “técnicas especiais” onde *ne(grita-se)* “tortura”.

Daí, então, a banalização dessas práticas hoje vivenciadas e, novamente, relegada ao não tão seletivo grupo de corpos torturáveis só poderá ser superada com a compreensão da

centralidade do seu tema no Estado Moderno, recorrendo a instrumentos democráticos de denúncia, apuração, prevenção e combate a todas as formas de tortura, dirigidas a todas as pessoas e realizadas em todos os locais.

## **TORTURA NUNCA HOUE**

As narradas tensões entre o “nunca mais” e o “eterno retorno” tão bem anunciadas pelo Professor Luciano Oliveira parecem, nos últimos anos, terem ganhado novos contornos. Isso porque figuras com posturas tradicionalmente revisionistas do período histórico ganharam notoriedade e, após a eleição do Presidente Jair Bolsonaro – admirador e exaltador da figura de torturadores como Carlos Alberto brilhante Ustra – passam a assumir posições de poder no Estado brasileiro.

O fortalecimento das teses de que “não houve tortura” ou de que a ditadura é marcada apenas por excessos de ambos os lados – “torturou-se pouco!” – trazem novos elementos para a discussão sobre tortura no Brasil e deslocam o problema do eterno retorno para uma posição cada vez mais distante de ser elucidada.

Trataremos, por isso, de retornar ao problema da tortura no período ditatorial para, enfim, conseguirmos alcançar o problema já iniciado no capítulo anterior sobre o atual processo de eufemização das práticas de tortura no Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Pois bem.

No Brasil, ainda que várias críticas possam ser tecidas quanto à ausência da totalidade de medidas eficazes para superar e romper com padrões de violência deixados pela ditadura, é essencial reconhecer as providências implementadas nas últimas décadas por sucessivos governos, em especial a aprovação das comissões de Estado cujos trabalhos são complementares, quais sejam, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP (Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995), a Comissão de Anistia (Lei nº 10.559/2002) e Comissão Nacional da Verdade (Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011).

Outro marco legislativo no assunto foi gerado em 2013, quando a Comissão da Anistia teve sua competência oficialmente ampliada para além da apreciação de requerimentos de anistia e de reparações pecuniárias, sendo-lhe atribuída uma série de ações de reparação integral:

“Art. 7º À Comissão de Anistia compete:

- I - examinar os requerimentos de anistia política e assessorar o Ministro de Estado da Justiça em suas decisões, nos termos da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002;
- II - implementar e manter o Memorial de Anistia Política do Brasil e seu acervo; e
- III - formular e promover ações e projetos sobre reparação e memória, sem prejuízo das competências de outros órgãos.”

A partir disso, a Comissão passou a atuar sobre o conjunto maior das dimensões que compõem a justiça de transição, executando as diversas esferas que comportam o eixo reparatório da justiça transicional, a saber: reparação material, remuneratória, moral, individual, coletiva e psicológica.

Ocorre, porém, que nos últimos anos diversos relatos de desmonte da Comissão de Anistia foram noticiados, tendo seu ponto alto no conjunto de rejeições aos pedidos de anistia apreciados ainda no Governo do presidente Michel Temer. Entretanto, foi a partir da reforma administrativa do Governo do Presidente Jair Bolsonaro que o problema parece ter se agravado. Já nos primeiros

meses, foi definido que a Comissão de Anistia deixaria de ser responsabilidade do Ministério da Justiça para pertencer ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Em que se pesem as diversas manifestações públicas da Ministra à frente da pasta referindo-se à comissão como uma “caixa preta” ou requerendo a instauração de uma auditoria da anistia – alegando ter verificado indícios de corrupção e desvio de finalidade -, a principal investida contra a atuação da comissão se deu a partir da edição de um novo regimento que regulamenta os trabalhos do colegiado.

Esse regimento, dentre outras coisas, restringe o número de recursos cabíveis às decisões da comissão a um único pedido de reconsideração, ao passo que anteriormente não existia qualquer limitação formal aos recursos de pedidos indeferidos. Para além disso, houve alteração na quantidade de conselheiros da Comissão, passando de 20 para 27 integrantes, e permitindo que a Ministra indicasse sete novos quadros para ocupar esta função.

O problema, porém, reside no fato de que os novos integrantes indicados têm sido amplamente contestados pelos especialistas no tema, sendo emitida, inclusive, recomendação do Ministério Público Federal de suspensão das indicações, e posterior ingresso com Ação Civil Pública contra a União, requerendo a invalidade da portaria de nomeação.

Isso porque o novo presidente da Comissão de Anistia, João Henrique Nascimento de Freitas, é o autor da ação popular que suspendeu, em 2015, o pagamento de indenização a familiares do ex-guerrilheiro Carlos Lamarca, um dos líderes da resistência à ditadura militar (1964-1985), além de ter atuado como assessor do senador Flávio Bolsonaro (PSL-RJ), filho mais velho do presidente Jair Bolsonaro. Além disso, João Henrique já tinha sido responsável por uma ação que suspendeu o pagamento de indenização a 44 camponeses que foram vítimas de tortura durante a Guerrilha do Araguaia, um movimento de resistência armada rural na região do Bico do Papagaio, e que já estavam anistiados há um ano.

Ademais, o Ministério Público Federal, ao propor a Ação Civil Pública (2009, p.3), destacou que o novo presidente da comissão

Na plataforma on line “Linkedin” do novo presidente da Comissão de Anistia, rede social voltada às atividades profissionais na qual o próprio usuário destaca as informações de maior relevância em sua carreira, consta: assessor jurídico do Círculo Militar da Praia Vermelha, desde 2010 até o presente; chefe de gabinete – assessor jurídico parlamentar do então Deputado Estadual Flávio Bolsonaro, na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, no período de junho de 2005 a maio de 2012; diploma de amigo da Polícia do Exército Brasileiro; medalha Exército Brasileiro, que “destina-se a distinguir cidadãos (...) que tenham praticado ação destacada ou serviço relevante em prol do interesse e do bom nome do Exército Brasileiro”. Como atuações judiciais relevantes, é o próprio presidente da Comissão que destaca: [...] ações que invalidaram a promoção do ex-militar e desertor Carlos Lamarca (...); ação popular que suspendeu liminarmente portarias ministeriais que determinavam o pagamento irregular de indenizações financeiras referentes à “guerrilha do araguaia”(...); autor popular em ação que busca invalidar atos supostamente ilegais de concessão, pela Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos SEASDH, de anistia política e reparação econômica no âmbito do estado do Rio de Janeiro, uma vez que a Constituição da República veda acumulações dessa natureza – envolve a ex-presidente impeachmada Dilma Roussef

Outro membro da Comissão de Anistia nomeado pelo mesmo ato ministerial, o general da reserva Luiz Eduardo Rocha Paiva seria “defensor do notório torturador da ditadura militar Carlos Alberto Brilhante Ustra”. É apontado em matérias jornalísticas como “um dos maiores opositores públicos da ala militar à Comissão Nacional da Verdade (...) que duvidava se a ex-presidente Dilma Rousseff tinha sido realmente torturada durante a ditadura militar”. Foi responsável pelo prefácio, a convite do próprio General Carlos Alberto Brilhante Ustra, do livro “A verdade sufocada”,

referindo-se às reparações concedidas pelo Estado como *bolsa ditadura*: “faz as contas comigo (...) a senhora vai ter menos de um torturado por dia. Aí esse número de 1918 depois que sai o bolsa ditadura sobe para 20 mil torturados.”

O desprezo anunciado sobre como o tema da tortura passa a ser tratado no período da Ditadura Militar é ponta de lança para uma questão, insisto, mais profunda sobre a tortura no Brasil, e terá repercussões mais a fundo sobre o sistema e as formas de controle contemporâneos da ditadura, como é o caso do Mecanismo Nacional de Combate à Tortura.

## O ETERNO RETORNO

Historicamente, a prática da tortura no Brasil integra a atuação institucional do Estado que se mostra a uma determinada parcela da população - parcela esta que possui classe, gênero e etnia bem definidos -. Os corpos “torturáveis” atravessam períodos históricos sendo integrado a sua narrativa em cada um desses momentos uma série de violações de direitos. As práticas de violências, espancamentos, assassinatos e posteriores desaparecimentos não são exclusividades do período militar no Brasil, como afirma o professor Luciano Oliveira (2018, p. 208). Tais posturas figuram como *modus operandi* da atuação estatal frente a existência de determinados sujeitos, os quais sofrem com a invisibilização social, de modo que acometidos pelas práticas violentas de tortura, não causam espanto e comoção da sociedade. Os “ninguéns” não espelham as características convencionadas socialmente que causam repulsa à práticas violentas, como diz Galeano

Os ninguéns: os filhos de ninguém, os donos de nada. [...] Que não são seres humanos, são recursos humanos. [...] Que não têm cara, têm braços. Que não têm nome, têm número. Que não aparecem na história universal, aparecem nas páginas policiais da imprensa local. Os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata. (GALEANO, 2002, p. 42)

Por outro lado, os “ninguéns” disputam a narrativa acerca do que configura tortura e violação e daquilo que se amolda a “postura necessária” para o bom funcionamento da sociedade.

O período militar, compreendido enquanto “anos de chumbo”, responsável por perpetrar inúmeras violações de direitos humanos e utilizar-se da tortura enquanto forma de atuação institucional do Estado, cometeu diversas atrocidades que ultrapassaram o eixo social dos “ninguéns”, atingindo outros indivíduos não inseridos na realidade da violência da atuação estatal, como já ressaltado. A partir dessa experiência, setores progressistas que compunham a oposição do regime militar atentaram para as violações do direito e práticas degradantes que não foram criadas nos porões da ditadura, mas já existiam antes dela. Com o fim do regime militar e a luta pela redemocratização do país, os debates acerca da defesa dos direitos humanos tomaram eixos centrais nas discussões e foram defendidos o seu estabelecimento no Estado Democrático de Direito que seria instaurado. Vigente a nova Constituição da República Federativa do Brasil, foram consagrados nela uma série de direitos e garantias fundamentais que representaram importantes conquistas frente ao período vivido anteriormente. No entanto, a chamada justiça de transição no Brasil, alvo de diversas críticas devido a sua efetivação “branda” e “transacional” como defendem especialistas, e enquanto um importante marco de saída de períodos de exceção para a democracia não foi suficiente para efetivar as reparações sociais e históricas necessárias ao que foi experienciado durante o regime militar.

Ainda que com uma justiça de transição problemática em seus diversos aspectos, a vigência da nova Carta Magna despertou a expectativa de uma nova atuação estatal, tendo em vista as disposições e garantias previstas, nas quais não se encaixavam as práticas do regime militar. Entretanto, após 30 anos da vigência da Constituição de 88 e da democracia brasileira, a

prática de tortura e violação de direitos ainda integra a atuação do Estado, obedecendo ao ciclo do “eterno retorno” a situação degradante a que são submetidos os indivíduos.

Um dos grandes expoentes da fuga do Estado aos compromissos constitucionais firmados na Constituição de 1988 que compreendem a prática de torturas e tratamentos desumanos e/ou degradantes é a situação do Sistema de Justiça Criminal (SJC). Atualmente, o Estado brasileiro conta com uma população carcerária de mais de 700.000 pessoas, segundo dados do sistema de Informações Estatísticas Penitenciárias (INFOPEN). O número de pessoas privadas de liberdade é um apontamento para a superlotação que ocorre nas penitenciárias brasileiras, da qual decorre uma série de violações de direitos, manutenção de pessoas em situações degradantes e desumanas, práticas de tortura, sem contar nos aspectos burocráticos processuais que culminam no aumento sistemático das pessoas privadas de liberdade. Todas essas questões, dentre outras tantas inúmeras que compõem a realidade carcerária do Brasil, ocorrem sob a custódia do Estado que, seguindo esse viés, caminha no contraponto das responsabilidades as quais assumiu.

Ilustrando a situação da população carcerária no Brasil, o livro *Vozes do Cárcere: Ecos da Resistência Política de Organização* de Thula Pires e Felipe Freitas retrata as violações de direitos e atos de tortura que sofrem os custodiados do Estado no sistema prisional. Para além desses aspectos, apontam também para características bem delineadas da maioria das pessoas privadas de liberdade no Brasil: etnia e classe social. A situação do cárcere faz com que as pessoas a ele submetidas passe por um processo de desumanização, desse modo perpetuando-se a figura dos “ninguéns” que, postos em privação de sua liberdade, são postos também em privação dos demais direitos existentes. *Vozes do Cárcere*, em contrapartida, surge no sentido de conferir a essas pessoas um meio para que falem, para que exponham sua dignidade diariamente silenciada pelo SJC e cobrem posições e respostas acerca da situação na qual estão postas, é nesse sentido que se propõem a

De diferentes formas dizemos não. As cartas, estas cartas vindas de dentro do cárcere, buscam reconstituir a dignidade a saltar os muros do silenciamento e aniquilamento. Assim, dizem não à negligência, à tortura, à desumanização perpetrada por agentes do Estado e afirmam a existência de sujeitos cuja capacidade de potência não foi aprisionada. (PIRES.; FREITRAS, 2019, p. 9)

Sob a lógica da situação carcerária no Brasil, depreende-se que “o eterno retorno” a prática da tortura de violação de direitos por parte do Estado transitou momentos históricos antes, durante os “anos de chumbo” e assim permanecem, quando se volta ao Sistema de Justiça Criminal brasileiro. O Estado, no uso de seus mecanismos de controles instituídos, não comete “excessos”, como justifica aqueles legitimam tal postura, mas atuam de forma a violar os indivíduos e seus direitos. No contexto sociopolítico contemporâneo, as narrativas entre o que seja tortura e o que sejam meros “excessos” têm sido alvos de disputa, inclusive de setores que compõem a estrutura do Estado. Isto posto, deve-se atentar para o funcionamento e autonomia dos órgãos e instituições estatais que, de alguma maneira, foram instituídos para atuar com a finalidade de minimizar, fiscalizar e denunciar situações de prática de tortura e violação de direitos.

Em 2007 foi promulgado o Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas, ratificado pelo Estado brasileiro. Tal Protocolo tem por intuito fiscalizar, denunciar e prevenir a prática tortura nos diversos centros que apreendem os indivíduos, inclusive o sistema prisional, levando-se em conta para a atuação das comissões principalmente a situação carcerária vigente no país. Alguns anos a frente, em 2013, através do Decreto nº 8.154 foi instituído o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), que contava em sua estrutura com a

presença de peritos, agentes estatais e membros da sociedade civil inseridos na temática. Desse modo, ampliando-se institucionalmente, ainda que com limitações, os meios de fiscalizar, combater e prevenir a tortura. Sabendo-se da realidade traçada pelo encarceramento em massa corroborando nas condições as quais se encontra o sistema prisional brasileiro, mecanismos como estes são importantes para garantia, ainda que mínima, de que o Estado se comprometa a atuar diante de tal problemática.

Todavia, a conjuntura político-institucional delineada pelo atual Governo, bem como sua postura diante da temática dos Direitos Humanos têm ameaçado a existência dessas instituições e mecanismos, tendo em vista a apropriação da narrativa que relativiza a tortura e a coloca em espaços de distanciamento o que a caracteriza e aquilo que o Estado comete na prática diariamente. Assim, por meio do Decreto nº 9.831 de Junho de 2019, o Presidente Jair Bolsonaro exonerou 11 dos cargos que compunham o MNPCT, como também fez alterações que além de esvaziar o mecanismo, interferem na autonomia de sua atuação e funcionamento, no caráter remuneratório dos cargos que restarem existentes, impedindo que tenham vínculos com instituições, órgãos, movimentos e meios de pesquisa acerca do tema. Tal medida adotada pelo Presidente da República remonta uma série de graves problemas que, para além de interferir na atuação do Estado enquanto responsável e garantidor dos compromissos assumidos democraticamente enquanto Estado de Direito, irão refletir de maneira a perpetuar a situação degradante do sistema carcerário que, sem qualquer mecanismo de fiscalização, denúncia e monitoramento tende a se agravar exponencialmente. É seguindo esse caminho que, mais uma vez, o Estado brasileiro celebra “o eterno retorno” em meio às disputas entre o “Nunca mais” e o “Nunca houve” dissonantes das máculas de violações de direitos e práticas que acumulam sua atuação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou observar os novos contornos sobre o tema da tortura no Brasil apoiando-se nas experiências institucionais vivenciadas no seio da Comissão da Anistia, mas é relevante destacar que, no curso de sua construção, diversas outros elementos ocorreram e fatos que marcaram a tratativa institucional sobre o tema da tortura foram complementando o quadro atual que consolida, cada vez mais, o agrupamento aqui chamado de “nunca houve”. Dentre elas, cabe ressaltar, a título exemplificativo, a entrevista coletiva do Presidente da República que questionou publicamente o relatório da Comissão da Verdade e buscou reconstruir a narrativa sobre mortos e desaparecidos na ditadura militar, como o simbólico caso do estudante Fernando Santa Cruz; ou mesmo a retaliação direcionada à presidência da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos que, prontamente, se posicionou contrária a este tipo de narrativa, que banaliza e relativiza questões caras e sensíveis à democracia. Destacamos isso não porque pretendemos que o presente trabalho abarque a complexidade de instituições, atores e posicionamentos presentes na discussão sobre a tortura, mas porque compreendemos metodologicamente as limitações analíticas e pretendemos trazer o caso da Comissão da Anistia como mais um dos fenômenos que sintetizam esta realidade.

Este, aliás, é o que consolida a tradição da Sociologia Jurídica Brasileira, na medida em que se afasta de realizar análises ou abordagens prescritivas e diretivas sobre um conjunto extenso de questões, e passa a construir, a partir de um objeto específico, a análise da sua relação com o seu entorno, e do conjunto de interferências e influências que este objeto pode demonstrar empiricamente. Neste caso, o comportamento da “nova” Comissão de Anistia parece-nos revelar um esforço objetivo de imprimir nas instituições e organismos independentes a necessidade de pactuar com as preferências políticas ou compreensões individuais de determinado grupo, sem



uma maior preocupação com os princípios e objetivos descritos quando da formulação da política pública.

Há, neste sentido, uma evidente confusão entre aquilo que pode ser considerado uma Política de Governo e uma Política de Estado, na medida em que a interferência direta nos mecanismos e comissões que teriam caráter perene e autônomo, põe em risco o trabalho não somente desta comissão ou desta temática, mas de todos os princípios da administração pública, com vistas à impessoalidade, independência e função social.

O que se percebe, assim, de maneira simbólica, com a extinção do Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura, bem como os sucessivos desmontes e alterações na Comissão Nacional da Verdade e na Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, que estas apontam para uma série de retrocessos nos compromissos constitucionais assumidos com a promulgação da Constituição de 1988 que, enquanto pilares do Estado democrático de direito, figuram como instrumentos fundamentais para que as instituições possam cumprir formas de reparação, combate e prevenção alinhados à justiça de transição, ainda que passível de críticas, para que o Estado não incorra às práticas do período militar e por elas se responsabilizem formal e materialmente.

No entanto, o que se vislumbra, nesse sentido, é a chancela, através dos atos institucionais no âmbito do poder executivo, de faces e posturas autoritárias por parte do Estado que violam não apenas o que foi formalmente previsto na Constituição Federal, a memória e um momento histórico marcado por violações de direitos e práticas de tortura. Para além disso, a admissão desses atos implica na perpetuação e legitimação de violações de direitos e práticas de tortura que existentes antes, durante e persistindo após o período ditatorial, são verificadas de maneira reiterada na forma como determinados aparelhos institucionais atuam frente aos “corpos torturáveis”, a exemplo do Sistema de Justiça Criminal, conforme mencionado.

Frise-se ainda que esses desmontes, apontados pelos atores institucionais sob a ótica política e ideológica repercutem não apenas nesses espectros, mas sob a órbita constitucional, como foi ressaltado, e também sob uma construção histórica, política, jurídica e social acerca da ditadura militar. Não se esgotando, portanto, nas discussões acerca desse período, acarretando na forma como os agentes do Estado respaldam suas práticas.

Assim, a disputa de narrativa acerca da tortura e demais violações de direitos levadas aos espaços institucionais de maneira autoritária, analisadas sob o viés da extinção do Mecanismo de Combate e Prevenção à Tortura e as alterações na Comissão Nacional da Verdade e Comissão de Mortos e Desaparecidos políticos, bem como as posturas formalmente assumidas pelo Estado brasileiro ilustram de forma significativa a austeridade presente nas controvérsias entre o “nunca mais”, o “nunca houve” e o “eterno retorno”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal**. Petição Inicial da Ação Civil Pública. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: União. Juiz: Rolando Valcir Spanholo. Brasília, 03 de maio de 2019. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/peticao-acp-portaria-da-damaraes>>. Acessado em 16/06/2019

BRASIL. Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, 2007.

BRASIL. Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, 2013.

BRASIL. Decreto nº 9.831 de 10 de junho de 2019.

DUSSEL, Enrique. **1492 o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

ERHLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Tradução Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2002, 9 ed.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2016**. Brasília: Governo Federal, 2016. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acessado em 17/06/2019.

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**: uma reflexão sobre a tortura. São Paulo, Brasiliense, 2009, 2ª edição.

OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva a Amarildo. E “Nego Sete”? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. **Rev. Direito Práx.** [online]. 2018, vol.9, n.1, pp.203-225

PIRES, Thula.; FREITAS, Felipe [orgs.]. **Vozes do Cárcere**: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018.

# HOMOSSEXUALIDADES E FORÇAS ARMADAS: A NECESSIDADE DE UMA EXPERIÊNCIA JUSTRANSICIONAL

**Raquel de Brito Albuquerque**

Mestranda em Direito (PPGD/UFPE). Bolsista (FACEPE).

## INTRODUÇÃO

A justiça de transição é um conjunto de esforços para a construção de uma paz sustentável, após um período de exceção em um determinado Estado que passou por um período de violência sistemática de Direitos Humanos (VAN ZYL, 2011, p. 47). Segundo Renan Quinalha, existem cinco eixos para se estabelecer uma prática justransicional efetiva, com o objetivo de frear discursos que possam ensejar novos conflitos. São eles, memória, verdade, justiça, reparação e reformas institucionais. Essas reformas são necessárias para o recrudescimento do Estado Democrático de Direito através, também, de alterações normativas que objetivem a reestruturação da máquina pública e daquelas instituições ativas durante os regimes de exceção (QUINALHA, 2013, p. 136).

Dessa forma, pretende-se fazer uma breve análise normativa do art. 235, do Código Penal Militar, à luz da ADPF nº 291, com o intuito de verificar se as Forças Armadas, especificamente, o Exército, passou por alguma experiência justransicional que tenha adequado sua legislação a preservação de direitos humanos, principalmente em relação a comunidade LGBTQI+. Verificar-se-á, também, como as reformas institucionais ocorreram nas Forças Armadas, para tanto, dois casos serão avaliados e confrontados com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão da ADPF nº 291 e, também, com a teoria justransicional.

Essa reflexão tomou espaço ao fato de que, p aparato repressivo instituído pelo regime militar de 1964, foi dirigido, predominantemente, contra os “subversivos” e exerceu um controle moral, também, contra a homossexualidade, vista como um desvio de padrão de identidade que comprometia valores postos pelo regime. Reprimindo esses signos de subversividade, a ordem seria reestabelecida. Assim, passado o estado de exceção, algumas sequelas permanecem, situação na qual a justiça de transição encontra esteio para se fazer presente.

A codificação militar foi instituída no auge do AI-5 e até hoje permanece em vigor. Em seu art. 235, tem-se que: praticar; ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar. Apesar da compreensão de que a punição não se voltava para o indivíduo, mas sim o ato, o tipo penal mostra uma face lgbtfóbica enquanto prática institucional das Forças Armadas. Ora, a prática do ato libidinoso poderia ser crime, mas porque especificar a homossexualidade e destacá-la?

A Comissão Nacional da Verdade elaborou a recomendação 23, onde se mostra a necessidade de “supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades” e, apesar de não ter adentrado no rol das recomendações principais, integrou os direcionamentos em relação à temática LGBTQI+ em seu relatório. A partir disso, recomendou-se a alteração legislativa, como parte de uma reforma institucional, principalmente no tocante ao art. 235, CPM.

Em 2012, chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos o caso de dois militares, homossexuais, perseguidos e afastados de suas funções, após o conhecimento do relacionamento entre ambos e, até hoje, não houve resposta do Brasil em relação ao caso. Posteriormente, a Procuradoria Geral da República ajuizou uma ADPF de nº 291, questionando a constitucionalidade

do artigo 235, do Código Penal Militar e, apesar da repercussão internacional, e da não recepção do vocábulo “homossexual” pela Constituição, segundo entendimento do STF, o nomen iuris permanece no dispositivo. Outro caso semelhante, foi o de um Tenente-Coronel afastado por ter tido um relacionamento com um outro militar subordinado. Foi acusado de ferir o decoro militar por ter tido relações com um soldado “fora da administração militar”, de acordo com o processo, o que, por si, já não configuraria a tipificação do art. 235, CPM.

Levando-se em consideração a recomendação 23 da Comissão Nacional da Verdade, o Código Penal Militar, que nasceu na ditadura e permanece em vigor, infere-se que, em termos dereformas institucionais, as Forças Armadas não passaram por um processo de justiça de transição adequado.

## **A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E SEUS EIXOS**

A justiça de é um instrumento que se concretiza através de suas práticas, já que estas se ocupam em trazer à tona a verdade sobre os fatos ocorridos durante determinado estado de exceção. Assim, entende-se que ela se operacionaliza através de alguns eixos que servem para reparar os danos às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abusos, construir uma memória sobre os acontecimentos e promover a reconciliação entre os povos.

Esse conjunto de ações deve ser inclusivo, prospectivo e formulado em consonância com os acontecimentos do passado, para que a história não seja esquecida e nem repetida. Significa dizer, em breve explanação, que as práticas justransicionais não possuem um prazo final; elas são exercícios constantes e paulatinos. De acordo com Paul Van Zyl “a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo” (VAN ZYL, 2011, p. 50) e, por essas razões, o exercício da justiça de transição não pode ser considerado estático, mas algo em constante movimento.

Seus eixos são necessários para o recrudescimento do Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, é importante destacar que a Justiça é importante para julgar os sujeitos que cometeram graves violações dos direitos humanos. Entretanto, uma observação se faz necessária. Para Ruti G. Teitel, a sede de justiça acaba sendo o foco de muitos Estados em relação a metodologia transicional, justamente pelo seu caráter punitivo, por isso, a autora sinaliza a necessidade de se fixar a utilização da punição enquanto ultima ratio nos procedimentos justransicionais. A busca pela verdade, a fim de se construir uma memória para que as violações sejam reconhecidas é a força motriz do processo justransicional, principalmente pela importância didática desses eixos.

Observando os ensinamentos de Bruno Galindo, os deveres do Estado no que se refere a busca pela verdade sobre as violações de direitos ocorridas nos períodos de exceção, bem como seu modus operandi justransicional de apuração dos fatos ocorridos durante o período ditatorial, são direcionadas ao sentimento de “Nunca Mais”, fornecendo o legado para as futuras gerações os ensinamentos de uma percepção da nocividade de um regime beligerante e trabalhar as ferramentas para evitar seu renascimento (GALINDO, 2018, p. 12).

Quando entendida de maneira apropriada, a justiça transicional olha tanto para o futuro quanto para o passado. Uma das razões críticas pelas quais enfrentamos os abusos do passado é a de garantir que não se repitam. Atualmente, a abordagem sobre a justiça de transição e os mecanismos utilizados para o enfrentamento das violações do passado possuem um conteúdo específico tanto no âmbito das Organizações das Nações Unidas, desde o relatório do Conselho de Segurança de setembro de 2003, como na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No cenário brasileiro, as práticas justransicionais chegaram ao país de maneira muito sutil, seguindo um movimento caracterizado por avanços e recuos. Esse cenário é preocupante na América Latina, por se tratar de uma história cíclica em nosso cenário político, pois a relação de causalidade entre o discurso de ódio institucionalizado contra grupos vulneráveis pode ser encontrada em algumas instituições e encontra guarida na voz das massas populares.

As aberturas políticas, acompanhadas de uma harmonização forçada vieram enfraquecidas e incapazes de romper diretamente com as heranças autoritárias remanescentes dos apoiadores do regime militar .

O primeiro documento que se tem notícias foi o relatório “Brasil Nunca Mais” , organizado pela arquidiocese de São Paulo, publicado no ano de 1985. Posteriormente, tem-se a Lei 9140/1995, de 1995, que reconheceu como mortos os desaparecidos políticos entre os anos de 1961 e 1979, e concomitantemente, o Ministério da Justiça instalou, no mesmo ano, a Comissão sobre Mortos e Desaparecidos (CHUEIRI, 2014, p. 104) . Ressalta-se que a redação da referida lei sofreu alteração, entendendo como mortos os desaparecidos até o ano de 1988.

Mesmo aplicando a justiça de transição na construção de sua democracia, o Brasil só conseguiu avançar na questão, mesmo que timidamente, através da Comissão Nacional da Verdade instituída pela Lei 12.528/11, cujo relatório final foi publicado em 2014. Composto por três volumes, o documento conta com uma sessão dedicada à população LGBT, ressaltando sua organização e, principalmente, a perseguição, as agressões e demais violações que sofriam.

Segundo Priscilla Hayner, as Comissões da Verdade são órgãos oficiais do Estado, mesmo que para atuação temporária, e tem por objetivo investigar os abusos cometidos no passado e elaborar, ao fim do processo, um relatório com as informações que julgar relevante (HAYNER, 2008).

Mesmo que cada país possua suas características próprias, principalmente em relação às particularidades de cada ditadura, as comissões surgem diante de sociedades que vivenciaram experiências semelhantes e, portanto, urgências semelhantes em relação às medidas que deveriam ser adotadas pelo Estado. Em todas elas tornava-se necessário o esclarecimento sobre a violência praticada no período repressivo, a adoção de medidas reparadoras, a efetivação da justiça, o fortalecimento da democracia e a satisfação das vítimas e das famílias dos mortos e desaparecidos.

## **DITADURA MILITAR BRASILEIRA E A PERSEGUIÇÃO CONTRA PESSOAS LGBTQI+**

A discussão sobre a inclusão da perspectiva da sexualidade nas investigações da Comissão Nacional da Verdade (CNV) está inserida num contexto de reflexão em relação a países que atravessaram violações de direitos humanos, e ainda convivem com essa cultura, principalmente em países como o Brasil, cuja taxa de mortalidade da comunidade LGBTQ+ está no topo do ranking mundial, sagrando-se como o país que mais mata homossexuais e travestis do mundo (FEDERAL, 2019). Essa questão também passa por um ponto bastante curioso, pois a CNV só incorporou o tema da sexualidade em seus trabalhos graças a pressões acadêmicas, sob a insistente tese de que o tipo de perseguição dispensada aos corpos não heteronormativos também deveria ser alvo de estudo, já que seus comportamentos eram considerados desviantes.

O aparato repressivo instituído pelo regime militar de 1964 foi dirigido, predominantemente, contra os “subversivos”, os “desviados”, e exerceu um controle moral, também, contra os comportamentos sexuais taxados como dissidentes da heterossexualidade. Dessa forma, a comunidade foi alvo de perseguições, censura e outras formas de violência.

Entretanto, mesmo sob o conhecimento de que as ditaduras não inauguraram a lgbtfobia, fica o questionamento: por quê a expressão da sexualidade humana incomodava tanto os regimes militares?

Assim como em outras ditaduras, o foco do regime brasileiro era o combate a uma suposta ameaça comunista e, segundo Benjamin Cowan, havia, para o exército, uma correlação entre as sexualidades dissidentes e o comunismo. Para ele, o vínculo entre homossexualidade e comunismo residia na tradição reacionária, semeada durante décadas e, aqui no Brasil, desde a época do integralismo. O que, inicialmente, justificaria a perseguição em um primeiro momento (COWAN, 2018. P 30).

Diante dessa correlação entre homossexualidade e subversividade, Christian Dunker tece um questionamento bastante pertinente que gira torno do *modus operandi* de um regime autoritário e como ele encontra campo e força, também, para reprimir corpos e comportamentos (DUNKER, 2017, p. 195). Surpreendentemente, a resposta para a primeira pergunta é perfeitamente respondida neste apontamento feito, aqui, em sequência.

Segundo o autor, há um mal-estar ou uma ameaça que paira sobre a sociedade, ensejando uma sensação de periculosidade generalizada, criando uma onda de intolerância em relação a aquilo que é diferente do “normal”, e, a partir daí, um conflito é instaurado; o outro vira inimigo. Em relação a ditadura brasileira, isso se materializou pela ameaça comunista, pensamento encampado majoritariamente pela sociedade conservadora.

Para Dunker, as ditaduras se estabelecem às custas de um discurso identitarista, ou seja, é preciso extirpar aquilo que foge de uma identidade normal, e, nesse sentido, quando nos voltamos para a homossexualidade, é notável que seu exercício era um desvio de padrão de identidade, uma anomalia que comprometia valores cristãos entendidos como tradicionais na formação de uma família, ou seja, era uma ameaça.

Resumidamente, era preciso restabelecer uma ordem, um *status quo*, sustentado pela legalidade e que trouxesse o Estado para seu estado normal e, conseqüentemente, freassem esse processo de medo ou mal-estar presente na sociedade.

Assim, parte-se para a nomeação daqueles sujeitos que trazem o mal-estar e isso ataca a subjetividade humana de maneira direta, seja em termos de gênero, sexualidade, raça ou de classe. É a sensação de que o Estado só comporta um determinado tipo de padrão e, se não há aderência ao pensamento ou pelos valores morais, as pessoas deverão ser afastadas em nome de um suposto bem maior, que é o restabelecimento da ordem.

Reprimindo esses signos de subversão (de gênero, sexualidade, classe e raça), através do exílio ou da tortura como um viés “corretivo”, todos estarão salvos, em busca do estabelecimento da normalidade, para acabar com a tensão e retomar o *status quo*. Assim, dá-se início a ilusão de que as leis serão aplicadas para o bem em virtude do excesso de identidades, e a ditadura busca uma unidade, a unificação da sociedade civil – “Brasil, ame-o ou deixe-o”, “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, “Meu partido é o Brasil”.

Há um processo de exclusão social enquanto meta, ou seja, existe uma pluralidade de pessoas que não contempla a ordem. Assim, o Estado deve aplicar leis que modifiquem essa diversidade, mostrando que o Estado foi forjado numa lógica construída para poucos, e, para Dunker, desfazer uma ditadura é desfazer essa ordem da exceção.

Importa ressaltar que até 1973, nos EUA, para a sociedade de psicologia norte americana, a homossexualidade era considerada uma doença e um tipo de perversão. A partir da organização de movimentos LGBTs em escala global, junto ao movimento feminista e o movimento negro, o

código foi alterado. A própria psicanálise mundial revisou essa concepção, enxergando a carga preconceituosa da suposta patologia, retirando o comportamento do Código Internacional de Doenças, entretanto, apenas na década de 1990. Essa patologização foi bastante utilizada como escusa e prática sancionadora nas perseguições e na tortura de pessoas que expressavam sua sexualidade de maneira dissidente da heterossexual.

A ditadura precisa construir um inimigo interno, porém, com particularidades. É uma pessoa que não se consegue distinguir, tem algum semblante que se mistura aos outros mas não é necessariamente igual aos outros. Nesse sentido, pelo fato de a homossexualidade ter que ser escondida, que as ditaduras também se ocuparam em combatê-la por ser perigosa para a normalidade, por isso, precisava permanecer invisível.

É comum enxergar que algumas ditaduras tem a ideia de voltar para a origem, resgatar valores muito bem delimitados, mas é uma origem, vale-se dizer, patriarcal, higienista e voltada para aquilo que chamam de família tradicional, assumida como discurso da máquina Estatal.

No cenário da redemocratização, com uma certa participação dos movimentos sociais, incluindo a atuação de grupos LGBTs nos anos 80, os direitos específicos dos homossexuais foram objeto debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, responsável pela elaboração de nossa atual Carta Magna. Contudo, algumas conquistas formais foram e continuam sendo uma questão, por não possuírem um caráter pedagógico.

No que diz respeito a superação da discriminação, por exemplo, a Constituição limitou-se a equiparar os direitos e deveres entre homens e mulheres, fundamentando-se na igualdade formal do gênero, dispensando a questão da identidade e orientação sexual. Ainda sob a égide da tradição de proteção da família e seus valores morais, a proteção aos LGBTs foi excluída do texto constitucional em votação na Assembleia Constituinte. Inclusive, mesmo após publicação do relatório final da Comissão Nacional da Verdade e suas recomendações, o movimento LGBT ainda não foi contemplado com leis de proteção ou recebeu alguma sinalização do Congresso Nacional sobre suas questões.

É sabido que a ditadura militar não concebeu a ideia da lgbtfobia, contudo, adotou-a enquanto prática institucionalizada de violência muito bem direcionada ao patrulhamento da moral e dos bons costumes do cidadão médio brasileiro. As violências contra a comunidade LGBTQI+, manifestava-se, em sua maioria, na perseguição a travestis, que eram enquadradas nos crimes de vadiagem, por não terem emprego registrado, ou de perturbação da ordem pública ; na censura a livros, peças de teatro ou filmes que representassem abertamente formas de sexualidades dissidentes, e até em expurgos de funcionários públicos, como foram os casos emblemáticos no Itamaraty.

O regime continha um viés homofóbico que relacionava a homossexualidade aos movimentos de esquerda e, conseqüentemente, à subversão, o que legitimava a violência contra as pessoas LGBTs. Tratava-se, por assim dizer, de uma política expurgatória da diversidade, dotada de um discurso repressor que, diante do cenário instalado, acabava por seduzir o cidadão médio brasileiro à época.

A população LGBTQI+ respondeu a repressão através da criação de movimentos de resistência inspirados nas organizações de luta por direitos para a comunidade, surgidas no contexto internacional dos Estados Unidos, já ao fim da década de 70, especificamente em 1977 ; diversos grupos começaram a se mobilizar e formar coletivos de enfrentamento às opressões estatais, em defesa de seu reconhecimento e de seus direitos.

As sexualidades dissidentes eram consideradas como um agravante para aqueles ditos subversivos. Pode-se afirmar que a perseguição a esses sujeitos era e ainda é considerada como um marcador social de diferença em relação a repressão; significa dizer que as violações de direitos se davam/dão por sua existência em si, principalmente em razão do gênero, raça, sexualidade, ou outro marcador.

Assim, passado o estado de exceção, algumas sequelas ainda permanecem, situação na qual a justiça de transição encontra esteio para se fazer presente, principalmente no que se refere as instituições brasileiras e ao arcabouço jurídico de nosso país. Para além da memória, verdade, justiça e reparação, a reforma institucional é necessária para o recrudescimento do estado democrático de direito, entendido como o respeito pelos direitos humanos, garantias fundamentais e às leis propriamente ditas. Principalmente reformas nas instituições que inauguraram os abusos durante o período de exceção, sendo importante alterar seu conjunto de práticas e de atos normativos, a fim de se reestruturar a máquina pública.

Sendo assim, faz-se necessário observar alguns casos referentes as Forças Armada Brasileiras e sua Codificação Penal Militar.

### **CÓDIGO PENAL MILITAR – ART. 235, ADPF nº 291 E O ENTENDIMENTO DO STF.**

A codificação militar foi instituída pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes conferiam o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

No código consta, em seu art. 235 “Praticar; ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar. Pena: detenção, de seis meses a um ano.”

O tipo penal está no capítulo de crimes sexuais, no título “Pederastia ou ato de libidinagem”, considerado um crime propriamente militar, ou seja, só quem faz parte das forças armadas está sujeito a esta sanção.

Apesar do discurso de que a punição não se voltava para a pessoa, mas sim para o ato, a tipificação mostra uma face lgbtfóbica enquanto prática institucional das Forças Armadas. Ora, a prática do ato libidinoso poderia ser crime, mas porque especificar a homossexualidade e destacá-la?

Atenta à redação do dispositivo, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) elaborou a recomendação nº 23, específica contra a discriminações relacionadas a orientação sexual, apontando a necessidade de: “Supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades” .

Em seu escopo recomenda-se

(...) alterar a legislação que contenha referências discriminatórias das homossexualidades, sendo exemplo o artigo 235 do Código Penal Militar, de 1969, do qual se deve excluir a referência à homossexualidade no dispositivo que estabelece ser crime ‘praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar’. A menção revela a discriminação a que os homossexuais estão sujeitos no âmbito das Forças Armadas.

Sobre essa questão, um ano após a publicação do relatório final da CNV, a Procuradoria Geral da República ajuizou a ADPF 91, questionando a constitucionalidade do artigo 235 do CPM, bem como sua recepção pela Carta Magna. O Supremo Tribunal Federal declarou como não



recepcionados pela Constituição Federal os termos "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", expressos no dispositivo do CPM. Contudo, a maioria dos ministros entendeu que o tipo penal deveria ser mantido, desde que invalidadas as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", constantes na tipificação, uma vez que têm caráter discriminatório.

Ocorre que, mesmo após o julgamento da ADPF 91, a recomendação nº23 da CNV não foi cumprida, de maneira que os vocábulos permanecem no caput do dispositivo, trazendo complicações graves na vida prática de militares homossexuais.

Sobre essa questão, em 2012, chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos o caso dos sargentos Fernando e Laci, por manterem relações homoafetivas, sob a acusação de perseguição, por parte Exército, após o conhecimento do relacionamento entre o casal, que desembocou numa reclamação aberta pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (Cejiil).

Uma breve narrativa do caso pode auxiliar na compreensão.

Fernando, sargento do Exército, se tornou responsável por uma seção da instituição que autorizava cirurgias de alto custo realizadas pelo plano de saúde da instituição, a partir daí observou a existência de um esquema de fraudes. Ao realizar a denúncia, Fernando afirmou a alguns jornais, como por exemplo o Congresso em Foco, que passou a ser perseguido. "Fizeram uma devassa na minha vida para encontrar fragilidades. E a fragilidade encontrada foi a minha homossexualidade", afirmou em entrevista, em 2012.

Laci, seu companheiro, afirma ter sido perseguido e agredido por militares com socos, sufocamento com plástico e tortura psicológica. Entre as denúncias feitas à OEA estão "violações aos direitos de liberdade de expressão e pensamento, ao acesso a recursos judiciais, à igualdade e não discriminação, à vida privada, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e às garantias judiciais".

O caso de corrupção denunciado pelo Sargento nunca chegou a ser investigado, entretanto, ele e o companheiro foram condenados pelo Superior Tribunal Militar (STM) por denúncia caluniosa.

Outro caso semelhante, guardadas as suas devidas proporções, foi o do Tenente-coronel Osvaldo Brandão Sayd, que servia em Curitiba, afastado por ter tido um relacionamento com um subordinado. Sayd foi acusado de ferir o decoro militar por ter tido relações com um soldado "fora da administração militar", de acordo com o processo, o que, por si, já não configuraria a tipificação do art. 235, CPM.

Contudo, para o relator do caso no STM, Ministro José Américo, o comportamento do militar "denegriu" a imagem das Forças Armadas e que a condenação não se tratava de coação devido à orientação sexual do Tenente-coronel, mas de punição a "excessos" incompatíveis com a função de oficial.

Segundo o Ministro "A opção sexual não há de ser recriminada, mas excessos têm de ser tolhidos para o bem da unidade militar. Não se pode permitir liberalidade a ponto de denegrir o instamento militar". Seis ministros votaram pelo afastamento de Sayd já que "não reúne condições de permanecer como militar em exercício" e, portanto, deve ser reformado. Não coube recurso da decisão, pois o Supremo Tribunal Federal (STF) considera que se trata de uma questão administrativa das Forças Armadas.

Em breve análise desses dois casos, nota-se que a homossexualidade masculina foi e continua sendo um instrumento repressor dentro das Forças Armadas, sendo assim, levando-se em consideração a recomendação 23 da Comissão Nacional da Verdade, o Código Penal Militar

que nasceu na ditadura e permanece em vigor, pode-se inferir que, em termos de reformas institucionais, as Forças Armadas não passaram por um processo de justiça de transição adequado.

Quando se fala em reforma institucional, almeja-se uma limpeza da máquina pública, no sentido de expurgar valores antidemocráticos e discriminatórios de suas práticas diretivas. Observando esses casos reais, salta aos olhos a permanência da repressão sobre a sexualidade antes, durante e após a redemocratização do país.

A CNV trouxe uma urgência na alteração da legislação em seu sentido formal e material, porém, os esforços para tanto ainda são escassos. As questões relacionadas a discriminação em razão da sexualidade, bem como a proteção dos direitos de pessoas LGBTQ+ são problemas específicos, segundo Greiff, e o aparato justransicional se consolidou como uma ferramenta a ser implementada pelo Estado, a fim de remediar as consequências dos processos violentos dos regimes de exceção. É o caso do Brasil.

Apesar de o caso dos sargentos Fernando e Laci ter alcançado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil não possui nenhuma condenação por motivação LGBTfobia o que, por si, também gera uma isenção do Estado em relação a medidas mais severas de proteção aos direitos da comunidade.

## **CONCLUSÃO**

Inicialmente, é convidativo refletir que a Lei n.º 12.528/2011, responsável por instituir a Comissão Nacional da Verdade chegou de maneira tardia quando comparada aos outros movimentos justransicionais vizinhos, como Chile, Argentina e Uruguai.

Diante da morosidade na apuração dos fatos, em busca da verdade e da memória, o reconhecimento e divulgação dos fatos pelos órgãos competentes, fica no ar o sentimento de que, para muitos, o processo foi uma narrativa fabricada e, atualmente, responsável por um revisionismo histórico perigoso.

O reconhecimento oficial, pelo Estado, dos abusos cometidos no passado é relevante não só sob o ponto de vista simbólico, por assegurar às vítimas o direito à justiça e à verdade, mas por ser responsável pela narrativa histórica que criará uma memória coletiva. Nesse sentido, relembra-se que a justiça de transição é um exercício coletivo e perene, portanto, a morosidade em lidar com os fatos, reconhecê-los e repará-los implica em complicações na formação do pensamento político e social por parte de um povo.

Em relação às reformas institucionais no país, precisamente nas Forças Armadas, observa-se que esta não foi amplamente consolidada, principalmente quando nos debruçamos sobre os números que alarmam os altos índices de violência institucional e o cenário de constantes desrespeitos a garantias fundamentais, que constituem herança do regime militar.

Os dois casos brevemente discutidos neste trabalho ilustram as condições de aviltamento de direitos vivenciada por aqueles que não performam a heterossexualidade, nesse sentido, observa-se que a lgbtfobia era um instrumento de perseguição a civis no período ditatorial brasileiro, mas também causava perseguição interna, situação que permanece intacta até o momento.

Essas reflexões demonstram a necessidade de se rediscutir o papel das forças armadas no processo de justiça de transição no Brasil, com o intuito de barrar a cultura do autoritarismo e se estabelecer um verdadeiro compromisso com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- CHUEIRI, Vera Karam de. A justiça de transição e o Brasil: breve relato. In: SILVA, Eduardo Faria. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. Paraná: Editora Universidade Positivo, 2014. p. 101-110
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório** – Vol. 1. 2014. Disponível em: <[http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_1\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2019
- COWAN, Benjamin. Homossexualidade, ideologia e "subversão" no Regime Militar. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan Honório. **Ditadura e Homossexualidades: Repressão, Resistência e a Busca da Verdade**. São Carlos: Edufscar, 2018. p. 27-52
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. Mal-estar na literatura brasileira contemporânea. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 91, n. 31, p.193-209, set. 2017. Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma**. 2015. Disponível em: <<http://www.institutocpfl.org.br/2015/05/13/mal-estar-sofrimento-e-sintoma-com-christian-dunker-integra/>>. Acesso em: 15 set. 2019
- FEDERAL, Senado. <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo> acesso em 15/09/2019
- GALINDO, Bruno. Teoria intercultural da constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, p.10-45, jan/jun, 2018.
- GREIFF, Pablo. Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. **Anuário de Derechos Humanos**. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.17-39, 2011. Disponível em: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/16994/18542>>. Acesso em 15 set. 2019
- HAYNER, Priscilla. **Verdades inomináveis: El reto de las comisiones de la verdad**. México: Fondo de Cultura Económica, 2008
- PASSARINHO, Nathalia. **Superior Tribunal Militar afasta militar homossexual do Exército**. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1525751-5598,00-SUPERIOR+TRIBUNAL+MILITAR+AFASTA+MILITAR+HOMOSSEXUAL+DO+EXERCITO.html>>. Acesso em: 15 set. 2019.
- QUINALHA, Renan Honorio. **Contra a moral e os bons costumes: a política sexual da ditadura brasileira (1964-1988)**. 2017. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. doi:10.11606/T.101.2017.tde-20062017-182552. Acesso em: 15/09/2019
- QUINALHA, Renan. Homossexualidade, ideologia e "subversão" no Regime Militar. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan Honório. **Ditadura e Homossexualidades: Repressão, Resistência e a Busca da Verdade**. São Carlos: Edufscar, 2018. p. 245-272
- QUINALHA, Renan. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.
- TEITEL, Ruti G.. **Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays**. New York: Oxford University Press, 2014.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Brasília & Nova Iorque: ICTJ, 2011. p. 47-71.

# AS COMISSÕES ESTADUAIS DA VERDADE COMO INDICATIVO DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO SUBNACIONAL

**Renata Santa Cruz Coelho**

Advogada. Doutoranda em Direito (UNICAP).

**Caroline Alves Montenegro**

Advogada. Mestra em Direito (UNICAP).

## INTRODUÇÃO

A Comissão Nacional da Verdade foi prevista em sintonia com uma das diretrizes constantes do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) publicado no final de 2009, no eixo orientador VI, “Direito à Memória e à Verdade”. Contudo, a sua criação foi resultado da condenação do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Guerrilha do Araguaia, no ano de 2010. Como resultado de tal condenação, o Brasil criou a Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528/11, e a Lei de Acesso à Informação, instituída pela Lei nº 12.527/11.

Paralelamente, foram criadas comissões da verdade em todas as esferas federativas, Municípios, Estados e União. Neste sentido, comissões subnacionais da verdade foram constituídas no intuito de auxiliar a Comissão Nacional da Verdade como mecanismos oficiais de apuração de violações dos direitos humanos ocorridas especialmente entre 1964 e 1985, período da ditadura civil-militar no país.

Estas comissões subnacionais têm como objetivo esclarecer os fatos e as circunstâncias em que ocorreram tais violações, colaborando para a reconstrução da memória e da verdade histórica.

Além do esclarecimento da verdade sobre os abusos praticados, as comissões devem contribuir para a construção de parâmetros para reparações individuais e coletivas e para a reforma das instituições que cuidam da justiça e da segurança pública. Devem, ainda, incentivar políticas públicas de educação para a valorização da memória, da verdade e da justiça.

A escuta das vítimas e de seus familiares é função prioritária das comissões, que também buscarão conhecer o padrão das violações cometidas, ouvindo a versão dos autores dos crimes ou procurando informações em arquivos, até aqui desconhecidos.

A composição das comissões é plural, com diversas forças políticas. Seus integrantes são oficialmente investidos de poderes para identificar e reconhecer os fatos ocorridos e as pessoas que desse processo participaram, tanto as vítimas que sofreram as violências, quanto as que, de alguma forma, foram responsáveis por essas violências. Os membros das comissões possuem notória história de comprometimento com a defesa e a garantia dos direitos humanos.

Ao término dos trabalhos, as comissões devem produzir relatórios que permitam à sociedade conhecer as práticas da ditadura civil-militar, que oprimiu a cidadania e violou direitos. Os relatórios deverão conter também recomendações para aprimoramento das instituições do Estado, notadamente aquelas que lidam com a segurança pública, de modo a construir uma política definitiva de democracia e de respeito à dignidade humana.

As comissões subnacionais da verdade integram as instituições públicas que vêm realizando a justiça de transição no Brasil. Além das comissões estaduais e municipais, ainda foram

criadas comissões em diversas instituições governamentais e não governamentais, tais como arquivos públicos e particulares, bibliotecas, Ministério Público estadual e federal, universidades, Ordem dos Advogados do Brasil, centrais sindicais, sindicatos e Grupo Tortura Nunca Mais, para nominar apenas alguns que têm colaborado com o trabalho de restabelecimento da verdade da memória.

Para realizar a avaliação das atividades de tais comissões, esta pesquisa restringiu-se a avaliar as comissões estaduais criadas até julho de 2015, tornando, assim, a pesquisa exequível, dado o grande número de comissões existentes.

## **FORMAS DE CRIAÇÃO, COMPOSIÇÃO E PODERES DAS COMISSÕES ESTADUAIS DA VERDADE**

Como os objetivos desta pesquisa estabelecem a avaliação do trabalho das comissões subnacionais, segue-se assim, para a descrição de tais comissões estaduais, em suas características, de criação, de composição, de poderes e formas de apuração dos casos selecionados e como se chega ao consenso sobre a veracidade dos fatos. Além disso, far-se-á a ponderação sobre a necessidade ou prescindibilidade dessas comissões subnacionais para o atendimento à condenação do Brasil no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, bem como os resultados destas comissões para a reconstrução da memória e verdade histórica do período.

As comissões estaduais seguem a linha da comissão nacional da verdade para examinar os casos de graves violações dos direitos humanos, ocorridas contra qualquer pessoa, no território do Estado ou contra cidadãos daquele Estado, ainda que estivessem fora do seu território, durante o período fixado no art. 8º do ADCT, ou seja, desde a ditadura do Estado Novo de Vargas até o fim da ditadura militar na década de 1980, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A forma de criação das comissões foi por lei, resolução ou decreto, e a composição, de forma unânime, consistiu de uma pluralidade em seus membros que representariam a sociedade civil. Já a metodologia utilizada pelas comissões consistiu de pesquisa documental, perícia técnica e depoimento pessoal.

Os poderes e as prerrogativas são de requisição de documentos e perícias, podendo requisitar quaisquer informações a qualquer agente público e privado que sejam necessárias ao esclarecimento dos casos investigados, tendo como atribuição a identificação e a publicização das estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade, como também o encaminhamento, aos órgãos públicos competentes, de toda informação obtida, capaz de auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, além da recomendação da adoção de medidas e políticas públicas, visando a prevenir violação de direitos humanos, assegurar a não repetição do ocorrido e promover a efetiva reconciliação nacional.

Dentre outras atribuições, destaca-se a promoção da reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como a colaboração, para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações e familiares. Todavia, seguindo o critério adotado pela Comissão Nacional, nenhuma comissão subnacional tem prerrogativa judicante nem persecutória.

Como resultado, tem-se a apresentação de relatórios, anuais inclusive, com as respectivas provas documentais. Nelas constarão os documentos e os depoimentos prestados pelas pessoas que apresentaram informações às comissões subnacionais. Ao final, as comissões subnacionais

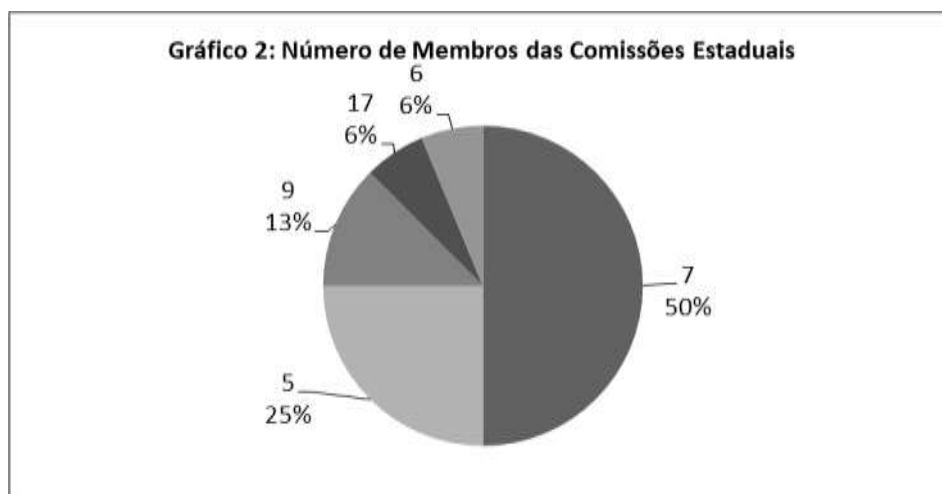
apresentam um relatório que é encaminhado para a Comissão Nacional da Verdade, atendendo ao objetivo de auxiliar os trabalhos da mesma.

A maioria das comissões estaduais foi criada em 2012, conforme o Gráfico 1 abaixo. De um universo quantitativo de dezesseis comissões estaduais pesquisadas, nove foram criadas em 2012, quatro em 2013, duas em 2014 e uma em 2015.



Fonte: Dados da pesquisa

No que se refere à composição, de acordo com o Gráfico 2 abaixo, as comissões estaduais foram compostas por uma pluralidade de membros que representariam a sociedade civil. Oito comissões compõem-se de sete membros, quatro de cinco membros, duas de nove membros, uma de dezessete membros e uma de seis membros.



Fonte: Dados da pesquisa

Quanto à forma de criação, de acordo com a Tabela 1, que segue abaixo, das dezesseis comissões pesquisadas, oito comissões estaduais foram criadas por Lei, seis comissões por Decreto e duas comissões por Resolução.

No que se refere à apresentação de relatório, de acordo com a Tabela 1 abaixo, até dezembro de 2015, das dezesseis comissões pesquisadas, cinco comissões estaduais apresentaram relatório final e onze comissões apresentaram relatórios preliminares.

**Tabela 1 – Comissões Estaduais da Memória e da Verdade**

Nome	Estado	Forma de Criação	Data	Número de membros	Relatório
Dom Hélder Câmara	PE	Lei nº 14.688	01/06/2012	9	Preliminar
CEV/BA	BA	Decreto nº 14.227, de 10/12/12, alterado pelo Decreto nº 14.483	17/05/2013	7	Preliminar
Teresa Urban	PR	Lei nº 17.362	27/11/2012	7	Final
CEV/RJ	RJ	Lei nº 6.335/12	24/10/2012	7	Final
Rubens Paiva	SP	Resolução nº 879	10/02/2012	5	Final
CEV/RS	RS	Decreto nº 49.380	17/07/2012	5	Final
Paulo Stuart Wright	SC	Decreto nº 1.415, de 01/03/13 e Lei nº 16.183, de 05/12/13	05/12/2013	5	Final
Covemg	MG	Lei nº 20.765	17/07/2013	7	Preliminar
Orlando Bomfim	ES	Lei nº 9.911	12/09/2012	7	Preliminar
José Porfírio de Sousa	GO	Decreto nº 8.101	19/02/2014	17	Preliminar
CEV/PB	PB	Decreto nº 33.426	31/10/2012	7	Preliminar
CEV/PA	PA	Lei nº 7.802	31/03/2014	9	Preliminar
Francisco das Chagas Bezerra – Chaguinha	AP	Lei nº 1.756, alterada pela Lei nº 1.771	24/06/2013	7	Preliminar
Jayme Miranda	AL	Lei nº 7.407	01/08/2012	7	Preliminar
Comissão Paulo Barbosa de Araújo	SE	Decreto nº 30.030	26/06/2015	6	Preliminar
Comissão Parlamentar da Verdade	MA	Resolução nº 675	26/11/2012	5	Preliminar

Fonte: Dados da pesquisa

## PROTEÇÃO SUBNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção multinível não pode ser apenas analisada sob a perspectiva da inserção de planos supranacionais ou internacionais. René Uruëña, por exemplo, menciona que em alguns países “as unidades subnacionais podem chegar a consagrar em suas ordens jurídicas certos direitos humanos, que podem ser protegidos nesse âmbito”. (URUEÑA, 2015, p. 15). Assim, não se podem desconsiderar os níveis mais baixos de proteção e tutela de direitos.

No caso brasileiro, os direitos fundamentais são protegidos não só pela União, mas também pelos Estados e Municípios. Nosso pacto federativo coloca Estados e Municípios como entes federados com autonomia política e administrativa, com *status* de sujeito de direitos e deveres no plano internacional.

Como entes com autonomia política e descentralizada, os Estados e Municípios possuem um importante papel na defesa dos direitos humanos e verdadeira personalidade jurídica internacional.

Cabe registrar um trecho da recomendação do relatório final da CNV, página 970, quanto ao apoio à instituição e funcionamento de órgão de proteção e promoção de direitos humanos:

[17] Apoio à instituição e ao funcionamento de órgão de proteção e promoção dos direitos humanos

35. A experiência internacional e brasileira demonstra que a efetividade da proteção e promoção dos direitos humanos se encontra diretamente relacionada à existência de uma rede de organismos públicos que tenha esses objetivos por finalidade específica. No



âmbito dos estados e municípios, devem ser estimulados a criação e o apoio ao funcionamento de secretarias de direitos humanos, que, atuando na esfera de decisão da administração pública, possam desenvolver e coordenar ações de proteção e promoção. (BRASIL. CNV, p.970).

No Estado Federal, vigora o princípio da autonomia dos governos subnacionais e o compartilhamento do processo decisório entre os entes federativos. Assim, aos entes é permitida uma maior participação na elaboração de suas políticas públicas. Baracho distingue federação de descentralização:

O federalismo pressupõe que não ocorra restrição às atribuições dos Estados membros, sem seu próprio consentimento. O mesmo não ocorre com a descentralização, em que o Estado, unilateralmente, pelos meios legais consagrados, pode modificar as atribuições dos órgãos descentralizados. (BARACHO, 1995, p.44).

Nas palavras de Baracho, percebe-se a sua inclinação por considerar federalismo aquele modelo que se aproxima da experiência norte-americana, ou seja, um Estado Federal por agregação, em que os membros conservam certa parte de sua soberania. (BARACHO, 1995, p.44).

Os Estados e Municípios estão obrigados a respeitar a dignidade da pessoa humana e a tutelar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, assim como os que estão fora dela, mas que são decorrentes do seu regime de princípios ou oriundos de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Essa obrigação dos Estados e Municípios decorre da teoria do Bloco de Constitucionalidade, devendo ser observados os direitos fundamentais decorrentes dos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, sejam aqueles recebidos pelo procedimento de emenda constitucional, sejam aqueles que, embora não estejam internalizados por este procedimento, trazem direitos fundamentais, de acordo com o regime de princípios e valores adotados pela Constituição Federal.

Assim, existem órgãos de defesa dos direitos humanos nos Estados e Municípios. A autonomia política dos entes federativos pode ser observada em suas cartas estaduais com a afirmação de tais direitos.

Desta forma, assim como em outros direitos, importante destacar que a proteção do direito à memória e à verdade não ocorre apenas no plano nacional.

Se falamos em uma tutela multinível, então se deve visualizar a existência de níveis não apenas internacional ou supranacional na proteção dos direitos, mas também deve-se visualizar a existência de um nível subnacional de proteção à memória e à verdade.

No caso específico do acatamento da decisão da Corte Interamericana, o Brasil se viu compelido a buscar a verdade instalando comissões com esse propósito. Mas, considerando que o Brasil é uma Federação, essa postura do Poder Público em busca da verdade para a proteção da memória pode se dar em diversas esferas: federal, estaduais e municipais.

A questão ganha importância no caso brasileiro quando se pensa em um modelo federativo que é menos ligado à ideia de um federalismo dual (política de acirramento entre União e Estados-membros) e mais ligado a um modelo de federalismo cooperativo que, conforme o próprio nome já diz, parte do pressuposto do exercício compartilhado de atribuições entre Estados-membros e União Federal, com a finalidade de traçar estratégias e formas de exercícios de competências legal e constitucionalmente estabelecidas.

A marca do federalismo cooperativo é justamente propiciar o exercício de competências compartilhadas, onde então a União e os Estados membros (e, em alguns casos, os municípios),

desenvolveriam as suas respectivas atribuições, porém em reciprocidade de ajuda mútua. (HESSE, 1995).

Desta forma, pode-se dizer que a existência de uma Comissão Nacional da Verdade, em articulação com tantas outras comissões estaduais, perfaz a ideia chave de tutela multinível no plano subnacional, embora ainda com autonomia limitada.

As competências compartilhadas representam a essência do federalismo cooperativo. Inclusive a atribuição compartilhada de competência para instalar comissões da verdade (nacional e estaduais) é apenas uma demonstração, segundo a qual os Estados-membros podem colaborar com a União quanto à criação de comissões subnacionais da verdade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a condenação do Brasil no caso Gomes Lund (Caso Guerrilha do Araguaia), foi instalada a Comissão Nacional da Verdade. Todavia, a presente pesquisa constatou que as complexidades do Estado Federal brasileiro não permitiriam que apenas uma Comissão fosse instalada, no âmbito nacional, tendo em vista que vários fatos ocorreram em esferas de atuação e jurisdição estaduais. Nesse ponto, a proteção do direito à memória e à verdade poderia ser realizada, também, no plano subnacional.

Hoje em dia, não se pode mais desconsiderar que um direito fundamental pode ser tutelado em muitos níveis. Por isso, fala-se em “tutela multinível” ou “proteção multinível” dos direitos fundamentais. E um desses níveis é justamente o plano subnacional. E quando se fala em “tutela”, não se quer apenas ressaltar a tutela “jurisdicional”, pois é possível também a tutela não-jurisdicional, campo onde se encontram as chamadas “comissões da verdade”.

Criadas de maneira plural e sem um padrão único, as comissões estaduais e municipais da verdade fazem parte desse jogo de proteção subnacional dos direitos fundamentais (proteção não-jurisdicional). São órgãos criados pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, mas com autonomia para buscar, no passado, elementos que façam com que o Brasil encontre o seu futuro.

Assim, a presente pesquisa demonstrou que o estudo da experiência brasileira recente demonstra que a proteção do direito à memória e à verdade não ocorre apenas no plano nacional ou também não ocorre apenas no plano jurisdicional. Quando se fala em proteção multinível, deverá ser visualizada a existência de níveis não apenas internacional ou supranacional na proteção dos direitos, mas também a existência de entidades subnacionais, que podem instituir órgãos que contribuem para a proteção do direito à memória e à verdade.

A partir da pesquisa que foi efetivada, ficou evidente que a concentração do trabalho em uma Comissão Nacional da Verdade teria resultado insuficiente para atender à condenação do Brasil realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diversas especificidades regionais e locais apenas puderam ser adequadamente consideradas com a iniciativa de Estados e Municípios que resolveram constituir suas próprias comissões da verdade.

Vale consignar que essa articulação entre os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade e das comissões estaduais e municipais resulta em uma maior densidade de informações sobre o passado recente do país. Estado nacional e instâncias subnacionais atuando na concretização de um direito fundamental reconhecido no nível internacional - Sistema Interamericano de Direitos Humanos - caracterizam essa proteção como multinível.

No que se refere à forma das decisões das comissões, pode-se concluir que houve pouco diálogo com familiares de desaparecidos políticos, que foram ouvidos apenas em contextos específicos, na análise de casos, não tendo sido garantido a eles um maior protagonismo.

É importante destacar que, da leitura dos relatórios das comissões subnacionais e da Comissão Nacional da Verdade, surgem importantes recomendações ao Estado brasileiro, seja na atuação administrativa, seja para alterações legislativas.

Algumas comissões municipais enfrentaram temas que não foram diretamente enfrentados pela Comissão Nacional da Verdade ou, mesmo em temas enfrentados pelo órgão nacional, aportaram ao debate sugestões para a solução dos problemas estudados. Com essa prática plural e multinível, as comissões subnacionais terminaram alimentando o debate com sugestões para a solução dos problemas estudados, demonstrando a importância da existência de uma multiplicidade de comissões, atuando na mesma finalidade.

Ao final, pode-se concluir que a pesquisa realizada sobre as comissões subnacionais no plano da tutela multinível sugere que a cooperação entre diferentes níveis da organização política promove a concretização de direitos fundamentais e, de maneira específica, potencializa o grau de eficácia do direito à memória e à verdade, mais do que se houvesse apenas a chamada Comissão Nacional da Verdade.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Comissão da Verdade do Estado de Alagoas**. Disponível em: <http://agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/19121-comissao-da-verdade-conclui-6-mortes-e-3-desaparecimentos>. Acesso em: 20 jul. 2015.

AMAPÁ. **Comissão da Verdade do Estado do Amapá**. Disponível em: <http://www.cev.ap.gov.br/det2.php?id=3310>. Acesso em; 22 dez. 2015.

BAHIA. **Comissão da Verdade do Estado da Bahia**. Disponível em: <http://www.comissaodaverdade.ba.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as revelações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 202, p. 49-60, out/dez, 1995. p. 44.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório final da CNV. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BRASILEIRO, Ana Maria. **O federalismo cooperativo**. Revista Brasileira de Estudos Políticos 39 (1974): 83-128.

ESPÍRITO SANTO. **Comissão da Verdade do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <http://oabes.org.br/noticias/comissao-da-memoria-e-verdade-do-espírito-santo-sera-instalada-nesta-segunda-feira-554977.html>. Acesso em: 20 jul. 2015.

GOIÁS. **Comissão da Verdade do Estado de Goiás**. Disponível em: [http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/decretos/numerados/2014/decreto\\_8101.htm](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/decretos/numerados/2014/decreto_8101.htm). Acesso em: 20 jul. 2015.

HESSE, Joachin Jens. República federal da Alemanha: do federalismo cooperativo à elaboração de política conjunta. **O federalismo na Alemanha**: traduções. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995.

MARANHÃO. **Comissão da Verdade do Estado do Maranhão**. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/outros-destaques/240-cnv-e-comissao-da-verdade-do-maranhao-assinam-acordo-de-cooperacao.html>. Acesso em: 20 jul. 2015.

MINAS GERAIS. **Comissão da Verdade do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/036561.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

PARÁ. **Comissão da Verdade do Estado do Pará**. Disponível em: <<http://www.sejudh.pa.gov.br/comissao-da-verdade-e-oficialmente-instalada-no-para/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

PARAÍBA. **Comissão da Verdade do Estado da Paraíba**. Disponível em: <<http://www.cev.pb.gov.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

PARANÁ. **Comissão da Verdade do Estado do Paraná**. Disponível em: [http://www.comissaodaverdade.pr.gov.br/arquivos/File/relatorios/relatorio\\_CEV\\_PR.pdf](http://www.comissaodaverdade.pr.gov.br/arquivos/File/relatorios/relatorio_CEV_PR.pdf). Acesso em: 20 jul. 2015.

PERNAMBUCO. **Comissão da Verdade do Estado de Pernambuco**. Disponível em: <https://www.comissaodaverdade.pe.gov.br/index.php/comissao-da-verdade>. Acesso em: 20 jul. 2015.

RIO DE JANEIRO. **Comissão da Verdade do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: [http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com\\_simplefilemanager/uploads/Rio/CEV-Rio-Relatorio-Final.pdf](http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com_simplefilemanager/uploads/Rio/CEV-Rio-Relatorio-Final.pdf). Acesso em: 20 jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Comissão da Verdade do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <https://arquivopublicors.wordpress.com/2017/01/11/acervo-disponivel-para-pesquisa-comissao-estadual-da-verdade-cevrs/>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SANTA CATARINA. **Comissão da Verdade do Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <https://www.memoriaedireitoshumanos.ufsc.br/items/show/641>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SÃO PAULO. **Comissão da Verdade do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SERGIPE. **Comissão da Verdade Do Estado de Sergipe**. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/politica/ler.asp?id=174496>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

URUEÑA, René. Proteção Multinível dos Direitos Humanos na América Latina? Oportunidades, Desafios e Riscos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René e PÉREZ, Aida Torres (Coordenadores). **Proteção multinível dos direitos humanos**. E-book, p. 15.

Sara de Oliveira Silva Lima

Mestra em Direitos Humanos (UFPE), Assessora de magistrado da 2ª Vara de Crimes contra Criança e o Adolescente de Recife-PE.

## INTRODUÇÃO

A ditadura militar brasileira, instaurada com o golpe militar de 31 de março de 1964, caracterizou-se como um período de grandes violações dos Direitos Humanos. Findou-se com a eleição indireta de um presidente civil, em 1985.

Levantamentos feitos pelas Comissões da Verdade, Nacional e as Estaduais, revelaram que crianças e adolescentes foram vítimas do aparelho repressor do Estado, inclusive algumas foram consideradas perigosas para segurança nacional e por isso, expulsas do país.

As políticas estatias previstas para crianças e adolescentes, naquela época, estavam vinculadas às de segurança nacional, por isso as crianças pobres, as de comportamento socialmente não aceitável ou em conflito com a lei eram tratadas da mesma forma pelo Estado, todas elas consideradas em situação irregular.

Com a abertura democrática, no início da década 1980, e o protagonismo dos movimentos em defesa da infância e adolescência, um novo momento foi inaugurado para este público, a saber, o da proteção integral. Este foi reconhecido como norma constitucional e regulamentada posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, reconhecendo a criança como sujeito de direito.

Assim, este estudo tem como objeto a justiça de transição brasileira para as crianças e adolescentes e buscará identificar as violações de direitos e as principais medidas adotadas pelo Estado brasileiro para reparação.

Primeiramente, serão levantadas as violações de direitos no período de 1964 a 1985, analisando-as a partir das teorias adotadas na época: a doutrina da segurança nacional e a do menor em situação irregular.

Em seguida, serão identificados os principais instrumentos normativos internacionais que, à época, reconheciam direitos às crianças e aos adolescentes e os elementos da justiça de transição no Brasil. E, por fim, descreveremos as medidas adotadas pelo Estado brasileiro para reparar as arbitrariedades praticadas contra crianças e adolescentes, contextualizando-as a partir de aspectos metodológicos adotados para se analisar as medidas implementadas por um Estado, na transição de um regime ditatorial para o democrático.

## VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES DURANTE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA

A violação de direitos, no período da ditadura militar brasileira, não se restringiu apenas aos adultos, mas as crianças e os adolescentes também foram atingidas pelas políticas de repressão estatal.

Durante esse período, segundo Comblin (1978), toda política do Estado estava pautada na Doutrina da Segurança Nacional-DSN que tornava a guerra ao comunismo a única realidade e

resposta a tudo. Essa doutrina caracterizava-se como elo de um esquema internacional de suporte estratégico da Guerra Fria, criada pelos geopolíticos dos Estados Unidos da América-EUA.

Os EUA, após a Segunda Guerra Mundial, viram a Rússia como expansionista do seu poder econômico e promotora de uma guerra não armada - Guerra Fria. Assim, os EUA utilizaram como estratégia o apoio aos “povos livres a não serem dominados” pelo comunismo, por isso os doutrinadores da DSN estabeleceram que a guerra contra o comunismo seria sobrevivência (COMBLIN, 1978; BUENO, 2014).

O mundo estava dividido em dois blocos: o Ocidente e o Comunismo. O Brasil, situado no ocidente e considerando este moralmente superior e por questões de sobrevivência, escolhe ficar no bloco do Ocidente, como a maioria dos países da América Latina. A guerra fria era permanente e deveria ser tratada em todos os planos militar, político, econômico e psicológico, sendo a segurança nacional uma resposta a esse tipo de guerra (COMBLIN, 1978; BUENO, 2014).

Entendendo que a Rússia conduzia uma guerra revolucionária, os doutrinadores do DSN criaram, então, estratégias contrarrevolucionárias, explicitadas no Manual de Guerra Revolucionária, que a partir de 1961, tornou-se a base da formação dos exércitos da América Latina, tratando a realidade nacional como se houvesse uma guerra, deformando sistematicamente a realidade (COMBLIN, 1978).

As estratégias contrarrevolucionárias consistiam, em primeiro lugar, eliminar todos os possíveis simpatizantes ou grupos favoráveis à revolução. Segundo, desenvolveriam técnicas para detectá-los, como: presença em toda parte, sistema de informação, ação psicológica para manter o povo afastado, tortura como regra, propaganda para evitar qualquer crítica, ação cívica, disseminando que o governo era mais eficiente que a revolução (COMBLIN, 1978).

Assim, para garantir a segurança nacional não haveriam limites, podendo interferir em todos os aspectos sociais e utilizar de quaisquer meios, violentos ou não. As garantias constitucionais não poderiam se constituir em barreiras e os inimigos poderiam ser internos ou externos ao país (COMBLIN, 1978).

Neste contexto, as políticas para a infância e adolescência também tinham características repressoras e de controle, pois a população pobre, em especial a infância, era identificada como grupo favorável à revolução (BECHER, 2012).

No primeiro ano do golpe, 1964, foi criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor-FUNABEM, com o objetivo de formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor (PNBEM) e instalação progressiva das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEM). Alinhada a DSN, a FUNABEM teve como presidente nos anos de 1964 a 1974, o médico pediatra, Mário Altenfelder, que em 1966 foi aluno da Escola Superior de Guerra-ESG, órgão intimamente ligada ao Estado ditatorial (BECHER, 2012; CARDOSO, 2015; BOEIRA, MACHIESKI e RIBEIRO, 2017).

A infância era definida por duas categorias: menor e criança. O menor era definido no artigo 1º do Código do Menor de 1927(Lei 4.513/1927), como aquele com menos de 18 anos de idade “abandonados e delinquentes”. O Decreto-lei nº. 3.799, de 05 de novembro de 1941, que instituiu o Sistema de Assistência ao Menor (SAM), tinha como uma das finalidades à assistência aos “desvalidos e delinquentes”, consolidando-se o menor como pobre (BRASIL, 1927; BRASIL, 1941; CARDOSO, 2015). Crianças eram, portanto, os menores de 18 anos não pobres, da classe média ou alta.

Segundo Cardoso (2015), a violência da ditadura militar brasileira foi um elo entre a criança e o menor. As crianças, de pais e mães militantes de esquerda, e os menores sofreram violações de direitos com fundamento, para os dois grupos, na Doutrina da Segurança Nacional.

O menor era considerado um risco para segurança porque poderia se rebelar contra a pobreza que vivia e encontrar no comunismo a solução para seus problemas. Com um discurso de abandono da prática repressiva, conduzida anteriormente pelo SAM, e a implantação de políticas mais humanizadas, voltadas para integração com a família, foi criado a FUNABEM. Entretanto, na prática, ocorreu internamento massivo de crianças e jovens pobres no período de 1967 a 1972, mais de 53 mil crianças internadas nas FEBEMs (BECHER, 2012; CARDOSO, 2015).

Em 1976, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Criança e do Menor Carente do Brasil reconhecia a falência da FUNABEM e das FEBEMs, apontando a existência de 25 milhões de crianças e jovens, carentes e abandonados, no Brasil (CARDOSO, 2015).

A imprensa fazia bastante críticas à FUNABEM, denunciando violência física e psicológica com as crianças e adolescentes. A discussão, sobre esse trato institucionalizado dado aos infantes, ampliou-se em vários segmentos da sociedade, levando a elaboração do novo Código de Menor de 1979, que substituiu as palavras “abandonados e delinquentes” por “em situação irregular” (BOEIRA, MACHIESKI e RIBEIRO, 2017).

Adota-se a doutrina da situação irregular, caracterizada por uma cultura tutelar-assistencial, postura terapêutica, confusão conceitual entre infância e adolescência materialmente desassistidas e a delinquentes, institucionalização, não titularidade de direitos pelas crianças e adolescentes e judicialização dos problemas sociais (BELOFF, 2009; PAULA, 2015).

A criança, outra categoria da infância na época da ditadura militar, sofria outro tipo de violência. E não eram todas as crianças, mas os filhos e filhas de militantes de esquerda ou quem o Estado ditatorial entendesse ser perigoso para segurança nacional, oriundos da classe média e alta intelectualizada (CARDOSO, 2015).

Crianças e adolescentes não foram poupados pelos agentes da ditadura brasileira. Uns por serem filhos de militantes de esquerda, outros por logo cedo ingressarem nas ações de resistência ao golpe militar. Como exemplo, o caso do adolescente Jonas de Albuquerque Barros, de 17 anos de idade, estudante secundarista, no dia em que o golpe foi anunciado, participava de uma manifestação de rua em Recife contra a deposição e prisão do governador Miguel Arraes, quando foi atingido pelas balas da polícia (BRASIL, 2009)

Há entre os desaparecidos políticos, adolescentes, dentre eles, Marcos Antônio Dias Baptista, que aos 15 anos, membro da Vanguarda Armada Revolucionária Palmares, desapareceu sem deixar vestígios. Outro adolescente, Ivan Seixas, aos 16 anos foi preso e torturado junto com seu pai, este assassinado no DOI-CODI, tendo Ivan passado 6(seis) anos na prisão sem julgamento (BRASIL, 2009; BRASIL, 2014).

Com 06 (seis) anos de idade, em 30 de setembro de 1969, Virgílio Gomes da Silva Filho foi preso juntamente com seus genitores e dois irmãos, Vlademir de 08(oito) anos e Isabel de 04 (quatro) meses de idade. Ao prender a família, o seu pai foi chutado e pisoteado na cabeça na frente dos filhos e depois morto sob tortura. Virgílio e os irmãos foram separados da mãe e levados ao juizado de menores, lá ele e o irmão roubavam leite durante a noite para dar a irmã e dormiam embaixo do berço dela para que ela não fosse adotada. Sua irmã Isabel foi usada para torturar sua mãe. Foram resgatados por familiares e cada um passou a viver em casas de parentes diferentes. Em 1979, quando a mãe foi solta, Virgílio se seus irmãos conseguiram asilo em Cuba e sobre a qual Virgílio declara: “Cuba é o paraíso na terra” e “No Brasil, meu pai era tratado como bandido, em Cuba como herói”. Todos formaram-se, casaram-se e tiveram filhos cubanos, porém hoje vivem no Brasil (BRASIL, 2009; SÃO PAULO, 2014).

O pai de André Almeida Cunha Arantes criou a história do Zorro para explicar porque o menino não podia dizer onde moravam e só aos 10(dez) anos de idade, com o falecimento do avô, descobriu o verdadeiro sobrenome da família (SÃO PAULO, 2014).

Ernesto Carlos Dias do Nascimento, o “Ernestinho”, com 01(um) ano e 03 (três) meses de idade, foi tratado como “Elemento menor subversivo, terrorista...”. Foi preso com a sua mãe e viu o pai sendo torturado. Em 1970, era uma das 04 (quatro) crianças, com idade de até 09 (nove) anos, banidas com outros 40 (quarenta) adultos para a Argélia (BRASIL, 2014; SÃO PAULO, 2014).

Os irmãos, Janaina e Edson Teles, com 05(cinco) e 04(quatro) anos, foram raptados e levados para a sala de tortura onde seus pais estavam. Quando Edson viu sua mãe, perguntou porque a mãe estava azul e seu pai verde, sem saber as sessões de tortura que eles tinham passado e que estava ali para ser instrumento de pressão contra seus pais (SÃO PAULO, 2014).

Por fim, a história de Carlos Alexandre Azevedo, filho de pai e mãe militantes, que teve sua casa invadida por policiais do DOPS/SP, quando tinha 1 ano e 8 meses, por ter começado a chorar, os policiais deram-lhe um soco na boca que sangrou. Com os lábios sangrando, foi levado para o DOPS/SP e passou por mais de 15 (quinze) horas em poder dos homens da repressão, existindo relatos de que levou choque elétrico. Viveu atormentado pela violência sofrida, cometendo suicídio aos 39(trinta) anos de idade (SÃO PAULO, 2014).

Nos vários documentos e relatórios da Comissão da Verdade, nacional e estaduais, os registros demonstram o sofrimento e as sequelas da violência perpetrada contra cada vítima, criança e adolescente na época, hoje adulta, revelando as marcas da infância negada (SÃO PAULO, 2014).

Assim, o período da ditadura militar brasileira (1964-1985), baseado nas doutrinas da segurança nacional e da situação irregular, reconhecia também as crianças e os adolescentes, pobres ou filhos de militantes de esquerda, como pessoas perigosas para a nação, utilizando-se da violência, banimento, internamento, sequestro e morte contra eles.

## **DIREITOS INTERNACIONALMENTE RECONHECIDOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE DO PERÍODO DA DITADURA MILITAR ATÉ INÍCIO DA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA**

No cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu direitos para as crianças em dois artigos 25 e 26, estabelecendo que elas gozam de direitos à ajuda e à assistência especiais e de proteção social (ONU, 1948).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem apresentou-se mais protetora, em abril de 1948, ao definir no artigo 7º: “Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais” (OEA, 1948).

Em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança (DDC), sem caráter imperativo, mas dotada de conteúdo ético, moral e humanista, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em todas as esferas jurídicas, e que, pela sua condição de imaturidade física e mental, necessitam de cuidados especiais e proteção jurídica (MAZZUOLI, 2014).

A DDC estabeleceu, dentre os seus 10 (dez) princípios, que todas as crianças, absolutamente e sem exceção, gozam dos direitos ali enunciados, dentre eles, destacam-se o da proteção especial contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração e contra atos que suscitem discriminação racial, religiosa ou de qualquer natureza e o de ter um nome e uma nacionalidade, desde o nascimento. A DDC destaca também que a diretriz a nortear a definição das políticas públicas serão os melhores interesses da criança e do adolescente (ONU, 1959).



Em 1978, como preparativos para o Ano Internacional da Criança, que seria no ano seguinte, o governo polonês propôs à Comissão dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas-ONU, a redação da Convenção dos Direitos da Criança. A Sociedade Anti-Escravidão teve uma participação efetiva durante o Ano Internacional da Criança, trazendo uma perspectiva de direitos humanos para questões como o trabalho infantil, a escravidão e a exploração sexual infantil. Em decorrência, vários programas foram implementados para eliminar o trabalho infantil pelas agências internacionais, como o UNICEF, a Organização Internacional do Trabalho-OIT, o Banco Mundial e vários bancos regionais de desenvolvimento (ALSTON e TOBIN, 2005).

Neste período, outros importantes documentos foram construídos com o objetivo de orientar os Estados sobre crianças e adolescentes em conflito com a lei, dentre eles: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim) e os Princípios Orientadores das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), ambos de 1985. As Regras de Pequim dispõem sobre o tratamento a ser dado aos jovens que cometem delito ou estejam sendo acusados pela prática de algum ilícito, devendo a Administração da Justiça estabelecer mecanismos de proteção aos jovens e que suas decisões sejam proporcionais ao delito e ao delinquente. Nesta perspectiva, as Diretrizes de RIAD orientam a definição de políticas públicas que previnam a delinquência e promovam o desenvolvimento de todos os jovens, especialmente os que estão em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 1990; CNJ, 2016).

Para apreciar a segunda proposta feita pelo governo polonês, já que a primeira não teve respaldo suficiente, dada às inúmeras críticas que recebeu, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, criou um Grupo de Trabalho-GT, de composição ilimitada que se reuniu de 1980 a 1987, uma vez por ano, tendo a participação de diversas organizações não governamentais e representação dos diversos Estados que compunham a ONU. O trabalho do GT foi carregado de tensões em decorrência do contexto da Guerra Fria e das concepções de infância e direitos da criança. O Brasil participou de todas as reuniões do GT (ROSEMBERG e MARIANO, 2010).

Em 1989, é aprovada a Convenção dos Direitos da Criança pela Assembleia da ONU e entrou em vigor em 1990. Tem-se como o instrumento normativo da ONU que mais rápido entrou em vigor. Ratificada por 195 países, exceto os Estados Unidos da América (ALSTON e TOBIN, 2005; BELLOF, 2009; ONU, 2015).

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC), de caráter vinculante, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, inovando em relação aos instrumentos normativos anteriores, porque além da abrangência dada (criança até 18 anos), ortogou às crianças, pela primeira vez, todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos e reconheceu a sua especificidade (MENDEZ, 2011; ROSEMBERG e MARIANO, 2010).

A Convenção está organizada em três partes, com 54(cinquenta e quatro) artigos. Na primeira parte, são estabelecidas as definições e obrigações dos Estados; na segunda, prevê a constituição do Comitê dos Direitos das Crianças e, na terceira parte, têm-se as disposições finais. Tem como tese central a proteção integral e a participação real, extraída dos quatro princípios básicos: a não discriminação; o melhor interesse da criança; o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; o respeito pelas opiniões da criança. Ao longo das duas últimas décadas, a Convenção influenciou a mudança de tratamento da criança em todas as partes do mundo (NOGUEIRA NETO, 2009; FRANCISCO, 2016; RAMOS, 2017).

## JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Entende-se por justiça de transição, os mecanismos jurídicos e políticos necessários para reconstrução democrática de um país que passou por um período de exceção de direitos ou ditatorial (ABRÃO e TORELLY, 2011; ARAÚJO, 2015; GALINDO, 2015; ZIL, 2009).

Os elementos essenciais da justiça de transição são: a justiça, a busca da verdade, memória, reparação e reforma institucional. Busca-se com a justiça, propriamente dita, a prevenção especial com o julgamento estatal dos agentes violadores de direitos humanos e, também, a prevenção geral, com o fim de evitar novas violações e impulsionar o processo de reforma (ZIL, 2009; ARAÚJO, 2015; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

O esclarecimento da verdade sobre as violações de direitos humanos, perpetradas durante o período de exceção, ajuda a sensibilizar as gerações futuras e dar voz às vítimas, reduzindo seus sentimentos de raiva e revolta (ZIL, 2010; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Todo o material, levantado no processo de busca pela verdade, deve ser colocado à disposição da população, em espaços de memória, criados com o fim de levar ao conhecimento de todos os fatos ocorridos no período de exceção, contribuir para não promover o esquecimento e evitar repetições de agressões aos direitos humanos (ZIL, 2009; ARAÚJO, 2015; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Apresenta-se, também, como elemento essencial, na justiça de transição, a reforma e, em certos casos, a dissolução de algumas instituições responsáveis pelas violações dos direitos humanos, adequando-as à nova estrutura democrática e humanística do Estado (ZIL, 2009; ARAÚJO, 2015; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Como último elemento da justiça de transição tem-se a reparação às vítimas que pode ser feita através de compensação financeira, reabilitações, assistência psicológica ou mesmo medidas simbólicas, como as dos instrumentos de preservação da memória (ZIL, 2010; ARAÚJO, 2015; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Para compreender melhor o processo de transição democrática, Galindo (2015) utiliza a tipologia de Franz Neumann que classifica ditadura em simples, cesarista e totalitária. Na ditadura simples, o poder é exercido através do controle absoluto dos meios de coerção tradicionais, ligados ao próprio ente político, como a polícia, as forças armadas, a burocracia estatal e o judiciário. Na cesarista, além dos meios de coerção, necessita-se do apoio popular, adotando-se medidas populistas. Além dos elementos presentes nas duas primeiras espécies de ditaduras, acrescenta-se à totalitária, o controle da educação, dos meios de comunicação e das instituições econômicas.

Com base nessa classificação, Galindo (2015) classifica a ditadura brasileira como simples, pois o governo militar não precisou buscar apoio popular e nem necessitou de outros controles como forma imprescindível para sua legitimação, principalmente, porque nas ditaduras simples não se espera adesão do cidadão à ideologia dominante, mas indiferença.

A identificação do tipo de ditadura facilita a compreensão dos mecanismos de transição democrática adotado em cada país. Nas ditaduras simples, a transição ocorre, após um período de crise do sistema instalado, com cessão gradual de poderes aos setores democratas. No Brasil, a abertura democrática foi negociada, pactuada, não houve ruptura, estabeleceu-se como concessão do sistema ditatorial e por isso a anistia foi restrita e bilateral (ZIL, 2010; ABRÃO e TORELLY, 2012; GALINDO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Assim, identifica-se três fases da justiça de transição no Brasil. Na primeira fase, há a disputa de dois tipos de anistia: o do regime militar, de sentido restrito, que buscava impunidade e

esquecimento; e o da sociedade civil, que reivindicava uma anistia ampla, geral e irrestrita, centrada na liberdade civil e política dos que resistiram ao golpe (ABRÃO e TORELLY, 2012; ARAÚJO, 2015).

A anistia defendida pela sociedade civil foi incorporada ao projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido de oposição consentida pelo regime militar. Entretanto, venceu a anistia proposta pelo Governo Militar, sendo aprovada por 206 a 201 votos, em 28 de agosto de 1979, a Lei 6.683, conhecida como a Lei da Anistia (ABRÃO e TORELLY, 2012; ARAÚJO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

A lei de Anistia foi o primeiro marco reparatório da justiça de transição brasileira, ao estabelecer a readmissão para servidores públicos, restituição de direitos políticos, laborais e estudantis. Porém nessa primeira fase, o aspecto mais relevante foi a conquista da liberdade dos presos, banidos, demitidos e clandestinos, forjando o ambiente para o retorno ao processo democrático e abertura política (ABRÃO e TORELLY, 2012, 2015; ARAÚJO, 2015; SCHWINN e SCHMIDT, 2015).

Na segunda fase, tem-se a reparação como eixo estruturante, a partir de sua constitucionalização através do art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Em 1995, foi promulgada a lei 9.140 que estabelecia o processamento das demandas dos familiares de mortos e desaparecidos durante o regime militar, efetivada através da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos políticos (ABRÃO e TORELLY, 2011, 2012).

Em 2001, o art. 8º da ADCT foi regulamentado através de uma Medida Provisória transformada na Lei 10.559/2002, que elaborou a sistemática de reparação, operacionalizada pela Comissão de Anistia, através de um processo administrativo simplificado e com critérios de fixação de valores (ABRÃO e TORELLY, 2011, 2012).

Essas comissões, no processo de reparação, construíram um acervo de testemunhos e registros de violência, através do resgate da memória histórica das vítimas, levantando a verdade sobre os atos de violação de direitos humanos pelo regime de exceção. A Comissão de Anistia estabeleceu o pedido de desculpas oficiais nas Caravanas de Anistia, passando a ter o sentido de reconhecimento estatal das violações, bem como desenvolveu diversos projetos de memória, tais como: Caravanas, Memorial da Anistia e Marcas da Memória, com exposições e amostras de cinemas (ABRÃO e TORELLY, 2011, 2012; BRASIL, 2016).

Dentro deste contexto de reconhecimento, entre 2007 e 2010, a Conferência Nacional dos Direitos Humanos aprovou a criação da Comissão de Verdade e Justiça; o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com as primeiras ações civis ajuizadas contra agentes torturadores; a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) protocolou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra a Lei da Anistia e a impunidade de crimes contra a humanidade. O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou a constitucionalidade da Lei da Anistia e os familiares de mortos e desaparecidos, com apoio do Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), ingressaram com reclamação na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que declarou a Lei de Anistia como autoanistia, incompatível com a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. Rompeu-se, assim, com os pilares do esquecimento, restando o da impunidade (ABRÃO e TORELLY, 2011, 2012).

Surge então, a terceira fase da justiça de transição no Brasil, que é a luta pela verdade e justiça, questionando-se sobre a validade da Lei de Anistia e a exigência do cumprimento da sentença da Corte IDH.

## **MEDIDAS ADOTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO PARA REPARAR O DANO DAS VIOLAÇÕES SOFRIDAS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PERÍODO DITATORIAL**

Para identificar as medidas reparadoras adotadas pelas violações sofridas por crianças e adolescentes durante o regime militar, será adotada, como metodologia, os elementos essenciais da justiça de transição, quais sejam: a justiça, a busca da verdade, memória, reparação e reforma institucional.

Como já discutido anteriormente, a justiça é o único elemento ainda não enfrentado no processo transicional no Brasil que, com a chancela do STF, adota a impunidade como base da anistia concedida.

As Comissões da Verdade, responsáveis pela busca da verdade e memória, têm contribuído para a apuração das violações contra crianças e adolescentes, através da identificação dos casos, ouvidas nas audiências públicas e registros em seus relatórios. Nesta perspectiva, o relatório da Comissão Nacional da Verdade traz no capítulo 10 (dez) o relato dos casos de violências contra crianças e adolescentes. Exemplo seguido, nos relatórios das Comissões de São Paulo e Minas Gerais. O de São Paulo dedicou um capítulo específico, denominando-o de “Infância Roubada” e o relatório da Comissão Estadual da Verdade de Minas Gerais, o seu capítulo 13 (treze) tem como título “Impedimento de convivência de crianças e adolescentes com seus genitores em razão de sua prisão, morte ou desaparecimento” (BRASIL, 2014; SÃO PAULO, 2014b; MINAS GERAIS, 2017).

A Comissão da Anistia, responsável pelo reconhecimento da situação de anistiado político e pela concessão de reparação econômica para aqueles que comprovarem ter sofrido perseguições, exclusivamente, políticas, por meio de atos de exceção do Estado brasileiro, tem contribuído para identificação dos casos de violações perpetradas contra criança e adolescentes, com as consequentes medidas reparatórias.

Através do Projeto Marcas da Memória, a Comissão da Anistia tem fomentado iniciativas de organizações privadas sem fins lucrativos nas áreas de preservação, de memória e de difusão. Em muitos dos materiais produzidos, existem registros das violências contra criança e adolescente. Identificam-se também projetos em que a situação da infância e adolescência é, especificamente, retratada, a exemplo, da exibição do filme “Infância Clandestina”, de Benjamin Ávila (BRASIL, 2016).

Ainda, como contribuição estatal à verdade e à memória das violências contra a infância e adolescência no regime militar, tem-se a publicação do livro “Direito à Memória e à Verdade: história de meninas e meninos marcados pela ditadura”, da Secretaria Especial do Direitos Humanos da Presidência da República em 2009, que registra as histórias de crianças e adolescentes, ativistas ou filhos de militantes, marcados pela ação repressiva do Estado (BRASIL, 2009).

Quanto à reparação, a Lei 10.559/2002 elencou as possibilidades de declaração da condição de anistiado e da indenização econômica. Para as crianças e adolescentes atingidos por atos de exceção. A referida lei prevê o pagamento, em prestação única, de 30 (trinta) salários mínimos por ano de perseguição, até o máximo legal de R\$ 100.000,00(cem mil reais) (ABRÃO e TORELLY, 2015).

A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos(CEMDP) reconheceu Jonas de Albuquerque Barros, morto em Recife nas primeiras horas do golpe, como vítima do aparelho repressor do regime militar, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial da União em 11 de outubro de 2004. A família dele recebeu a título de indenização, pelo Governo do Estado de Pernambuco, o valor de R\$ 30.000,00(trinta mil reais), provavelmente, cumulada com a definida pela CEMDP (PERNAMBUCO, 2017; BRASIL, 2007).

Por fim, a reforma institucional, como forma de evitar novas violações de direitos da criança e do adolescente, foi considerada como uma virada paradigmática. O processo de abertura democrática intensificou a mobilização da sociedade civil, com apoio principalmente do UNICEF, em defesa dos direitos da criança e do adolescente, formando-se em 1985, o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) que realizou o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, em 1986 (MENDONÇA, 2010; NOGUEIRA NETO, 2009).

Esse processo de mobilização, interno no Brasil, dialogava com a Comissão constituída pela ONU para elaborar a Convenção dos Direitos da Criança, influenciando diretamente a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, com a apresentação de duas emendas populares, denominadas de “Criança e Constituinte” e “Criança Prioridade Nacional”, concretizadas nos artigos 204 e 227 da Constituição Federal de 1988, que provocou uma virada paradigmática com a adoção da Doutrina da Proteção Integral, rompendo-se com a Doutrina da Situação Irregular, elevando a criança à condição de sujeito de direito e prioridade absoluta (CATÃO, 2012; OLIVEIRA et. al, 2010).

Em 1990, através da Lei 8.069, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescentes, doravante chamado Estatuto, regulamenta os dispositivos constitucionais, eliminando a dicotomia “criança e menor” ou “menor em situação irregular” e torna as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos e portadores de proteção especial, pela sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, o Estatuto estabelece um sistema de garantias, normatizado posteriormente pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, através da Resolução 113, a partir de três eixos: defesa, controle e promoção (BRASIL-CONANDA, 2006; MENDONÇA, 2010).

A promoção das políticas públicas operacionaliza-se de forma transversal e intersetorial, articulando as ações para garantir integralmente os direitos da criança e do adolescente. O controle dessas políticas se materializa através de órgãos dos conselhos setoriais, dos órgãos de controle e dos conselhos de direito da criança e do adolescente. E, o subsistema de Defesa opera-se através dos órgãos das polícias Civil e Militar, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Centros de Defesa e Conselho tutelar (BRASIL-CONANDA, 2006; MENDONÇA, 2010).

Esse novo modelo rompe com a centralidade das medidas na figura revogada do juiz de menor, distribuindo a responsabilidade pela infância e adolescência entre a família, sociedade e estado, que participam e se articulam através do sistema de garantias.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, houve uma revolução paradigmática na apuração da responsabilidade dos adolescentes e na aplicação das medidas cíveis de proteção da criança e do adolescente, especialmente, com a implantação da Justiça da Infância e da Juventude. Entretanto, a apuração e responsabilização dos agressores por violência a esse público não teve a mesma atenção.

As varas especializadas em crimes contra a criança e adolescente foram surgindo a partir da organização de cada tribunal de justiça estadual. A primeira a ser criada foi a de Recife, em junho de 1992, seguida pelas de Salvador e Fortaleza. Em 2006, a Resolução nº 113 do CONANDA recomendou a criação de Varas Especializadas Criminais e, em 2017, a Lei 13.341/2017 também trouxe essa previsão. Porém, nem todos os estados possuem varas especializadas, alguns estabeleceram essa competência a uma vara da infância e juventude e em outros os crimes contra criança e adolescentes são instruídos e julgados em varas criminais comuns (UNICEF, 2004b; BRASIL, 2006).

Em 2010, a partir da experiência do Rio Grande do Sul, o CNJ disciplinou a criação de salas de Depoimento Especial para ouvida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. E, em abril de 2018, entrou em vigor a Lei 13.431/2017, que criou o Sistema de Direitos

da Criança e do Adolescente vítimas e testemunhas de vítimas ou testemunhas de violência, conhecida como a lei do depoimento especial (CNJ, 2010; Brasil, 2017).

Regulamentado pelo Decreto 9.603/2018, de 10 de dezembro de 2018, o Sistema de Direitos da Criança e do Adolescente vítimas e testemunhas de vítimas ou testemunhas de violência, decorrente da Resolução 20/2005 da ONU, visa evitar a revitimização, especialmente, a institucional, estabelecendo a integração das políticas de atendimento, apuração e responsabilização. A estrutura, decorrente dos dispositivos que criaram e regulamentam esse Sistema, não se materializa apenas com o depoimento especial, este deve ocorrer se for imprescindível a ouvida da criança ou adolescente, mas se dará especialmente com adoção de medidas que visem a proteção integral da criança e do adolescente desde a revelação da violência, através de políticas públicas integradas ( ONU, 2005; Brasil, 2017).

Diferentemente do elemento *justiça*, no elemento das reformas institucionais, o Brasil apresentou proposta mais avançada do que as dos outros países da América Latina, tendo Méndez (2007) reconhecido que os novos marcos legais brasileiros, para infância e adolescência, alteraram o rumo natural da história, constituindo-se como fato inédito na história sóciojurídica dos países latino americanos.

## CONCLUSÃO

O estudo identificou violências contra criança e adolescente praticadas pelos agentes do regime militar brasileiro, que baseados nas doutrinas da segurança nacional e do menor em situação de risco, consideraram, também, os indivíduos nessa faixa etária, como inimigos internos, por representarem perigo à segurança da nação, por sua condição de pobreza ou relação com a militância que resistia ao golpe.

As violências se manifestaram nas políticas dirigidas aos menores, desvalidos ou infratores, com a internação em massa nas FEBENs, sem o devido processo legal e à mercê de condições subumanas. Para as crianças e adolescentes, ativistas ou filhos de militantes, as violências se materializaram muitas vezes pelo internamento, tortura, banimento, clandestinidade, desaparecimento e morte.

Com a Anistia e a conseqüente abertura democrática, a reforma institucional para à infância e à adolescência foi a que mais mobilizou a Assembleia Nacional Constituinte e conquistou previsão constitucional. Rompeu-se, no plano legal, com a base de violação de direitos, sendo reconhecidos, crianças e adolescentes na Carta Magna como sujeitos de direitos, provocando toda uma mudança da legislação infraconstitucional para efetivar os direitos conquistados.

Apesar de todo avanço constitucional e legal, o reconhecimento tardio das violências sofridas durante a ditadura militar, refletiu diretamente na resistência e não compreensão dos novos direitos, sendo comum a alegação de que o Estatuto é direito de primeiro mundo.

A política do esquecimento, abrigada pela Lei de Anistia e confirmada pelo STF, não permitiu que a população brasileira compreendesse a importância de se romper com o modelo anterior, havendo na atualidade, propostas de retrocesso, caracterizadas pelos estudiosos da área como neomemorismo, que apesar de se apresentarem com protetoras da infância e da adolescência, na realidade são políticas menoristas que resgatam a tutela e assistência e colocam, principalmente adolescentes, como perigo para sociedade.

Apesar de todo esforço, principalmente das Comissões criadas para identificar, reparar e construir referências para a preservação da verdade e da memória, a justiça de transição no Brasil

ainda tem muito a construir, principalmente no rompimento das barreiras que impedem a punição dos agentes violadores dos direitos humanos.

Assim, os resultados, desta pesquisa, colaboram com o avanço do conhecimento, na medida em que apresentam um aporte pautado nas ações reparatórias do Estado brasileiro para as crianças e os adolescentes, vítimas do regime de exceção, numa perspectiva de justiça de transição.

Compreende-se que a discussão sobre o problema não se esgota neste trabalho, longe disso, o estudo, sobre as violências sofridas por crianças e adolescentes no regime militar, carece ainda de maior sistematização. O próprio objeto desta pesquisa precisa de maior aprofundamento, dada a limitação do tempo para produzir este trabalho. É imprescindível continuar buscando a verdade, na identificação de outros casos ainda não registrados, bem como analisar a dimensão do alcance das ações de reparação material e simbólica do Estado brasileiro para a proteção integral das crianças e dos adolescentes.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição do Brasil. *In*: BRASIL. Ministério da Justiça. **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Coordenação de Félix Reátegui. Brasília: Comissão de Anistia. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>

ABRÃO, Paulo. TORELLY, Marcelo D.. Mutações dos conceitos de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase de luta pela anistia. *In*: **Revista de direito brasileira**, v.3, nº.2, 2012.

ALSTON, Philip e TOBIN, John. **Laying the foundations for children's rights**: an independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the convention on the rights of the child. Italy: Unicef, 2005.

ARAUJO, Maria Paula Nascimento. **Democratización y justicia de transición en Brasil**. Ediciones Universidad de Salamanca / CC BY-NC-ND Stud. hist. H.<sup>a</sup> cont., 33, 2015, pp. 67-85.

BECHER, Franciele. **O “perigo moral” em tempos de segurança nacional**: políticas públicas e minoridade em Caxias do Sul – RS (1962-1992). Dissertação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em História, Porto Alegre, 2012.

BELOFF, Mary Ana. **Los derechos del niño en el sistema Interamericano**. 1a ed, 3a reirnp, - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BOEIRA, Daniel Alves. MACHIESKI, Elisângela da Silva. RIBEIRO, Juliana Bender. **Castigos, revoltas e fugas**: a Fundação do Bem-estar do Menor retratada nas páginas da Folha de São Paulo 1980-1990. Aedos, Porto Alegre, v. 9, n. 20, p. 456-480, Ago, 2017.

BRASIL. Presidência da República-PR, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Menor**. Decreto n. 17943-A de 12.10.1927. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm). Acesso em: 05.01.2018.

BRASIL. Presidência da República-PR, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Menor**. Lei 6.697 de 10.10.1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm). Acesso em: 07.01.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada**. Decreto-lei n. 3.799 de 05.11.1941. Disponível em: [decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html.htm](http://decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html.htm). Acesso em: 08.01.2018.

BRASIL. **Lei 6.68328 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providencias. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm) Acesso: 10.06.2019

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direitos Humanos. **Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil de RIAD**, 1990. DISPONIVEL: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf> Acesso: 15.01.2018.

BRASIL. Conselho Nacional Dos Direitos da Criança e do Adolescente-CONANDA. Governo Federal Brasileiro. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Resolução nº 113/2006**. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucoes-1>. Acesso em: 15.03.2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. **Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: SEDH, 2007

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos- SEDH. **Direito à Memória e à Verdade: histórias de meninas e meninos marcados pela ditadura**. Brasília: SEDH, 2009.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. v.1. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Comissão de Anistia. **Relatório anual comissão de anistia 2014**. Brasília: MJC, 2016.

BRASIL. Lei 13.431/17a, 04 de abril de 2017. Cria o **Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente vítimas ou testemunha de violência**. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm). Acesso: 10.06.2017.

BRASIL. **Decreto nº 9.603**, 10 de dezembro de 2018. Regulamenta da Lei 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de Direitos da Criança e do Adolescente vítimas ou testemunha de violência. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm). Acesso em: 16.12.2018

BUENO, Bruno Bruziguessi. **Os fundamentos da doutrina da segurança nacional e seu legado na constituição do estado brasileiro contemporâneo**. Revista Sul-Americana de Ciência, Política, v.2, n,1, 47-64, 2014.

CARDOSO, Luisa Rita. **Infância e direitos humanos na ditadura civil-militar brasileira**. 4tas Jornadas de Estudios sobre la Infancia, Buenos Aires, 2015.

CATÃO, Mariana Camila Silva. **Entre a doutrina da proteção integral e a reserva do possível: uma análise da problemática em torno da efetivação preferencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes**. FIDES. Vol.3, Nº. 01, jan/jun. Natal, 2012. Disponível em: [www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/download/300/515](http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/download/300/515). Acesso: 15.09.2017.



COMBLIN, Pe. Joseph. **A ideologia de segurança nacional** – O poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ. **Recomendação nº33/2010**. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Diário de Justiça Eletrônico/CNJ nº 215, em 25/11/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>. Acesso: 15.09.2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ. **Regras de Pequim**: regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça de menores. Série tratados internacionais de direitos humano 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Acesso: 10.12.2017

FRANCISCO, Tomás Xavier José. **História dos direitos da criança no mundo e em Moçambique**: um estudo sobre a sua evolução. Revista de Ciências Humanas., Vol.50(1), p.66-86, 2016 [Periódico revisado por pares]

GALINDO, Bruno: **Constitucionalismo e justiça de transição**: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia”, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 67. Belo Horizonte: UFMG, 2015, pp. 75-104.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MENDÉZ, Emílio Garcia. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. *In*: UNICEF. **Justicia y derechos del niño**. Nun. 9. Santiago, Chile, 2007. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-n-9-septiembre-2007>. Acesso: 14.09.2017.

MENDÉZ, Emilio García. **De las relaciones públicas al neomenorismo**: 20 años de convención internacional de los derechos del niño en america latina (1989-2009). Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, janeiro-abril 2011, p. 117- 141.

MENDONÇA, Valéria Nepomuceno Teles de. Os movimentos sociais pela promoção e garantia dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. *In*: **Crianças e adolescentes**: do tempo da assistência à era dos direitos. Humberto Miranda (organizador). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

MINAS GERAIS-MG. Governo do Estado. Comissão da Verdade em Minas Gerais: **Relatório final**. v.1. Belo Horizonte: COVEMG, 2017.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. **Dezenove anos do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil**. INESC. Setembro. 2009. Acesso: <http://www.inesc.org.br/projeto-onda/biblioteca/textos/duas-decadas-de-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>. Em: 01.05.2017

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**, 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_america.htm). Em: 20.12.2017.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de et al. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente nas duas décadas de estatuto**: ruptura concreta com o passado ou mero simbolismo em tema de direitos fundamentais infantojuvenis? Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. N.9, jul/dez 2010. Disponível em: <http://re.granbery.ed.br>. Acesso: 20.09.2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS -ONU. **Diretrizes para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crimes**, 2005. Disponível em: [w.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/resolucao\\_20\\_2005\\_ecosoc\\_onu\\_\\_port.pdf](http://w.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/resolucao_20_2005_ecosoc_onu__port.pdf) Acesso em: 20.02.2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso: 20.12.2017.

ONU. Organização Das Nações Unidas. **Com adesão do Sudão do Sul, apenas EUA não ratificaram Convenção sobre os direitos das crianças, 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-com-adesao-do-sudao-do-sul-apenas-eua-nao-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-criancas/> Acesso em: 11.01.2018.

PAULA, Liana de. **Da “questão do menor” à garantia de direitos discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana**. Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan.-mar. 2015.

PERNAMBUCO. **Lei nº 10.756**, de 12 de junho de 1992. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=1878&tipo=Acesso> em: 08.10.2017.

PERNAMBUCO. Comissão Estadual da Memória e Verdade Dom Hélder Câmara. **Relatório final**. Recife: CEPE, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSEMBERG, Fúlvia. MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A convenção internacional sobre os direitos da criança**: debates e tensões. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, set./dez. 2010.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. **Comissão da verdade do estado de São Paulo “Rubens Paiva”**. Relatório final. Tomo I, parte II, capítulo “Infância Roubada”, 2014. Disponível: <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-ii-cap4.html>. Acesso: 10.10.2017.

SCHWINN, Simone Andrea. SCHMIDT, João Pedro. **Da ditadura à democracia**: a inacabada transição brasileira. Revista Reflexão e Ação, Santa Cruz do Sul, v.23, n.2, p.25-53, jul./out.2015 Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/index>. Acesso: 20.01.2018.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. **A convenção sobre os direitos da criança**, 2004. Disponível: [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em; 11.01.2018.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Varas especializadas e infância**. Brasília: Unicef, 2004b. (Coleção em defesa dos direitos da criança e do adolescente).

ZIL, Paul Van. Promovendo a justiça de transição em sociedades pós-conflitos, *In*: BRASIL, Ministério da Justiça-MJ. **Revista anistia política e justiça de transição**. N. 1(jan. / jun. 2009). Brasília: MJ, 2009.



**Coordenação:**

Luciana Grassano de Gouvêa Mélo (UFPE)

Ana Pontes (UFRPE)

Marciano Seabra de Godoi (PUC-MG)

**NÃO HOVE SUBMISSÃO DE TRABALHOS COMPLETOS**



**Coordenação:**

Fernanda Fonseca Rosenblatt (UNICAP)

Raffaella Pallamolla (UNILASALLE)

Daniel Achutti (UNILASALLE)



## A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À AUTONOMIA E À EDUCAÇÃO DOS ADOLESCENTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA RESTAURATIVA

**Anne Caroline Rodrigues da Silva Brito**

Graduanda em Direito (UNIT/SE)

**Camila de Cerqueira Silva Macário**

Mestre em Direitos Humanos (UNIT/SE)

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura às crianças, aos adolescentes e aos jovens, em seu artigo 227, múltiplos direitos fundamentais, tais quais os direitos à educação, ao respeito e à dignidade. No mesmo sentido, o artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que a preservação da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais do juvenil integram o referido direito constitucional ao respeito. Contudo, para que tais premissas constitucionais sejam garantidas, faz-se necessária uma atuação positiva por parte do Estado, através de políticas públicas efetivas. No âmbito do sistema de justiça juvenil brasileiro, possibilita-se a aplicação de medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com finalidades pedagógicas e protetivas, para adolescentes que pratiquem atos infracionais. Não obstante tal disposição, na prática, há a prevalência do caráter punitivo e impositivo na execução de tais medidas, o que reflete em uma aproximação com a “justiça dos adultos”, além da manifesta seletividade presente em tal modelo de justiça, o qual ecoa padrões histórico-sociais.

Nesse contexto, passam a ser recomendadas – nacional e internacionalmente – propostas pautadas na ressignificação e pacificação de conflitos, através de práticas dialógicas, tal qual a Justiça Restaurativa, que, paulatinamente, assoma-se à realidade brasileira. Ilustrativamente, tem-se que, no plano interno, fora editada a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já no externo, foram emitidas Resoluções nº 1999/26, 2000/14 e 2002/12, as quais instigam a utilização de programas relacionados à Justiça Restaurativa. Na circunjunção da infância e da juventude, tais práticas têm sido consideradas estratégicas para assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente e prevenir a violência, uma vez que as normas concernentes ao tema demonstram maior flexibilidade para a aplicação de medidas restaurativas, como a Lei 12.594/2012 do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a qual elenca a prioridade às medidas que sejam restaurativas e objetivem o atendimento às necessidades dos ofendidos como um dos princípios a serem observados, na execução das medidas socioeducativas, o que dá azo à socioeducação com viés restaurativo.

Partindo dessa premissa, este trabalho se propõe a analisar como os direitos fundamentais à autonomia e à educação dos infantes e dos juvenis podem ser efetivados através da aplicação de preceitos da Justiça Restaurativa no sistema de execução socioeducativo, tendo em vista o caráter emancipatório e pedagógico compreendido em tais práticas. Neste passo, há o escopo de verificar a possibilidade de recuperação do sentido da medida socioeducativa frente ao escuso caráter sancionador contido nesta atualmente. Para tanto, faz-se profícuo entender o introito da normatização protetiva a tal grupo, bem como compreender as contribuições da Antropologia da criança para tal engendro. Nesse ínterim, este trabalho emprega o método dedutivo, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, baseando-se no estudo das legislações pertinentes – tais quais a Lei nº 8.069/90 (ECA), a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 12.594/2012 (SINASE) – e utilizando como referenciais as obras de Howard Zehr (2008), Karyna Sposato (2018), Afonso Konzen (2007), entre outros autores renomados na área.

Portanto, percebe-se que, apesar dos desafios para a concreta aplicação da Justiça Restaurativa no sistema judicial brasileiro, posto que é cultural e histórico o método punitivo e de retribuição ao infrator, a mesma – ao instigar a autorreflexão, responsabilização e ressignificação do conflito –, tem se mostrado como uma oportunidade de construção de uma Justiça mais participativa, inclusiva, emancipatória e educacional, quando aplicada na execução das medidas socioeducativas.

## **A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INFANTOJUVENIS EM CONFLITO COM A LEI**

A Carta Constitucional de 1988, assentada em preceitos colacionados pela Declaração dos Direitos da Criança (1959) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), destinou maior preocupação com a infância e juventude, contrapondo-se aos ideais englobados no Código de Menores (Lei nº 6.697/79), o qual propalava percepções de caráter seletivo e discriminatório. Nesta senda, Marília De Nardin Budó (2013, p. 05) elenca expressões que atestam a mencionada seletividade contida em tal normativo, como “crianças de primeira idade (art. 2º), infantes expostos (art. 14), menores abandonados (art. 26), menores vadios (art. 28), menores mendigos (art. 29), menores libertinos (art. 30), menores delinquentes (art. 68), capoeiras (art. 78) (BRASIL, 1927).”.

Como tentativa de modificar tal cenário, Ferreira (2008, p. 41, apud Silva, 2014, p. 09) aduz que além de introduzir o Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu os mesmos como sujeitos de direito, afastando-se das concepções que os tratavam como “objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonadas ou delinquentes”. Isto se dá, inclusive, pelas alterações terminológicas, haja vista a substituição de termos como “menores”, os quais poderiam conotar inferiorização, pelas expressões “crianças e adolescentes” ou derivados, os quais podem ser visualizados no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente. No mais, Silva (2014, p. 10) concebe que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente que as crianças – sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação – saíram da condição de objetificação e passaram a ser vistos como sujeitos de direito em desenvolvimento e com prioridade absoluta formulação de políticas públicas para a garantia de seus direitos.

Sob similar percepção, a pesquisadora Macário (2019) assimila que esse modelo garantista originou-se dos movimentos de reforma que se iniciaram na década de 60, os quais traziam ideias mais humanista com relação à responsabilidade juvenil. Outrossim, Coimbra e Nascimento (2005, p. 351) transmitem que o estatuto da Criança e do Adolescente nasce no Brasil a partir dos novos movimentos sociais, os quais desestimulam o princípio da situação irregular à medida que defendem a lógica da proteção integral. Assim, vão sendo preteridas as atuações que se afastem

desses preceitos garantistas, como a internação como principal recursos das medidas assistenciais da infância e da juventude, bem como acaba-se como a separação ente “menor” e criança, a qual vigorava até então.

Em contrapartida a esse entendimento atrelado ao “menorismo”, também existem alguns diplomas internacionais acolhidos pelo Brasil endossam a proteção aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Dentre esses, pode-se destacar a Convenção Internacional Sobre Direitos Da Criança (1989) – internalizada no ano de 1990 –, as Regras Das Nações Unidas Para A Proteção Dos Menores Privados De Liberdade (1990), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1985) – e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD (1990) –.

De maneira geral, tais documentos ocupam-se em normatizar direitos relacionados à educação, à dignidade e ao respeito dos juvenis autores de atos infracionais, inclusive durante a aplicação de medida pelo sistema de justiça competente. Em relação às Regras de Beijing (1985), é notória a intenção de salvaguardar princípios essenciais na administração da justiça dos jovens, sendo ressaltados os direitos fundamentais ao desenvolvimento pessoal e à educação, preocupando-se em atender as necessidades específicas dos jovens, vedando a aplicação de medidas com viés meramente punitivo e estimulando a criação de políticas eficazes.

No plano interno, com relação ao direito à educação em seu aspecto geral, convém deslindar acerca de sua previsão constitucional, no art. 6º da Carta Política de 1988, como um direito social, juntamente com a pretensão de proteção à infância, prevista no mesmo dispositivo. Por sua vez, o artigo do 227 da CF/88 reforça a relevância de tais direitos, ao impor ao Estado o dever de garantir, integralmente e com absoluta prioridade, a educação às crianças e aos adolescentes. Neste ponto, retoma-se à Doutrina da Proteção Integral, sobre a qual Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 15, apud Moacyr Pereira Mendes, 2006, p. 65) ensina:

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei.

No que tange ao direito ao respeito e à dignidade assegurados à infância e à juventude, dispostos no artigo 227, no artigo 1º, III, ambos da Constituição Federal e no artigo 18 do ECA, Mendes (2006) interpreta a indispensabilidade de tal regulamentação com base em aspectos históricos, dado que os juvenis, por longo prazo, foram expostos à discriminação, ao desrespeito e a outras condições indignas, o que não mais poderia persistir sem amparo estatal. Por tal motivo, é relevante que o ECA inclua o respeito à dignidade dessas faixas etárias como um direito fundamental que integra a proteção integral. Sob o mesmo ponto de vista, Paulo Freire (2016) explicita que é um imperativo ético o respeito à autonomia e à dignidade de cada um. Tal proposição, ao ser analisada sob o tema da infância e adolescência, roborava o preceito constitucional que atribui à família, à sociedade e ao Estado a garantia do respeito à dignidade, inclusive dentro da educação.

Não obstante a ampla proteção aos direitos fundamentais dos infantes no plano jurídico interno e externo, bem como a sobreposição do Código de Menores pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é perceptível que não houve o afastamento por completo da situação anterior, posto que ainda ocorre a invisibilização, inferiorização e a responsabilização desses jovens por diversos males sociais. Nessa perspectiva, Sposato e Silva (2018, p. 32) argumentam que:

É bastante curioso que a violência (...) que vitima majoritariamente jovens do sexo masculino, seja percebida pela opinião pública como uma questão pela qual o jovem é o responsável e não sua principal vítima. Além disso, em lugar de engendrar um reconhecimento de se tratar de um problema estrutural da sociedade brasileira, decorrente de suas contradições, se imputa à adolescência e à juventude sua causa essencial.

Enfim, Silva (2014, p. 10) elucida que nosso modelo judicial ainda é marcado por estorvos pregressos, de modo que conclui “As medidas socioeducativas são formuladas como oportunidades de reconstrução da cidadania e não como meios de repressão. No entanto, ainda temos marcas acentuadas de vigência do ‘modelo Febem’”, se referindo ao caráter punitivo e, por vezes, violento, permeado em tal sistema.

## **A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL TRADICIONAL**

Com as inovações acarretadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a perspectiva que trata o adolescente e o infante como pessoas em situação de desenvolvimento ganhou força, o que afastou o viés de controle pelo da convivência, pelo ao menos teoricamente. Nesse ínterim, quando o adolescente transgredir norma estabelecida no ordenamento jurídico, tem-se que o mesmo comete ato infracional – de acordo com o 103 do ECA – e não crime. Nas palavras dos autores Herculano Campos e Carmem Cavalcante (2016), por adotar o princípio de que crianças e adolescentes são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, a transgressão não é passível de responsabilização penal, mas sim de medida socioeducativa, cujo escopo é a tentativa de reinserção social e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Em relação à sua conceituação, o documento “Guia Teórico E Prático De Medidas Socioeducativas”, emitido pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes – Brasil (ILANUD) e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), define a medida socioeducativa como uma forma de responsabilizar o juvenil através da imposição de uma sanção aflictiva. Nessa acepção, a Lei nº 8.069/1990 (ECA) prevê a possibilidade de a autoridade judicial, ao constatar a prática de ato infracional, aplicar as medidas previstas no artigo 112 do Estatuto, quais sejam:

(...) I – advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (BRASIL, 1990).

Sobre a execução de tais medidas, tem-se a Lei nº 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a qual desde seu primeiro artigo demonstra o escopo de incentivar a reparação das lesões decorrentes do ato infracional, bem como de promover a integração social e a garantia dos direitos individuais e sociais dos adolescentes. Somado a isso, o artigo 35 de tal norma estabelece importantes princípios que devem reger a socioeducação, como o da excepcionalidade da intervenção judicial, do incentivo à autocomposição e às práticas restaurativas, da não discriminação e do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. Esses preceitos denotam a compleição protecionista aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, sobretudo ao respeito à dignidade e à autonomia na socioeducação, dado que incentiva as formas não impositivas de resolução de conflitos, que contem com a participação efetiva do jovem, visibilizando-os e conscientizando-os.

Todavia, observa-se que o Estado e a sociedade, de maneira contrária ao previsto nas legislações, não só deixam de assegurar as já elencadas garantias fundamentais dos infantes e



juvenis, como também reproduzem e reforçam determinantes da exclusão social. Para Silva (2014, p. 11),

A sociedade, vítima da criminalidade diária, tem o único objetivo de atribuir ao Estado o poder de retirar os agentes criminosos da convivência social, afastando-os para um período de reclusão, na busca de uma suposta segurança e garantia da paz social. Por outro lado, a incompetência do Estado em ressocializar esses jovens, aliada à falta de conscientização da sociedade, em não assumir a responsabilidade pelos altos índices de exclusão social, torna-se cada vez mais preocupante.

Essa visão de que é necessário o afastamento da pessoa que comete ato proibido pelo ordenamento jurídico reflete, para o sistema juvenil, na recorrente aplicação das medidas socioeducativas privativas de liberdade em detrimento das medidas em meio aberto. Como relata Oliveira (2014), o referido entendimento revela-se problemático, posto que atrela a imposição de medidas que restringem a liberdade de ir e vir dos adolescentes a um viés educativo, de maneira que os agentes jurídicos compreendem que é suficiente privar o adolescente de liberdade para que a medida alcance seus objetivos pedagógicos, protetivos ou preventivos, o que resulta em “distorções inaceitáveis e abusivas quanto à finalidade e à justificativa para a aplicação de MSEs (...)” (OLIVEIRA, 2014, p. 95).

Na realidade brasileira, verifica-se que os ideais previstos no ECA, na Lei do SINASE e, inclusive, na CF/88 não foram concretizados pelo Estado, bem como que ainda persistem concepções de viés “menorista” e conservador, as quais propagam a repressão como solução para as mazelas sociais, não apenas na sociedade, mas no próprio sistema de justiça juvenil. Enfim, entende-se que os pensamentos punitivistas e impositivos têm se mostrado como óbices à garantia dos direitos à autonomia e ao respeito à dignidade dos jovens, no sistema de justiça juvenil. Isto porque tal crença de que a privação de liberdade se coaduna com o caráter educativo proposto por tais medidas não tem fundamento razoável, pois não proporcionam efetivamente a conscientização, a responsabilização, a visibilização do jovem autor de ato infracional e, tampouco, suprem as necessidades do ofendido.

Sobre os efeitos das punições em instituições de ensino, em especial à longo prazo, Amstutz e Mullet (2012, p. 30) ensinam que:

Em geral, a punição consegue coibir a criança temporariamente, mas dificilmente ensina autodisciplina em primeira mão. Talvez a punição faça a criança obedecer às regras quando o responsável pela punição está por perto, e pode ensiná-la a seguir as regras no curto prazo. Mas será que a punição ensina as habilidades necessárias para compreender o significado por trás das regras? Os efeitos negativos da punição são bem documentados. Tais efeitos incluem sentimentos de raiva por parte da pessoa punida, cujo foco passa do mal cometido para a pessoa que administrou a punição dolorosa. (...) Nos alunos punidos tem início um efeito dominó: eles culpam os professores, descontam sua frustração nos colegas e oferecem resistência passiva aos trabalhos escolares.

Tal máxima também se adequa ao sistema socioeducativo juvenil, o qual deve ser pautado em aspectos educacionais e pedagógicos, com o fim de promover a integração social do jovem e o desenvolvimento de autodisciplina no mesmo, de modo a evitar a prática de novos atos infracionais. Assim, depreende-se que a característica demasiadamente retributiva e punitivista que marca o sistema de justiça juvenil atual, sobretudo no que se refere às medidas socioeducativas, não têm contribuído para a garantia de direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tampouco têm substancializado as diretrizes, princípios e objetivos trazidos pelas legislações pertinentes. Para tanto, sabe-se que é imprescindível a atuação estatal, por meio de políticas públicas, para garantir os direitos declarados a este grupo, os quais podem alcançar bons resultados quando embasados em práticas dialógicas e emancipatórias, como será melhor debatido no capítulo seguinte.

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA JUVENIL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA E À EDUCAÇÃO

Diante dessa discrepância entre as proposições do texto legal e a realidade do sistema de justiça juvenil, outras formas de resolução de conflitos paulatinamente assomam-se à realidade brasileira, tal qual a Justiça Restaurativa. O escritor Howard Zehr (2008, p. 174, apud COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2017, p. 22), um dos pioneiros debatedores dessa temática, explica que:

O modelo de Justiça Restaurativa surge, então, como uma alternativa ao modelo retributivo, como uma nova forma de enxergar o crime e a justiça. A Justiça Restaurativa, apesar de ter ganhado força na década de 1990 como uma alternativa à Justiça Retributiva, alvo de tantas críticas, tem suas origens em um passado distante, quando era utilizada pelas sociedades comunais ou pré-estatais, quando a própria comunidade buscava uma solução para os conflitos lá surgidos que não implicava necessariamente a aplicação de uma punição, mas, sobretudo, numa solução negociada entre vítima, agressor e comunidade.

Embora a Justiça Restaurativa não possua um conceito definitivo, existe um entendimento geral no que toca aos seus conceitos básicos. Nessa linha de raciocínio, Costa e Machado Júnior (2017) a compreendem como uma maneira de repensar o conflito por meio do diálogo entre as partes, do qual podem emergir soluções que atentem para as múltiplas implicações sociais em torno do evento danoso. Outrossim, os autores reforçam que o modelo restaurativo “não tem na rigidez uma característica, admitindo um incontável número de possibilidades e formatações.” (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2017, p. 23). Por ser dotada de tal abrangência, diversos autores vislumbram na Justiça Restaurativa contudente potencial para a solução pacífica de conflitos e, conseqüentemente, possibilitar a efetivação dos princípios que protegem a infância e a juventude.

Por seu turno, Cardoso Neto (2018) aponta os projetos-piloto desenvolvidos em São Caetano do Sul e em Porto Alegre como as primeiras vivências brasileiras concernentes à Justiça Restaurativa, destacando que esses programas “demonstram que a Justiça Restaurativa preconiza atuação privilegiada no âmbito da infância e da juventude” (CARDOSO NETO, 2018, p. 148). Algumas das razões para que o âmbito da justiça juvenil seja considerado propício e estratégico para a implementação das práticas restaurativas, segundo Sica (2006), decorre de uma fácil adaptação normativa, considerando as inovações trazidas pelo ECA (Lei nº 8.069/90), além do fato de as mais bem sucedidas experiências de justiça restaurativa e mediação terem ocorrido na esfera infanto-juvenil.

Nessa vereda, Brancher (2006, apud Cardoso Neto, 2018, p. 151) enuncia cinco motivos pelos quais pode-se obter uma promissora relação entre as Justicas Restaurativa e Juvenil. Precipuamente, o escritor entende que tal junção reforçaria a interdisciplinaridade preconizada pelo artigo 150 do ECA, bem como a interinstitucionalidade para a qual é voltada a justiça da infância e da juventude. Ademais, o autor (2006) acentua que o atendimento às necessidades da criança e do adolescente – o qual é um dos objetivos de tal sistema de justiça – exige uma rede multifacetária, além de ressaltar que tal Justiça Juvenil possui maior eficácia em comparação aos demais órgão de jurisdição. No mais, reconhecendo o caráter versátil da Justiça da Infância e Juventude, a qual se norteia majoritariamente por princípios, Brancher (2006) critica a forte tendência ao autoritarismo e discricionariedade em tal campo, ao mesmo tempo que visualiza nesta característica o potencial para o deslanche da Justiça Restaurativa.

Enfim, a derradeira motivação elencada por Brancher (2006) para solidificar a inserção das práticas e preceitos restaurativos no âmbito da justiça juvenil consiste, em linhas gerais, nas finalidades e possíveis resultados da Justiça Restaurativa. Para demonstrar esta essência restaurativa com relação às conseqüências, faz-se interessante atentar para os princípios que norteiam tais práticas. O pesquisador Zehr (2015) indica cinco preceitos orientadores para a

Justiça Restaurativa, quais sejam: o foco nos danos e nas necessidades das vítimas, da comunidade e do ofensor, a atenção às obrigações resultantes daqueles danos, a utilização de processos de inclusão e cooperação, a participação de todos que tenham legítimo interesse na situação, sejam vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade e, por fim, a busca pela reparação dos danos e da relação conflituosa, na medida do que for possível para cada caso. Além do mais, o mesmo (2015) engendra que, para alcançar o funcionamento adequado, os sobrepostos princípios devem ser acompanhados de um cinturão de valores, como a interconexão, respeito à diversidade e à individualidade de cada pessoa, depreendendo que a Justiça Restaurativa compreende a ofensa em seu contexto total, abrangendo o “ético, social, econômico e político”, exteriorizando o seu caráter plural, enquanto a justiça tradicional retributiva define a ofensa em “termos técnicos e jurídicos” (ZEHR, 2018, p. 190).

Nesse raciocínio, aufere-se que a discussão não mais fica estagnada numa perspectiva normativa abstrata, mas encaminha-se para tratar das relações, dos vínculos existentes na situação conflitiva. Já no que diz respeito aos objetivos da Justiça Juvenil Restaurativa, Silva e Sposato (2019) indicam: a viabilização da política pública socioeducativa que respeite, mediante métodos participativos e interdisciplinares, as garantias dos juvenis, o respeito, a contribuição para a inclusão do adolescente e o favorecimento do diálogo, das negociações e das soluções de problemas. As autoras (2019) corroboram que existe uma conjunção demasiadamente relevante, que seria a responsabilidade do adolescente, a educação para a cidadania e a titularidade de direitos. Assim, “Ao trabalhar sobre a base da responsabilidade do adolescente, a Justiça Restaurativa constrói a necessária ponte entre a educação como cidadão, e o autoconhecimento do adolescente enquanto sujeito de direitos, capaz de responder por seus atos.” (SILVA e SPOSATO, 2019, p. 127).

À vista de tais conceitos restaurativos, Aginsky e Capitão (2008, p. 263), citadas por Cardoso Neto (2018, p. 149) aquiescem, sobre às situações levadas à jurisdição da execução das medidas socioeducativas, que “a Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça da Infância e da Juventude implica uma mudança de ótica e uma nova ética na significação das violências (...)”. Outrossim, complementam que os fatos conflitivos são ressignificados e, em consequência, observados como necessidades não atendidas de todos os afetados pelo delito, ofensa ou violência.

Essa clivagem altera o foco da abordagem que passa da busca por culpados e da mera punição para a construção de reconhecimento social de todos os envolvidos e de proposições compartilhadas de reparação, superação e prevenção dos danos. Assim, as responsabilidades que são desenhadas nesse processo passam a fazer sentido para todos; ofensores, vítimas, para a rede primária e secundária de ambos, e também para a comunidade. (ARGUINSKY e CAPITÃO, 2008, p. 263).

Isto posto, aufere-se que essa troca de lentes sobre incentivada pelo modelo restaurativo acarreta numa maior participação dos envolvidos na relação conflitiva na busca conjunta pela solução da contenda. Nesse ínterim, ao invés de entregar o problema para que terceiro indiferente às partes resolva, devolver este para que as mesmas tentem solucioná-lo através do diálogo suscita a autonomia e visibilização dos jovens autores de ato infracional. Para Cohn (2005, p. 28), a criança deve ser reconhecida como ser atuante, importante nas relações de que faz parte, assumindo que não se trata de um “adulto em miniatura”. Neste ponto, Cardoso Neto (2018, p. 151), citando Brancher (2006, p. 674), explica que “(...) por valorizar a autonomia dos sujeitos e o diálogo entre eles, a Justiça Restaurativa cria ‘espaços protegidos para a auto expressão e o protagonismo de cada um dos envolvidos e interessados na busca de alternativas de responsabilização’”.

Analogamente, Mullet e Amstutz (2018) projetam que, da mesma maneira que ocorre com uma pedagogia diferenciada, a responsabilização deve considerar as necessidades particulares de cada criança ou adolescente. Destarte, acrescentam que “A disciplina é um processo de longo prazo que leva a criança a se tornar responsável. (...) acreditamos que a disciplina também deva ser igualmente individualizada a fim de atender às diferentes necessidades dos alunos.” (MULLET E AMSTUTZ, 2018, p. 29). Em suma, notabiliza-se que os mecanismos restaurativos possibilitam que os indivíduos ouçam e sejam ouvidos, viabilizando a visibilização e a autoresponsabilização. Para mais, Silva e Sposato (2019) consignam que o valor da responsabilidade é fundamental para o sistema de justiça juvenil, observando que esse projeta-se na construção de responsabilidades mútuas, alcançando não só o adolescente ofensor, mas também os ofendidos e a comunidade, visando a garantia de direitos e a superação de lacunas sociais.

Entrementes, é imprescindível que o adolescente que cometeu o ato infracional conheça as consequências decorrentes da sua ação, bem como os impactos ocasionados tanto para os ofendidos quanto para as pessoas do seu convívio, o que pode vir a promover a conscientização do mesmo. É nessa linha de raciocínio que Silva e Sposato (2019, p. 144) avistam as possibilidades de coarctação da reincidência e o melhoramento dos laços comunitários, os quais têm relevante função para novas atuações e ferramentas mais avançadas de controle social. Sobre tal ponto, cabe realçar que a responsabilidade aqui mencionada não deve ser confundida com a culpabilidade, mas sim como “sinônimo de condições de perceber as consequências do comportamento e de assumir o sentido da resposta, inclusive a carga aflitiva dessa resposta”, conforme ensinamentos de Konzen (2007, p. 35).

Diante disso, Sica (2007, p. 19) reflete que a justiça juvenil restaurativa teria uma nova subjetividade como fundamento, a qual atribui aos sujeitos o protagonismo não somente na redefinição dos problemas, mas também na validação em torno da própria autonomia, seja em relação aos aspectos culturais, psicológicos ou políticos. Considerando as práticas restaurativas no que se refere à socioeducação, o autor conclama que “poderia ter efeitos positivos, tais como recuperar o sentido da medida socioeducativa, que hoje funciona como punição, e evitar estigmatização e segregação de crianças e adolescentes em conflito com a lei.” (Sica, 2006, p. 469, apud Cardoso Neto, 2018, p. 148). Portanto, infere-se que de fato a Justiça Restaurativa Juvenil possui gritante potencial para, atuando como política pública, assegurar os direitos fundamentais ao respeito à dignidade, à educação e à autonomia dos jovens e infantes.

## **CONCLUSÃO**

Por toda a perscrutação realizada aos materiais bibliográficos dos renomados autores da temática das Justiças Juvenil e Restaurativa, bem como da educação e outras áreas interligadas à temática, constata-se que as práticas restaurativas – por intermédio de práticas com enfoque no diálogo – aplicadas na execução das medidas socioeducativas têm a capacidade de possibilitar a garantia aos direitos fundamentais dos infantes e adolescentes. Como fora demonstrado, a criação de um espaço seguro pelas técnicas restaurativas propicia a participação dos envolvidos no conflito, os quais terão a oportunidade de encontrar uma solução compartilhada para aquela relação conflitiva, a qual deve buscar atender as necessidades de todos – ofendidos, ofensor e comunidade –.

Não obstante os obstáculos para a efetiva implementação de uma Justiça Restaurativa Juvenil no âmbito do judiciário brasileiro, haja vista os resquícios históricos decorrentes de pensamentos “menoristas” que ainda vigoram nos dias hodiernos, sobretudo entre os aplicadores do direito, vislumbra-se a prosperidade do modelo restaurativo no seu caráter emancipatório e dialógico, que possibilita a inclusão, responsabilização e visibilização do adolescente em conflito

com a lei. Isto porque, como exposto no decorrer deste trabalho, o jovem autor de ato infracional – por vezes marginalizado e invisibilizado pela sociedade – tem, dentro das atividades restaurativas, a possibilidade de ser ouvido e de ouvir, de modo que possa entender as decorrências da ação danosa perpetrada pelo mesmo, bem como explicar suas experiências, sentimentos e sensações. Outrossim, tal responsabilização, visibilização e promoção da autonomia ocorre não somente para o adolescente, mas também para os demais envolvidos na situação conflitiva, como os ofendidos, a comunidade e as pessoas da convivência do jovem, o que concita o reestabelecimento e fortalecimento dos vínculos ali existentes. Para muitos autores da área, essa eclosão permite uma atuação preventiva por parte das instituições, posto que a construção da autodisciplina pode evitar que aquele indivíduo pratique reiteradas condutas infracionais.

Assim, pelas razões expostas durante todo o estudo, é perceptível que a adoção dos mecanismos restaurativos pelo sistema juvenil mostra-se como uma ferramenta para resgatar o sentido das medidas socioeducativas, de modo a aguçar nas mesmas o caráter mais educativo e pedagógico, no qual se possa efetivar o direito constitucional ao pluralismo de ideias na educação – conhecido como Princípio da Liberdade de Cátedra, previsto no art. 206, III, da CF/88 –. Igualmente, acredita-se que tais medidas possam garantir o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente – previsto no art. 227 da CF/88 –, os direitos fundamentais à autonomia e ao respeito à dignidade – elencados no art. 17 do ECA e no art. 227 da CF/88 –. Então, uma vez constatada a incapacidade do modelo tradicional, é preciso estudar novas formas de assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, proporcionando a eficácia plena da norma constitucional. É nesse contexto que se insere a Justiça Restaurativa, não se podendo descartar as possibilidades de utilização da mesma no sistema de justiça juvenil como forma de substanciar os direitos fundamentais à autonomia, respeito à dignidade e educação dos juvenis e, por conseguinte, viabilizar uma justiça mais emancipatória, pedagógica e inclusiva.

## REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz; CAPITÃO, Lúcia. Violência e socioeducação: uma interpretação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa. **Revista Katálysis**. Florianópolis, v. 11, n. 2, pp. 257-264, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v11n2/11.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BUDÓ, Marília de Nardin. Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. **Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi**. Curitiba: Boiteux, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 12.594**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm). Acesso em: 9 out. 2018.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação da justiça restaurativa na Justiça da Infância e da Juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília: Ministério da Justiça.

CARDOSO NETO, Vilobaldo. **Justiça Restaurativa no Brasil**: potencialidades e impasses. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

CAVALCANTE, Carmem Plácida Sousa; CAMPOS, Herculano Ricardo. Adolescente "infrator": Pensares e fazeres no Rio Grande do Norte dos governos militares ao ECA. **Estudos de Psicologia** (Natal), v. 21, n. 3, p. 348-357, 2016.

COHN, Clarice. **Antropologia da criança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

COIMBRA, Cecília MB; NASCIMENTO, ML do. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso. **Jovenes, Revista de Estudos sobre juventud**, v. 9, n. 22, p. 338-355, 2005.

**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>>. Acesso em 10 abr 2013.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226>>. Acesso em: 14 mai. 2019. DOI:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.54226>.

FRASSETO, Flávio Américo. Execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. **Justiça adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 53ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KONZEN, Afonso Armando. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). In Ilanud; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

MACÁRIO, Camila de Cerqueira Silva. **Justiça juvenil restaurativa**: um direito em construção. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos. Aracaju: UNIT, 2019.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90**. 2006. Dissertação de mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2006.

MULLET, Judy, H; AMSTUTZ, Lorraine, S. (Org). **Disciplina restaurativa para escolas**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de. **Da medida ao atendimento socioeducativo: implicações conceituais e éticas**. In: PAIVA, Ilana Lemos de; SOUZA, Candida; RODRIGUES, Daniela Bezerra. **Justiça juvenil: teoria e prática no sistema socioeducativo**. Natal: EDUFRN, 2014.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**.1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING). Disponível em: Acesso em 30 abr. 2019.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Mayara Do Nascimento e. A efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes em conflito com a lei e a atuação do ministério público. Florianópolis: **CONPEDI, 2014**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1c95ee9c76a4fb92>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

SPOSATO, Karyna Batista. **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas**. 2004. UNICEF-Fundo das Nações Unidas para a Infância.

SPOSATO, Karyna Batista; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 3d. São Paulo: Palas Athenas, 2018.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO ÂMBITO ESCOLAR E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA PEDAGOGIA DIALÓGICA

**Anne Caroline Rodrigues da Silva Brito**

Graduanda em Direito (UNIT/SE)

**Gabriela Maia Rebouças**

Doutora em Direito (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (UNIT/SE).

## INTRODUÇÃO

No sistema educacional, de modo análogo ao judicial, pode-se visualizar a predominância de um viés unilateral e impositivo, que por vezes olvida-se da relevância da participação dos educandos e dos envolvidos nas relações conflituosas, respectivamente. Na perspectiva da educação bancária, os educadores são tidos como sujeitos ativos no processo de aprendizagem, os quais depositam conhecimentos nos educandos, de modo que estes acolham tais ensinamentos de maneira inerte.

No âmbito do sistema judicial, as lentes retributivas dimensionam o conflito como uma violação à lei, ao passo que o Estado torna-se a vítima e os agentes jurídicos assumem a condução do processo, desferindo penalidades. Assim, é perceptível a passividade tanto dos educandos no meio educacional quanto do ofensor e do ofendido no meio judicial, a qual é concretizada quando se ignora os conhecimentos dos educandos e as necessidades dos envolvidos no conflito.

Nesse contexto, emergem métodos ativos que visam propiciar relações dialógicas, como a Educação Problematizadora de Paulo Freire e a Justiça Restaurativa, as quais têm seus alicerces no respeito à autonomia. Partindo dessa premissa, este trabalho se propõe a analisar como a aplicação das práticas da Justiça Restaurativa em instituições educacionais pode contribuir para uma educação mais participativa, que desenvolva a conscientização, a autodisciplina e consciência crítica nos estudantes.

Outrossim, considerando que diversos conflitos escolares são levados ao Poder Judiciário, intenta-se verificar se as medidas restaurativas no cerne educacional poderiam atuar preventivamente, de forma a evitar a judicialização desses casos. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo e a técnica pesquisa bibliográfica, tendo como aportes teóricos as obras de Pranis (2010), Freire (1994), Zehr (2008), Pallamolla (2009), Amstutz e Mullet (2012), Achutti (2014), entre outros renomados autores na área.

Nesse sentido, abordar-se-á na primeira parte desta pesquisa a questão da lógica retributiva e da educação bancária, observando e analisando criticamente a posição dos envolvidos no conflito e dos educandos, respectivamente, em tais conjunturas. Em um segundo momento, o trabalho será voltado para discussão sobre os conceitos de educação problematizadora e de justiça restaurativa, as quais são apresentadas como possibilidades para o enfrentamento dos pontos apresentados no primeiro capítulo. Ao final, concentrar-se-á na temática da Justiça Restaurativa como forma de resolução dos conflitos escolares que possibilite um maior diálogo e fortalecimento de vínculos no ambiente educacional.

Assim, entende-se que a utilização das práticas restaurativas no meio educacional tem a capacidade de prevenir a judicialização de conflitos, à medida que se cria um espaço seguro dentro da escola, no qual se instiga a autonomia, a empatia e a ressignificação desse conflito.



Além do mais, há a possibilidade de disseminação de uma cultura de paz em tais ambientes, já que as práticas restaurativas incentivam o diálogo, a comunicação não violenta e o respeito aos direitos humanos, proporcionando a inclusão e integração social.

## A PERSPECTIVA JUDICIAL RETRIBUTIVA E A EDUCAÇÃO BANCÁRIA

Por meio de sua observação às relações educador-educandos, Paulo Freire (1994) evidencia o caráter marcante de narração em tais interações. No entendimento do autor, essa dissertação de conteúdos implica em um sujeito – que seria o educador – e em objetos pacientes – que seriam os alunos –, os quais mantêm-se inertes durante a narração estática. O conceito de educação bancária origina-se da noção de que “o educador aparece como seu indiscutível agente, como o seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é ‘encher’ os educandos do conteúdo de sua narração. Conteúdos que são retalhos da realidade desconectados da totalidade em que se engendram (...)” (FREIRE, 1994, p. 33).

Neste modelo educacional, ao passo que o enfoque majoritário é dado à memorização, através do depósito de conteúdos, olvida-se da força transformadora da educação. Nesse viés, Freire (1994) elucida que as possibilidades de ação oportunizadas aos educandos consistem em uma atuação passiva de receber, guardar e arquivar aquele conteúdo. Em tal sistemática, considera-se que alguns detêm o saber e que podem doá-lo àqueles que presumem nada saber, ou seja, o professor domina o conteúdo e realiza narrativas, de modo a transferir o mesmo ao aluno, ao qual cabe ouvir e arquivar.

Tal dinâmica funda-se numa absolutização da ignorância, assim, o alienador da ignorância – o educador – permanece estático e invariável, representando sempre aquele que sabe, enquanto os educandos caracterizam-se como os que não possuem o saber. Na concepção freiriana (1994), a inflexibilidade dessas posição nega a percepção da educação como processo de busca, constituindo uma contradição educador-educando. “Quanto mais se lhes imponha passividade, tanto mais ingenuamente, em lugar de transformar, tendem a adaptar-se ao mundo, à realidade parcializada nos depósitos recebidos” (FREIRE, 1994, p. 34).

Destarte, revela-se na visão bancária um caráter de satisfação aos interesses dos opressores, de acordo com os encadeamentos propostos por Paulo Freire (1994). Isto se mostra na minimização da criatividade e criticidade do educando, estimulando a ingenuidade, como modo de preservar a situação de poder, buscando tão somente a transformação da mentalidade dos oprimidos e não aquilo que os oprime. No entendimento do autor (FREIRE, 1994, p. 35), esse mecanismo está vinculado à percepção dos oprimidos como “marginalizados, ‘seres fora de’, ou ‘À margem de’”, para os quais se busca a solução de integração ou incorporação à “sociedade sadia de onde um dia ‘partiram’”. Nas palavras do mesmo,

os chamados marginalizados, que são os oprimidos, jamais estiveram *fora de*. Sempre estiveram *dentro de*. Dentro da estrutura que os transforma em ‘seres para o outro’. Sua solução, pois, não está em ‘integrar-se’, em ‘incorporar-se’ a esta estrutura que os oprime, mas em transformá-la para que possam fazer-se ‘seres para si’.

Após tal contexto introdutório, cabe traçar o ponto de interlocução entre esse sistema educacional em que vigora o depósito de conteúdo e a lógica retributiva, a qual se impregna não apenas no sistema judicial criminal, mas no inconsciente e consciente do coletivo. Macário (2019) explicita que esse pensamento penal estrutura o modo de pensar, associando a resolução de conflitos fundamentalmente à punição e ao sofrimento. Outrossim, essa racionalidade penal moderna compatibiliza-se com o paradigma retributivo, de forma que apenas tomamos ciência de

como o sistema penal influencia na nossa maneira de ver as coisas quando passamos a pensá-lo de outra forma, consoante Pires (2004).

Por tal lógica, a definição de justiça resume-se à aplicação da lei, enquanto a conceituação de crime confina-se à violação de uma norma, deslocando o foco do dano causado e da experiência vivenciada pelo ofendido, ofensor e pela comunidade. O ato que deu origem à situação conflitiva torna-se uma ofensa ao Estado, o qual acaba ocupando o lugar da vítima, transformando-as em “meras notas de rodapé no processo penal, juridicamente necessárias apenas quando seu testemunho é imperativo”, de acordo com Zehr (2018).

O autor Daniel Achutti (2014, p. 45), em referência ao escritor Nils Christie (1977, p. 5-10), corrobora que:

os conflitos foram furtados das partes e entregues ao Estado, para que este pudesse determinar a responsabilidade e a punição ao ofensor. Os conflitos deveriam, segundo Christie, ser vistos como valiosos, que não poderiam ser desperdiçados e mal utilizados, uma vez que o potencial maior dos conflitos reside justamente em oportunizar aos cidadãos a administração de seus próprios problemas e, desta forma, se tornar uma fonte importante de aprendizado.

Desta feita, é perceptível a similaridade entre o a concepção bancária no sistema educacional e a lógica retributiva no sistema de justiça penal no que concerne à pouca autonomia designada àqueles denominados como educandos e aos envolvidos no conflito – ofensor, vítima, comunidade –. Em ambas as situações tem-se uma passividade relacionada aos atores sociais que deveriam estar em posições protagonistas, mas que assumem postos secundários seja no sistema educacional – no qual têm como função principal ouvir e memorizar mecanicamente – ou no sistema judicial tradicional – no qual apenas serão ouvidos, para fins processuais, quando a lei assim determinar –.

Esta aproximação é aqui delineada como uma abordagem inicial acerca dos conflitos que ocorrem no ambiente escolar, local repleto de interações sociais e que reproduz vivências que ocorrem na sociedade. Inclusive, Paulo Freire (1994, *apud* VAZ e BONA, 2016), refere-se ao espaço escolar como um lugar destinado não apenas ao estudo, mas fundamentalmente ao encontro, à troca, à conversa, à discussão e ao diálogo, o que possibilita a manutenção e a transformação da sociedade. Entrementes, muitas vezes as escolas mostram-se como cenários de perpetuação de violência, onde há a constante ocorrência de conflitos, os quais constantemente acabam sendo levados ao Poder Judiciário.

Logo, tais comportamentos tidos como desviantes são comumente reprimidos, primeiramente nas instituições de ensino e, após, no sistema de justiça infracional, por meio de punições administrativas ou judiciais. No entanto, essas penalidades com objetivos pretensamente corretivos ou de reeducação não têm demonstrado sucesso em evitar os mesmos comportamentos. Nesse condão, Amstutz e Mullet (2012, p. 30) revelam que

Em geral, a punição consegue coibir a criança temporariamente, mas dificilmente ensina autodisciplina em primeira mão. Talvez a punição faça a criança obedecer às regras quando o responsável pela punição está por perto, e pode ensiná-la a seguir as regras no curto prazo. Mas será que a punição ensina as habilidades necessárias para compreender o significado por trás das regras? Os efeitos negativos da punição são bem documentados. Tais efeitos incluem sentimentos de raiva por parte da pessoa punida, cujo foco passa do mal cometido para a pessoa que administrou a punição dolorosa. (...) Nos alunos punidos tem início um efeito dominó: eles culpam os professores, descontam sua frustração nos colegas e oferecem resistência passiva aos trabalhos escolares.

Desse modo, constata-se que a atribuição de punições além de não conseguirem propiciar mudanças à longo prazo, não são eficazes para a pacificação das relações conflituosas, já que

apenas tem o enfoque na atribuição de castigo ao ofensor, direcionando pouca ou nenhum a assistência ao ofendido e aos danos causados. Esse modelo retributivo coaduna-se ao formato bancário, visto que a passividade é fomentada não só pela narração de conteúdos vigente nas salas de aula, como também na resolução de conflitos escolares, na qual um terceiro alheio ao conflito tende a aplicar uma punição administrativa, por vezes descuidando da reparação dos danos e do atendimento das necessidades da pessoa ofendida.

Por isto, estudam-se outras possibilidades, que possam ir além dos moldes tradicionais de educação e de justiça, almejando uma maior dialogicidade, autonomia e horizontalidade, tanto na educação quanto na solução de conflitos escolares. Como reitera Paulo Freire (1994, p. 38), “A educação que se impõe aos que verdadeiramente se comprometem com a libertação não pode fundar-se numa compreensão dos homens como seres ‘vazios’, a quem o mundo ‘encha’ de conteúdos”.

### **O PARADIGMA RESTAURATIVO E A EDUCAÇÃO PROBLEMATIZADORA**

Ao contestar a educação denominada bancária, Paulo Freire (1994, p. 39) apresenta a educação problematizadora, a qual “já não pode ser o ato de depositar, ou de narrar, ou de transferir, ou de transmitir ‘conhecimentos’ e valores aos educandos, meros pacientes, à maneira da educação ‘bancária’, mas um ato cognoscente.”. Neste modelo, exige-se a superação da contradição educador-educandos, com o intuito de se alcançar uma relação dialógica, rompendo com a estruturação vertical que se tem na concepção bancária.

Nesse ínterim, essa educação libertadora permitiria que o educador e os educandos se tornassem sujeitos do processo de aprendizagem, considerando todos como seres detentores de saberes, os quais viriam ser compartilhados, numa conjuntura em que não prevaleceriam argumentos de autoridade. Na síntese de Freire (1994, p. 40), “o educador problematizador refaz, constantemente, seu ato cognoscente, na cognoscibilidade dos educandos. Estes, em lugar de serem recipientes dóceis de depósitos, são agora investigadores críticos, em diálogo com o educador, investigador crítico (...)”.

Portanto, percebe-se que há maior preocupação com a autonomia desses educandos nesta proposta freiriana, posto que os mesmos são instigados a pensar criticamente, perpassando por processos criativos, negando a abstração bancária e desvelando a realidade. Além do mais, deslocando-se de uma prática educacional fixista, a educação problematizadora tem como ponto crucial o seu caráter histórico, a partir do qual considera a inconclusão dos homens e da realidade em que e com a qual convivem. À medida que a educação bancária dirige seu foco para o imobilismo, a problematizadora enfatiza a mudança, defendendo sua dinamicidade.

Por tais características, pode-se captar alguns pontos em comum com o paradigma restaurativo, desde a dinamicidade e não conclusão até o incitamento à dialogicidade. Embora não possua uma conceituação estática ou definitiva no tocante à Justiça Restaurativa, há um consenso geral em relação aos seus princípios, características e valores básicos. Howard Zehr (2015, p. 54) apresenta a Justiça Restaurativa como “uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa (...)”.

Por seu turno, Mylène Jaccoud (2005, p. 169) propõe que “A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião uma infração, a resolução de um conflito ou a

reconciliação das partes ligadas a um conflito”. Enfim, diante das múltiplas orientações, elementos e objetivos da Justiça Restaurativa, Jaccoud a compreende como “um modelo eclodido” (2005, p. 163). Tal definição decorrer dos fatores que impulsionaram a irrupção do modelo restaurativo, tais quais a contestação das instituições repressivas, a descoberta da vítima e a exaltação da comunidade.

Em epítome, a autora Raffaella Pallamolla reflete que a Justiça Restaurativa é fruto de uma complexa conjuntura, uma vez que comporta influências de diversificados movimentos, como “o que contestou as instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re)descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes” (PALLAMOLLA, 2009, p. 37). Então, podemos inferir que a Justiça Restaurativa, ao dialogar com diversos movimentos, formas de conhecimentos e saberes, permite a criação de um espaço de inclusão e acolhimento.

O pesquisador Zehr (2015) indica cinco preceitos orientadores para a Justiça Restaurativa, quais sejam: o foco nos danos e nas necessidades das vítimas, da comunidade e do ofensor, a atenção às obrigações resultantes daqueles danos, a utilização de processos de inclusão e cooperação, a participação de todos que tenham legítimo interesse na situação, sejam vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade e, por fim, a busca pela reparação dos danos e da relação conflituosa, na medida do que for possível para cada caso. Além do mais, o mesmo (2015) preconiza que, para alcançar o funcionamento adequado, os sobrepostos princípios devem ser acompanhados de um cinturão de valores, como a interconexão, respeito à diversidade e à individualidade de cada pessoa.

Para mais, Braithwaite (2003, p. 8-13, *apud* Pallamolla, 2009, p. 61-63) cita alguns valores prioritários e intrínsecos à Justiça Restaurativa, tais quais: a não-dominação – as diferenças de poder devem ser minimizadas durante o procedimento –, o empoderamento – deve-se dar voz aos implicados a fim de que seus pontos de vistas sejam compreendidos –, a obediência aos limites máximos legais – não se pode chegar a um acordo humilhante o degradante para qualquer dos envolvidos –, a preocupação de maneira igualitária com todos os participante, o respeito aos direitos humanos e a escuta respeitosa. Em consenso com ensinamentos, o sistema de justiça restaurativa entende o crime como uma violação a pessoas e relacionamentos, numa concepção dessemelhante do panorama retributivo, que restringe o comportamento danoso à violação de regras.

Enfim, Howard Zehr (2018) apreende que a Justiça Restaurativa compreende a ofensa em seu contexto total, abrangendo o “ético, social, econômico e político”, exteriorizando o seu caráter plural, enquanto a justiça tradicional retributiva define a ofensa em “termos técnicos e jurídicos” (ZEHR, 2018, p. 190). Neste ponto, reforça-se a correspondência entre preceitos da educação libertadora e da justiça restaurativa, as quais contestam as formas estáticas que instigam a passividade dos sujeitos e carregam ideias centradas na autonomia e no diálogo.

Na reflexão de Paulo Freire (1994, p. 45), o diálogo é tido como exigência existencial, “e, se ele é o encontro em que se solidariza o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar idéias de um sujeito no outro (...)”. Tal asserção pode ser interpretada também no contexto do sistema retributivo penal, em que um terceiro proferirá decisão sobre uma relação conflituosa experimentada por ofendido e ofensor, os quais apenas serão notificados do decidido impositiva e unilateralmente. Porém, sem que haja a efetiva participação e diálogo, dificilmente produzir-se-á a sensação de justiça, como assevera Zehr (2008, p. 191) “A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita

justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. (...)”.

Consoante Amstutz e Mullet (2012), os objetivos da disciplina restaurativa nas escolas envolvem benefícios não somente aos estudantes envolvidos ou afetados pelo comportamento que gerou danos, mas também à comunidade escolar em sua totalidade. As autoras entendem que, à longo prazo, pode-se desenvolver a autorresponsabilização naquelas crianças e adolescentes. Somado a isso, os valores perpassados pelas práticas restaurativas são capazes de gerar um efeito multiplicador capaz de produzir transformações sociais, já que, conforme Mullet e Amstutz (2010, p. 14), “as crianças e os adolescentes, depois de aprenderem o centramento, a prática do diálogo e da resolução pacífica e restaurativa dos conflitos, utilizam estes dispositivos dentro do ambiente familiar quando surgem conflitos.”.

À vista disso, observa-se nas práticas restaurativas potencial para contribuir com uma pedagogia dialógica, não se esgotando como uma forma de resolução ou prevenção de conflitos, mas como um paradigma que possa se alastrar no corpo escolar, incentivando a comunicação não violenta, o respeito à escuta ativa e ao outro, a empatia e, sobretudo, a autonomia dos educandos, educadores, funcionários e familiares. Ao comportar significâncias de diversos movimentos, princípios, saberes, dialogando horizontalmente com saberes e sujeitos, a Justiça Restaurativa mostra-se como um instrumento de emancipação.

Porém, a aplicação das práticas restaurativas demanda algumas cautelas. As autoras Rebouças e Sposato (2010) expressam-se no sentido de que a mudança paradigmática e cultural proposta pela Justiça Restaurativa demanda cuidados e preocupações redobrados. Isto porque a lógica retributiva e punitiva integra não somente as relações jurídicas, mas também educacionais e familiares, o que reflete numa não aceitação imediata das proposições trazidas pelo modelo restaurativo. Sendo assim,

A discussão exaustiva de novos fundamentos e a posição sempre crítica em relação às novas experiências é o trabalho por onde as práticas restaurativas podem ser experimentadas sem serem logo desnaturadas. A preocupação é a de não torná-las uma moda, um slogan a encobrir velhas práticas que, na manutenção das relações de poder e dominação, esvaziam o seu potencial transformador e restaurativo (REBOUÇAS; SPOSATO, 2010, p. 313-314).

## **EXPERIÊNCIAS COM VIVÊNCIAS RESTAURATIVAS NO CONTEXTO ESCOLAR**

Segundo Zehr (2015), as escolas têm se tornado um local importante de aplicação das práticas restaurativas. “Apesar de terem muitas semelhanças com os programas de Justiça Restaurativa no âmbito criminal, as abordagens utilizadas no contexto pedagógico devem necessariamente se amoldar aos contornos do ambiente escolar.”. (ZEHR, 2015, p. 59). Dessa maneira, os métodos restaurativos passam a ser incentivados nos espaços educacionais, inclusive a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça prevê, em seu artigo 4º, o escopo de buscar a colaboração de órgãos públicos, bem como de instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que favoreçam o surgimento da cultura de não-violência, além de recomendar que haja módulo voltado à Justiça Restaurativa nas capacitações de servidores realizados pelas Escolas Judiciais e da Magistratura.

No Brasil, as práticas restaurativas inauguraram-se em instituições educacionais, a partir do Projeto Jundiáí, no estado de São Paulo, o qual surgiu em 1998, objetivando solucionar problemas disciplinares. Mullet e Amstutz (2010) expressam que, não obstante a Justiça Restaurativa tenha se destacado na cultura ocidental junto ao âmbito da justiça criminal, seus valores e princípios contribuem bastante com o modo de viver das pessoas, inclusive na comunidade escolar.

Ademais, salientam que a abordagem restaurativa tem recebido cada vez maior relevo e reconhecimento na esfera educacional.

De acordo com informações da Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça, a aplicação da Justiça Restaurativa – nas escolas do Estado de São Paulo – tem rompido ciclos de violência e recuperado adolescentes para o convívio social e escolar sem a necessidade de aplicação de medidas de caráter meramente punitivo. Inicialmente, o núcleo de Justiça Restaurativa foi implantado nas escolas de comunidades carentes como, em Heliópolis e, posteriormente, foi estendido para escolas de diversas cidades do interior paulista, como Santos, Tatuí, Tietê.

Para o juiz Egberto de Almeida Penido (2015), titular da 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude de São Paulo e membro da Coordenadoria da Infância e da Juventude, “O processo restaurativo não é apenas uma negociação, mas algo mais profundo, que gere uma transformação no infrator”. Diante disto, pode-se compreender que a adoção de medidas da Justiça Restaurativa nas escolas tende a promover transformações interpessoais que, a longo prazo, podem promover a pacificação de conflitos institucionais, uma educação voltada para a cultura de paz, bem como para a alteridade, empatia e respeito à diversidade.

Este projeto desenvolvido no estado de São Paulo adota os círculos restaurativos como prática para a resolução de conflitos. Segundo informações constantes no endereço eletrônico do CNJ, eles são realizados em três etapas – pré-círculo, círculo e pós-círculo – e têm sido aplicados também em casos de bullying nas escolas. Consoante o juiz Egberto Penido (2015), a utilização de métodos restaurativos nas escolas tem sido importante para evitar a evasão escolar; assim, essas práticas acabam possibilitando a inclusão social, ao passo que pacificam o conflito e fortalecem os vínculos entre os envolvidos.

Por sua vez, na cidade de Belo Horizonte/MG, a Comissão de Justiça e Práticas Restaurativas do Fórum Permanente do Sistema de Atendimento Socioeducativo tem atuação em algumas dimensões, quais sejam: a Justiça Restaurativa no CIA - Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional, na Polícia Civil, nas unidades de internação e semiliberdade, nas unidades de acolhimento, nas medidas socioeducativas em meio aberto e nas escolas. Esta última área objetiva a aplicação da Justiça Restaurativa nas escolas públicas municipais de Belo Horizonte e nas escolas públicas estaduais com base territorial neste município.

Como ramificação deste trabalho, foi criado o Programa Nós - Núcleos para Orientação e Solução de Conflitos Escolares, o qual tem como escopo a capacitação de uma equipe em cada escola, de modo que após o treinamento, este grupo estará apto a facilitar processos restaurativos de tratamento dos conflitos surgidos na escola. Além disso, este programa costuma adotar práticas circulares para tratar os conflitos, visto que adotam a compreensão de que as finalidades restaurativas podem ser melhor desenvolvidas quando há a inclusão da comunidade, o que é permitido no círculo de paz, por exemplo.

Em Caxias do Sul/RS, o denominado Programa Municipal de Pacificação Restaurativa (Caxias da Paz), fundamenta suas ações nos princípios e nas práticas da Justiça Restaurativa, intentando a promoção da cultura de paz. A composição do Núcleo de Justiça Restaurativa é formada pela Central Judicial de Práticas Restaurativas, pela Central Comunitária de Práticas Restaurativas e pela Central de Práticas Restaurativas da Infância e da Juventude. Essa iniciativa não é restrita à aplicação de práticas restaurativas a casos isolados, mas envolve a implantação de uma estruturação sistêmica, um conjunto de ações e serviços que pretendem difundir a cultura de paz e incorporar as práticas restaurativas nos mais diversos âmbitos das políticas públicas e espaços de convivência social e comunitária.

A Central Comunitária de Práticas Restaurativas, inaugurada em 2013 e localizada na zona norte da cidade de Caxias do Sul/RS, realiza círculos de construção da paz com o intuito de fortalecer vínculos e restabelecer a convivência pacífica. Em atuação com Rede de Proteção Social – UBS, escolas, ONGs e AMOB – e com as lideranças dos bairros que integram tal região, entre julho e outubro de 2013, a Central promoveu um total de 45 encontros restaurativos que envolveram um total de 178 pessoas. Outrossim, ao final do ano de 2018, foram contabilizados mais de 19 mil atendimentos à comunidade. A ideia de “justiça como poder da comunidade” sustentada pelo programa parte da noção de que a função de justiça não se restringe à esfera judicial, podendo ser exercida no cotidiano da convivência social.

Outra vivência à qual se pode aludir é o Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania, o qual é desenvolvido em São Caetano do Sul/SP e adota como principal ferramenta a Justiça Restaurativa, propondo a transformação das escolas públicas e das comunidades em espaços de diálogo e de resolução pacífica de conflitos e utilizando, principalmente, os círculos restaurativos para tanto. Inicialmente, o foco do programa era apenas no âmbito escolar, por meio de três instituições escolares. No entanto, no início de 2006, sentiu-se a necessidade de ampliar o projeto também para o âmbito das comunidades, já que muitos dos conflitos escolares refletiam experiências daqueles jovens na comunidade em que viviam.

Essa breve exposição de experiências brasileiras com foco nos conflitos escolares foi engendrada com o intuito não só de exibir programas que têm se empenhado para difundir o pensamento restaurativo entre estudantes, professores, funcionários e familiares, buscando uma pacificação das relações conflitivas, mas também de realçar que apesar de a Justiça Restaurativa brasileira estar sendo impulsionada principalmente pelo Poder Judiciário, também são válidas as vivências que vão além dele, como no meio escolar. Além do que, essas práticas restaurativas compatibilizam-se com a pedagogia dialógica proposta por Paulo Freire, o que poderia possibilitar a busca por um espaço escolar promotor de maior autonomia para os educandos não exclusivamente na produção de conhecimento, mas também na resolução de conflitos em que estejam envolvidos, dado que nas práticas restaurativas há a oportunidade de encontrar uma solução para uma contenda por meio do diálogo, escuta ativa e respeito ao outro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo o exposto, depreende-se que a Justiça Restaurativa e a aplicação de suas técnicas e práticas no ambiente escolar podem contribuir positiva e relevantemente para uma educação voltada para o diálogo, para a autonomia e para a pacificação de relações conflituosas. Como fora exposto durante este estudo, essas práticas têm o condão de promover transformações a longo prazo, propiciando o fortalecimento dos relacionamentos entre professores, alunos, familiares e funcionários, a prevenção e solução de conflitos, o atendimento às necessidades dos envolvidos e o desenvolvimento do empoderamento e da empatia como possíveis resultados advindos da participação nos encontros restaurativos.

Através do estudo da legislação e dos referenciais teóricos utilizados nesta pesquisa, fora possível concluir que o incentivo à comunicação e ao diálogo – como propõem a Justiça Restaurativa e a Educação Problematizadora – possuem a capacidade de ocasionar efeitos benéficos não só àquela instituição de aprendizagem, mas também à comunidade, à família e à sociedade de maneira geral. Isto ocorre devido ao efeito multiplicador presente nas práticas restaurativas, à medida que o jovem estudante aprende preceitos como a comunicação não-violenta, a escuta ativa e a responsabilização durante uma prática escolar, ele tende a lidar com as situações conflituosas – internas ou externas ao ambiente escolar – com um novo olhar e com

uma nova compreensão, trocando as lentes que observam o conflito unicamente como uma violação de regras e enxergando-o como uma violação de sentimentos que gerou danos a serem reparados.

Ao contrário do modelo de justiça atual punitivo, no qual prevalece a imposição de medidas repressivas para determinados comportamentos como forma resposta às ações tidas como desviantes, no modelo restaurativo há o escopo de empoderar os envolvidos e dar-lhes maior autonomia para que dialoguem em busca de uma solução, desenvolvendo empatia e responsabilização. Assim, ao invés de produzir sentimentos de raiva e revolta naquele que pratica uma infração sobre a pessoa que aplicou-lhe a punição, produz-se a consciência do dano causado.

Portanto, evidencia-se que o ambiente escolar faz-se campo estratégico para promover – utilizando-se das práticas restaurativas – a discussão e disseminação de valores de uma cultura dialógica, de horizontalidade entre sujeitos e saberes, bem como de respeito às individualidades e à diversidade. E, então, favorecer uma educação que possa alcançar transformações interpessoais, permitindo a participação ativa do educando com o educador no ato de cognoscibilidade e daqueles envolvidos em algum conflito na construção de uma reparação justa e em consonância aos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 15, n. 1, p. 33-69, 2014.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). Porto Alegre: PUCRS, 2012.

BRANCHER, Leoberto. **Paz restaurativa**: a paz que nasce de uma nova justiça–implementação da JR como política de pacificação social em Caxias do Sul. Caxias do Sul: TJERS, 2014.

CARDOSO NETO, Vilobaldo. **Justiça Restaurativa no Brasil**: potencialidades e impasses. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as property**. The British journal of criminology, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JAYME, Fernanda Gonzaga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **Justiça Restaurativa na Escola**: formando cidadãos por meio do diálogo e da convivência participativa. Disponível em: <https://ciranda.direito.ufmg.br/index.php/publicacoes/>. Acesso em: 20 de nov. 2019.

MELO, Eduardo R.; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vânia C. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP, 2008.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Monica. Justiça Restaurativa e suas dimensões empoderadoras. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 34, n. 123, ago. 2014.



PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos Cebrap**, v. 68, n. 3, 2004.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; SPOSATO, Karyna Batista. As lentes de uma justiça restaurativa no Brasil: observando experiências renovadas de acesso à justiça para o incremento do debate. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Florianópolis. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, pp. 306-321. Disponível em:<[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+\(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 3d. São Paulo: Palas Athenas, 2018.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E CONSTELAÇÃO SISTÊMICA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: REPERCUSSÕES PARA UM NOVO OLHAR NO TOCANTE AO ACESSO À JUSTIÇA

**Déborah d'Assumpção Torres Marchesin**

Mestranda em Direitos Humanos (PPGDH/UFPE). Graduada em Direito (UNICAP). Facilitadora de Constelação Sistêmica e de Círculos Restaurativos.

**Marcelo Luiz Pelizzoli**

Pós-Doutor em Bioética. Coordenador do Espaço de Diálogo e Reparação (UFPE). Professor do Mestrado em Direitos Humanos (UFPE).

## INTRODUÇÃO

O Sistema de Justiça Criminal brasileiro com base na lógica burocrática-retribucionista (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2014) está em crise, posto que esse modelo fundamentado em políticas de punição afletiva e encarceramento em massa (DAVIS, 2019) não vem colaborando para a diminuição da violência no país. Ao contrário, percebe-se um aumento dos crimes patrimoniais e da letalidade com indica no Atlas da Violência (BRASIL, 2019) com um maior índice de homicídios da população jovem e negra, LGBTI+ e das mulheres, além da superlotação das prisões.

Na ocorrência de um crime, como a violação é contra o Estado – representante da sociedade – exclui-se a vítima da lide processual e não se constrói a reflexão da responsabilização do ofensor, restringindo o olhar apenas para o factual do ilícito penal, desconsiderando a historicidade das partes envolvidas, como também as necessidades e os sentimentos. Novos paradigmas, com viés restaurativo e sistêmico, estão emergindo nos últimos anos no Brasil a fim de solucionar os conflitos, proporcionar mais equilíbrio nas relações e efetivar a justiça como valor.

A abordagem qualitativa do presente estudo tem como pressuposto apresentar de forma simplificada alguns conceitos demasiadamente complexos que existem dentro da Justiça Restaurativa e na Constelação Sistêmica com a finalidade de perceber possíveis intersecções desses olhares e não tem a pretensão de exaurir o tema que está em construção teórica e paradigmática por se tratar de um fenômeno muito recente dentro do Judiciário brasileiro.

A problemática perfaz-se na seguinte questão: quais as contribuições principais da Justiça Restaurativa e da Constelação Sistêmica para o Judiciário brasileiro no tocante ao acesso à justiça? Dessa forma, o objetivo geral eleito desta pesquisa consiste em: identificar as contribuições da Justiça Restaurativa e da Constelação Sistêmica para o Judiciário brasileiro no tocante ao acesso à justiça. Tem-se como objetivos específicos: descrever a essência da crise do Sistema de Justiça Criminal brasileiro no que tange ao acesso à justiça pelo Judiciário; discutir alguns pontos e/ou contrapontos dos aportes oferecidos pela Justiça Restaurativa e pela Constelação Sistêmica ao Judiciário brasileiro, e perguntar sobre a possibilidade da intersecção entre Justiça Restaurativa e Constelação Sistêmica, no âmbito do Sistema de Justiça Criminal brasileiro para dar acesso à justiça no Judiciário.

## O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO EM CRISE E O ACESSO À JUSTIÇA

A estrutura do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro é complexa e abrange várias instituições como, as polícias militar e civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Judiciário e

Sistema Prisional e possui três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal, que perpassa da prevenção de crimes, pela aplicabilidade da pena, até o encarceramento (BRASIL, 2008). Assim, de acordo com a professora de Criminologia Carolyne Hoyle:

A justiça criminal diz respeito às respostas estatutárias ao crime e à desordem de organizações como a polícia, o ministério público, advogados de defesa, tribunais, prisões e agências de liberdade condicional. Baseia-se em um conjunto de justificativas normativas e teóricas para tentar limitar e controlar as ações dos cidadãos se, nos casos em que os cidadãos transgridem, para punir seu comportamento e causar-lhes dor. Tais justificativas recaem sobre objetivos reativos e preventivos. (2010,p. 2).

A estrutura apresentada tem base burocrática, que segue um passo a passo de como agir juridicamente para trazer respostas de controle social às questões criminais para que o sistema não entre em colapso (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2014). Porém, mesmo com a capilaridade do sistema, percebe-se no contexto atual que a criminalidade vem aumentando, e pelos dados apresentados no Atlas da violência de 2019 (BRASIL, 2019), obteve-se o maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país, chegando a quase 70.000 homicídios no ano de 2017. Tal problema ganha contornos ainda mais dramáticos quando se leva em conta que essa violência acomete principalmente a população jovem, pobre, preta, LGBTI e mulheres.

Pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2019), atualizado em junho de 2017, o número da população prisional é de 726.354 pessoas, e a crise se apresenta quando mesmo com políticas públicas e investimentos no campo da segurança pública, não há diminuição dos números de notificações de crimes, contravenções e que o encarceramento é insuficiente para se efetivar a justiça.

O Judiciário no âmbito penal tem sido um espaço de julgamento e de punição de fatos criminosos escritos em papéis, que na maioria dos casos não percebe quem comete o crime como ser humano, e reproduz um discurso de que a pessoa criminosa é apenas um “bandido” que precisa ser punido, fortalecendo o espaço de vingança dentro da lei penal retributiva e reforçando a prisão como aspecto inevitável na vida social (DAVIS, 2019). A estratégia utilizada vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana existente na Carta Magna, como também da ressocialização prevista na Lei Execução Penal, e coloca o questionamento se existe um real acesso à justiça com a punição de um agressor?

Ao discorrer sobre o processo judicial, Bruno Arrais de Mendonça aborda em sua dissertação que:

O processo judicial proporciona poucas oportunidades de escuta e intermediação. A justiça tradicional não reconhece as necessidades de reparação das vítimas e a necessidade de responsabilização dos ofensores. Esses são alienados e destituídos de qualquer poder de direcionar os rumos de suas demandas, o que, ao fim, vai gerar sempre um grau de injustiça, a desconsideração da história, dos contextos em que vivem as partes dos conflitos e a primazia da burocracia, do legalismo e do positivismo na busca “imparcial” por justiça, através da interdição e cassação da voz daqueles que tem legítimo interesse no conflito, contribui para continuidade de diversas formas de violência. (MENDONÇA, p.38-39)

Desse espaço em que a sensação de injustiça é comum, pois ao trazer a questão do acesso à justiça, muito se confunde com o acesso ao Judiciário exposto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, onde se tem: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto, ao se dissociar esse acesso da instituição judiciária, tem-se uma justiça em sua concepção mais ampla, que está além da judicialização de conflitos (ZANFERDINI, 2012) e de um poder instituído pelo Estado, quando se apresenta como equilíbrio das relações sociais e

possui uma valoração subjetiva para cada indivíduo que participou de um crime ou foi afetado por um ilícito penal.

Na maioria das ações, nem as vítimas, nem os ofensores são ouvidos sobre suas dores, necessidades, importando apenas o fato criminoso, sem inter-relacionar com as histórias de vida de ambas as partes. Todavia, além do crime tipificado no código penal, existe uma violência considerada sistêmica por trás do conflito que chegou ao sistema de justiça, e uma rede de emaranhamento anterior, que não se resolve apenas com a punição do agressor. Quando a solução não é adequada para ambas as partes envolvidas no crime, percebe-se a perpetuação do conflito, que reverbera em novas queixas e crimes. Como expressa Pelizzoli em um dos seus ensaios:

Num entendimento profundo, sabe-se que a violência não é em primeiro lugar algo gratuito, nem fruto de alguma maldade ontológica dos seres humanos, nem uma vontade ou capricho dos que são “ruins”; trata-se em primeiro lugar de um conjunto de disposições e de contextos de reações e respostas (a maioria delas não bem conscientes) sistêmico-estruturais que recaem sobre os sujeitos. A saber, violência em geral é uma linguagem, e uma linguagem que contém uma (re)ação a um estado ou de necessidade gerado, e/ou marcas sistêmicas afetivas e psíquicas, e/ou à energia defensivo-ofensiva do grupo de pertença do sujeito -incluindo aqui a dimensão da Sombra. (2015)

Se o modelo punitivista aflagante apresentado na atualidade fosse totalmente eficaz não teria dados estáticos como os que foram apresentados acima, desta forma abre-se espaço para outros olhares em relação ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, que apresentam novos paradigmas para questões da violência e do acesso à justiça. Não significa a negativa total do que está posto como justiça criminal, mas demonstrar que é insuficiente para lidar com a complexidade e as contradições que esse tema exige em decorrência da diversidade de pessoas que se envolvem em crimes tanto como ofensor quanto como vítima.

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Um novo olhar sobre os conflitos vem sendo colocado nas leis brasileiras, abrindo espaço para métodos auto compositivos alinhados à Resolução nº125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que visa estimular práticas que proporcionem tratamento adequado dos conflitos de forma consensual, assim como apresenta em alguns artigos no novo Código de Processo Civil, sob a Lei nº 13.105/2015. Desta forma, ampliando as práticas de Conciliação e Mediação no Judiciário ao criar os Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC.

A Resolução 2002/2012 da ONU oferece aos países membros os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, e apresenta como importante a voluntariedade da parte para entrada no procedimento, o processo de empoderamento e a horizontalidade das partes envolvidas embasadas na não dominação.

Jonhstone e Van Ness (2011) propõem três concepções da Justiça Restaurativa, a saber: do encontro, da reparação e da transformação. Em resumo, a primeira concepção, do encontro, traz o lugar das práticas de mediação vítima-ofensor, círculos restaurativos, entre outros métodos, para alinhar os relacionamentos, que podem coexistir a reparação e a transformação a partir desse alinhamento ou não, posto que depende da condução desses encontros. Na segunda concepção, da reparação, opõe-se diretamente ao sistema criminal punitivo aflagante, sob pena de imposição de dor e sofrimento e propõe concertar os erros cometidos e alinhar os relacionamentos. A terceira, da transformação, propõe uma transformação social, além do

pessoal, por meio do autoconhecimento, sustentada pela modificação do olhar sobre a questão do crime em um contexto global.

Na área criminal, alguns projetos-pilotos com base na visão restaurativa vem sendo experimentados, nos últimos quinze anos, em diversas unidades federativas no Brasil, obtendo êxito na questão do conflito. Esta repercussão proporcionou espaço para a discussão do tema de forma ampliada por um Grupo de Trabalho – GT, formado por magistrados e pelos representantes do CNJ, para elaboração de uma política nacional que culminou com a Resolução nº 225/2016, na qual contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário.

Mas o que seria uma Justiça Restaurativa? Howard Zehr (2008) propõe que para modificar esse olhar retributivo oferecido pelo Judiciário é necessário trocar as lentes para examinar o crime e a justiça com novos valores, diferente do processo que negligencia as vítimas, enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. Uma lente restaurativa que provoca um novo padrão sobre o que está posto como universal e não tem funcionado de forma adequada para todas as situações. Modificado o olhar que o crime não só é uma violação contra o Estado, como está previsto em lei, porém uma violação de pessoas e relacionamentos que cria a obrigação de corrigir os erros cometidos.

A Justiça Restaurativa proporciona uma devolução da solução dos conflitos para as partes envolvidas e uma aproximação entre vítima, agressor, suas famílias, a comunidade, a sociedade e a Rede de Garantia de Direitos, e, a partir da escuta ativa e da compreensão das responsabilidades, busca-se reparação dos danos advindos da transgressão e o atendimento das necessidades de todos os envolvidos, construindo-se novos caminhos de convivência, pautados pelo bem e pela paz. Neste caminho, Rosenblatt afirma que:

Esse ideal de devolução dos conflitos às partes diretamente afetadas pressupõe um processo inclusivo. Nesse sentido, a justiça restaurativa envolve um processo que permite e viabiliza o efetivo engajamento das partes; um processo no qual todos os participantes ajudam a definir o mal provocado pelo delito e a desenvolver um plano para a reparação desse mal. E quanto mais inclusivo for esse processo, melhor – quer dizer, quanto mais pessoas (atingidas pelo crime) forem incluídas, quanto mais cedo elas forem envolvidas, e quanto mais efetiva for a participação de cada uma delas ao longo do processo, maior será o potencial restaurativo desse processo. (2015, p. 84)

Para instrumentalizar a cultura de paz e a retomada do equilíbrio das relações humanas não se trata de perdoar ou extinguir a punibilidade do ofensor, mas de trazer a questão da responsabilidade e do diálogo para a Justiça Criminal em relação ao conflito já estabelecido entre as partes. Tanto na mudança do olhar em relação ao fato, com também em novos métodos de solução de conflitos apresentados na forma de mediação vítima-ofensor ou dos Círculos Restaurativos que se baseiam na seguinte ideia apresentada por Carolyn Boyes-Watson & Kay Pranis,

O círculo é um processo estruturado para organizar a comunicação em grupo, a construção de relacionamentos, tomada de decisões e resolução de conflitos de forma eficiente. O processo cria um espaço à parte de nossos modos de estarmos juntos. O círculo incorpora e nutre uma filosofia de relacionamento e de interconectividade que pode nos guiar em todas as circunstâncias – dentro do círculo e fora dele. (2011, p. 35)

## **CONSTELAÇÃO SISTÊMICA E UM NOVO OLHAR PARA A QUESTÃO DA JUSTIÇA**

A Constelação Sistêmica pode ser colocada como uma técnica de abordagem sistêmica e fenomenológica sistematizada por Bert Hellinger (2006), psicoterapeuta alemão, pela qual se pode

ampliar o olhar sobre crenças e padrões familiares, por meio da abertura de um campo de memória, também conhecido como campo morfogenético (SHELDRAKE, 1991), com o auxílio de representações simbólicas e exercícios, torna-se possível a percepção das dinâmicas ocultas dos sistemas envolvidos.

Por traz de qualquer acontecimento existem diversas histórias e pontos de vistas que não podem ser compreendidos, tais fatos estão ocultados da consciência pessoal, pois segundo Dartigues (2003) a vida psíquica antecede e excede a reflexão consciente e tem situações que escapam ao olhar antes de vir um esclarecimento. Com o paradigma sistêmico hellingeriano essas dinâmicas psíquicas internas podem ser reveladas ao utilizar representações em objetos ou pessoas que vão além do nível biográfico e chegam no nível fenomenológico (FRANKE, 2006), no qual pode ser explicado através da experiência dos sentidos humanos que modifica a consciência.

A visão da Constelação é sistêmica (FONTE, 2016), isto é, traz a compreensão da condição de indivíduo interferindo no todo, que pode se apresentar como espaços de convivência e sistemas, a saber, família, instituições e a própria comunidade. Desta forma, o que se altera em um ponto intervém por ressonância tanto nas pessoas envolvidas na aplicação da técnica, na facilitadora e nos participantes do processo, de acordo com a teoria de Rupert Sheldrake sobre campos de memória,

“Campo mórfico” é uma expressão genérica que inclui todos os tipos de campos que têm uma memória inerente dada pela ressonância mórfica de sistemas similares anteriores. Campos morfogenéticos, motores, comportamentais e sociais são campos mórficos, e todos são essencialmente habituais. (SHELDRAKE, 2013, p.160-161)

Bert Hellinger (2006) ao analisar tais campos de memórias através da abertura de uma Constelação Sistêmica, observou nesse espaço algumas necessidades fundamentais dos seres, a consciência pessoal e sentimentos de culpa e de inocência, que trouxe o entendimento de três ordens do amor, também conhecidas como leis naturais, que regem todos os sistemas e são estabelecidas nas relações, a saber: o pertencimento, o equilíbrio e a precedência ou a hierarquia.

A primeira lei se baseia na consciência do *pertencimento*,; demonstra-se aí a necessidade extrema de vinculação e que, em primeiro lugar, existe a família de onde surge a tendência de que é preciso fazer parte de algo e ninguém pode ser excluído do sistema/grupo. A segunda lei, traz a consciência do *equilíbrio entre o dar e receber* nas relações, tanto de boas atitudes como também de um mal que se retribui. E por fim, terceira lei, os membros mais antigos têm *precedência* e certas prerrogativas em relação aos que são mais novos, e os mais novos não devem intervir nos assuntos dos mais antigos, uma necessidade de ordem e de segurança proporcionada pela convenção e previsibilidade sociais. (HELLINGER, 2007a)

A partir da análise do direito, pelo juiz Sami Storch (2010), baseado nas ordens e leis que regem as relações, segundo a ciência das constelações sistêmicas, percebe-se que os conflitos existem por causas mais profundas do que um mero desentendimento pontual, e os autos de um processo judicial não conseguem ver essa realidade complexa. A lei e a sentença judicial podem até trazer algum alívio momentâneo, uma trégua na relação conflituosa, mas nem sempre é capaz de solucionar verdadeiramente a questão, pois a solução nunca será para apenas uma das partes, mas precisa abranger todo o sistema envolvido no conflito, dentro e fora da esfera judicial.

A prática da Constelação Sistêmica começou a ser aplicada pela Justiça na Bahia, em 2012, pelo juiz Sami Storch. A visão sistêmica se multiplicou pelo país e atualmente são dezesseis estados e o Distrito Federal que possuem programas ou projetos nessa área. E em 2015, uma prática de mediação familiar baseada nessa visão, desenvolvida no 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia/GO foi vencedora do Prêmio “Conciliar É

Legal”, do CNJ, além de receber em 2014 uma menção honrosa no XI Prêmio Innovare. (FARIELLO, 2018)

Ao explicar sobre justiça, Hellinger coloca que:

Quando alguém nos faz algum mal planejamos vingança. Isto é, para compensar queremos causar um mal também a essa pessoa. Isso decorre da necessidade de compensação, por tanto da necessidade de justiça. Por outro lado, porém, também nos impele à vontade de sobrevivência e extermínio. Queremos impedir que o outro nos torne a ferir e causar danos. Ao nos vingarmos, ultrapassamos a necessidade de compensação e justiça e causamos mais sofrimento e dano ao outro do que ele nos causou. Mas o outro também quer vingança e assim o conflito entre nós nunca tem fim. (HELLINGER, 2017a, p 15.)

Em relação à violência através de um olhar sistêmico OLDONI & LIPPMANN discorrem que:

É preciso compreender que a violência não é uma causa, mas um efeito, um alerta de que alguma coisa não está bem. Importante saber identificar qual a mensagem do ato violento, pois a partir de um olhar sistêmico, a violência é sempre um pedido de ajuda. O que está oculto, o motivador do desvio, é que precisa ser decifrado, não por terceiros, mas pelo próprio sujeito e isso não se consegue por meio do aprisionamento.

Assim, a aplicação da técnica da Constelação Sistêmica no Judiciário, em específico na vara criminal, pode contribuir com a oportunidade de olhar o conflito além do que se expõe nos autos do processo, e possibilita expandir o olhar sobre a compensação do crime cometido em relação às vítimas e ao ofensor por meio da oportunidade de rever padrões e crenças. Não apenas no caráter de punir e expiar, como uma forma de vingança, mas de compensar as partes envolvidas pelo mal realizado sem entrar na espiral de violência. (PELIZZOLI, 2016)

## **INTERSECÇÃO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E CONSTELAÇÃO SISTÊMICA PARA O JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

De início percebe-se que os aportes teóricos da Justiça Restaurativa e da Constelação Sistêmica são diferentes. A primeira, traz possibilidades de alternativa para o Sistema de Justiça Criminal, como também uma nova lente para transformar um olhar retributivo em restaurativo. Já a segunda, não apresenta essa contraposição ao que está posto como sistema, porém contribui para modificar crenças e padrões de pessoas envolvidas em situação de violência e crimes.

Essa dimensão de utilizar os dois paradigmas em suas diversas práticas de forma conjunta é uma realidade apresentada no judiciário brasileiro em algumas experiências isoladas, sem ainda uma literatura suficiente que traga fundamentação passível para tal.

Ambas se evidenciam como um método para solução de conflitos e trazem um olhar para a questão da justiça e para o equilíbrio das relações. Por meio da integralidade do sujeito, oferecem novos paradigmas que resgatam as tradições ancestrais, o poder da mudança da arte e a da sabedoria das distintas correntes filosóficas existentes além do empírico, do palpável e que para muitos é uma singularidade existencial responsável em ampliar consciências e transmutar, alquimicamente, a alma. (OLDONI; OLDONI; LIPPMANN, 2018)

Na intersecção do olhar restaurativo e do sistêmico traz possibilidade real de transformação do conflito ao perceber que o ser humano existe além do crime e dos erros que possa cometer. Essa mudança nasce do operador do direito e por ressonância interfere nas partes, na fase de julgamento, como também na execução penal; e existem propostas de utilizar a Constelação Sistêmica como uma das dinâmicas oferecidas nos Círculos Restaurativos como se apresenta no livro Justiça Restaurativa Sistêmica dos autores citados no parágrafo anterior.

Nesse ponto Pelizzoli (2017) discorre sobre a justiça e o cuidado complementando a possibilidade de união das visões restaurativa-sistêmica:

Em poucas palavras, na seara da justiça – que na sua origem já traz a ideia da restauração –, trata-se de tomar consciência e caminhar a favor da inteligência coletiva sensível, interdependente, criativa, sistêmica, que aposta na afirmação da vida, que em meio à objetificação das instituições e relações, abre espaços de encontro efetivo. Em meio aos apagamentos e exclusões de rostos humanos e seres vivos, em meio ao simulacro, descaso e descrédito, nos modelos políticos no capitalismo, os Processos Circulares, as Práticas Restaurativas, práticas integradoras, são uma luz entre outras a iluminar os tempos sombrios. A visão ou energia sistêmica, presente nos modelos citados, como o Círculo de Paz, mostra a cada dia mais sua importância e eficácia, para reconectar os laços humanos rompidos, lidar com as dores e rupturas que dilaceram o humano ameaçado/rejeitado e o tecido social. Aqui perfaz-se um novo sentido de justiça, atravessada pela paz ativa, pela compreensão e pelos destinos comuns dos sujeitos, vistos agora dentro de um todo que os abarca e, muitas vezes, os condiciona. Estar de acordo com as ordens do bem comum do todo social, respeitando profundamente o lugar, a pertença, e o que cada um pode/deve dar e receber, é tarefa sistêmica e restaurativa urgente; acima de tudo, é tarefa da vida humana como cuidado. (2017, p.114)

E desse ambiente surge a empatia e a solidariedade, quando se pode reconhecer-se no outro e entrar no reino humano da vulnerabilidade e da agregação (PELIZZOLI, 2015) que abre espaço para a circulação de dádivas, afetos corporais e sentimentos na organização das instituições sociais e das relações humanas, no qual implica valorizar sempre a presença de dois ou mais protagonistas de uma trama simbólica, emocional e sentimental nas origens do pacto social nessa teia entre o dar, receber e retribuir, ao mesmo tempo livres e obrigatórias pois toda ação por mais livre que seja gera expectativas e obrigações mútuas. (MARTINS, 2016)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa demonstra que o sentido da justiça como valor surge da modificação da ideia de vingança como compensação de um crime, para a reestruturação do equilíbrio social no acolhimento das necessidades e dos sentimentos dos envolvidos no conflito, com a inserção do diálogo e da responsabilização, de mais participação da comunidade e reconhecimento a repetição de padrões e crenças na espiral de violências.

Identificou-se que a Justiça Restaurativa vem se consolidando no Judiciário há quase quinze anos, no Brasil, mediante práticas dos círculos de construção de paz e da mediação de conflitos, e contrapõe-se diretamente ao sistema retributivo estabelecido na lei penal, apresentando alternativas para o Sistema de Justiça Criminal. Por outro lado, a Constelação Sistêmica não se contrapõe diretamente ao que está posto como paradigma penalista, mas traz a oportunidade de modificar a percepção sobre a violência através da abertura do campo morfogênico e da análise da biografia pessoal dos envolvidos, em conexão com as ordens do amor, a saber: pertencimento, hierarquia e equilíbrio.

Observou-se que uma nova lente sobre a criminalidade pode ser colocada por meio da Justiça Restaurativa e da Constelação Sistêmica na possibilidade de trazer mais humanidade para as pessoas envolvidas na situação que gerou o crime, como também para os operadores do direito. E até agora, não existe a necessidade de que ambos os métodos de solução de conflitos estejam sendo implantados na prática, em conjunto, para contribuir com esse novo olhar, no entanto percebe-se que ao entrar em contato com o lugar do cuidado do outro e com um espaço para a escuta, a dimensão dos conflitos se torna mais acolhedora e o acesso à justiça uma possibilidade mais próxima das pessoas que utilizam do Judiciário brasileiro.



## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Criminal e Justiça Restaurativa**: possibilidades de ruptura com a lógica burocrática-retribucionista. Revista Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 75-87, janeiro-junho 2014. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/16958/0> Acesso em: 27 de nov. de 2019.

BRASIL. **Atlas da violência 2019**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização - Junho de 2017. Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

BRASIL. **Sistema de justiça criminal no Brasil**: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação. Texto para discussão n° 1330. Técnicos da Diretoria de Estudos Sociais do Ipea: Helder Ferreira; Natália de Oliveira Fontoura. Brasília: Governo Federal, Ministério Extraordinário de Assuntos Estratégicos, Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, IPEA - Instituto de Pesquisa Aplicada, 2008.

DARTIGUES, André. **O que é fenomenologia?** Tradução: ALMEIDA, Maria José J. G. de. 32 ed. São Paulo: Centauro Editora, 2003.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de VARGAS, Marina. 3 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

FARIELLO, Luiz. **Constelação Familiar**: no firmamento da Justiça em 16 estados e no DF. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 03 de Agosto de 2018.

FONTE, Ana da. **O TAO das constelações**. Recife: Constelar, 2016.

FRANKE, Ursula. **Quando fecho os olhos vejo você**: as constelações familiares no atendimento individual e aconselhamento: uma guia para prática. Tradução de Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2006.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz: uma resposta**. São Paulo: Cultrix, 2007a.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007b.

HOYLE, Carolyn; YOUNG, Richard; HILL, Roderick The Case for Restorative e Justice. In: CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative e Justice**. Portland Oregon: Hart Publishing, 2010. In. MENDONÇA, Bruno Arrais de. Caminhos da justiça restaurativa em Pernambuco / Bruno Arrais de Mendonça. – Recife, 2018. 158f.: il. Orientador: Marcelo Luiz Pelizzoli. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Artes e Comunicação. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2018.

JOHNSTONE, Gerry. VAN NESS, Daniel W. (orgs) **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011.

MARTINS, P. H. **A dádiva como sentimento e prática**. Desafios do agir amoroso no mundo da vida e dos sistemas. Realis Revista de Estudos Antiutilitaristas e Poscoloniais , v. 6, p. 22-49, 2016.

MENDONÇA, Bruno Arrais de. **Caminhos da justiça restaurativa em Pernambuco** / Bruno Arrais de Mendonça. – Recife, 2018. 158f.: il. Orientador: Marcelo Luiz Pelizzoli. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Artes e Comunicação. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2018.

OLDONI, Everaldo Luiz; OLDONI, Fabiano.; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Justiça Restaurativa Sistêmica**. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. **Cultura de Paz Restaurativa** - Da Sombra social às inteligências sistêmicas dos conflitos. In: PELIZZOLI, Marcelo Luiz. (Org.). **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: Ed. da UCS / Recife: Ed. da UFPE, 2015.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. **Justiça Restaurativa** – caminhos de pacificação social. Caxias do Sul: EDUCS, 2016, cap. I

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. **Visão sistêmica como base dos processos circulares e da restauração**. In: (Orgs) DAMIANI, Suzana; HANSEL, Cláudia Maria; QUADROS, Maria Suelena Pereira de. **Cultura de Paz: processo em construção**. Caxias do Sul, RS: EducS, 2017.

PRANIS, Kay. & BOYES-WATSON, Caroline. **No coração da esperança**. Guia de práticas restaurativas. Porto Alegre: TJE-RS/AJURIS, 2011.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **Uma saída restaurativa ao processo de vitimização secundária**. In: **Vitimologia na Contemporaneidade**, (Org.) FILHO, Wanderley Rebello; JUNIOR, Heitor Piedade; KOSOVSKI, Ester. 1 ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

SHELDRAKE, Rupert. **O renascimento da natureza: o reflorescimento da ciência e de Deus**. São Paulo: Cultrix, 1991.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 17, n. 2, p. 237-253, mai.-ago. 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu> Acesso em: 27 de nov. de 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes** — um novo foco sobre o crime e a Justiça. **Justiça Restaurativa**. Tradução de VANACKHER, Tônia. São Paulo: Palas Athena Editora, 2008.

DARTIGUES, André. **O que é fenomenologia?** Tradução: ALMEIDA, Maria José J. G. de. 32 ed. São Paulo: Centauro Editora, 2003.

## MAPEANDO PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE RECIFE

**Kennedy Anderson Domingos de Farias**

Graduando em Direito (UNICAP)

O modelo penal vigente, tradicionalmente de caráter retributivo, encontra no encarceramento uma resposta punitiva para o delito quando a prisão deveria ser utilizada como última *ratio*, sendo verdadeiramente um instrumento de controle social que encarcera cada vez mais seletivamente a população (ACHUTTI, 2014). Nesse contexto, surge no interior da criminologia crítica, o abolicionismo penal como crítica (máxima) ao sistema criminal, buscando a reforma estrutural desse modelo tradicional, uma vez que a engrenagem penal como conhecemos estaria deslegitimada por não cumprir com suas funções declaradas, quais sejam, a da prevenção geral e especial (ACHUTTI, 2014).

Autores como Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie, referenciais teóricos abolicionistas, propõem a desconstrução do modelo carcerário através da mudança de paradigmas, em que, segundo Hulsman e Celis (1997), o delito deveria ser tratado como um problema social e não criminalizado, não devendo ainda ser atualizado o vocabulário carregado de estigmas, pois determinadas palavras estão sedimentadas na sociedade com sentido negativo, contribuindo para o direito penal máximo. Já para Mathiesen (1986), a abolição da prisão é o objetivo da política criminal, recomendando, o referido criminólogo, atenção às alternativas penais, para que elas não cumpram a mesma função da prisão. Com efeito, sugere Mathiesen que toda alternativa à prisão merece atenção por parte dos abolicionistas, para que essas alternativas não findem por, como efeito colateral, ampliar o controle penal do Estado. Assim, para chegar ao objetivo abolicionista, Mathiesen propõe reformas de curto prazo no sentido de abstenção por parte do Estado para que não seja expandido a gerência social do Estado por meio do direito penal. Nils Christie defende a administração do conflito pelos próprios envolvidos nele, bem como processos em que as próprias partes solucionem o problema de forma a reparar o dano causado. Segundo ele, a tomada do conflito pelo Estado é uma indevida apropriação, na qual à vítima é relegado papel secundário no processo, não podendo a mesma participar de maneira ativa na resolução da lide no modelo tradicional de resolução de conflitos (ACHUTTI, 2012).

A crítica dos três autores supracitados constitui importante fundamentação teórica para a justiça restaurativa, um modelo de administração de conflitos descentralizado, crente no potencial reconciliador e reintegrador da devolução do conflito às partes diretamente interessadas (vítima, ofensor e comunidade), vale dizer, às protagonistas do conflito. Assim, a justiça restaurativa surge como alternativa ao modelo de justiça tradicional, propondo uma “nova lente” (ZEHR, 2012) através da qual não nos limitemos a enxergar o delito como uma violação contra o Estado, mas contra pessoas e relacionamentos.

Embora a justiça restaurativa não tenha previsão legal no âmbito nacional, seu uso tem sido intensificado no âmbito judicial, seguindo parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça através da resolução 225 de 31 de maio de 2016, bem como extrajudicialmente, através de iniciativas de comunidades (LEITE, 2017, p. 94).

No contexto da justiça da infância e da juventude, a justiça restaurativa ganha contornos importantes dado o caráter, em tese, alternativo e despenalizador do sistema infracional, uma vez

que, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, e de todos os instrumentos e princípios que informam esse diploma legal, o cerceamento da liberdade é uma medida extrema, além de ser uma resposta violenta para a violência, que gera mais problemas ao estigmatizar sua clientela, composta majoritariamente por jovens negros e periféricos. Nesse sentido, alerta Vitória Dinu, em sua dissertação de mestrado:

a programação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Doutrina da Proteção Integral) é no sentido de que não haja punição dos jovens, mas sim educação, já que o adolescente deve ser tratado de forma especial, a partir de sua condição como pessoa em desenvolvimento, o que dá espaço para soluções diversificadas, dependentes do caso concreto (DINU, 2017, p. 57).

Diante dessa necessidade de partir para “soluções diversificadas”, que reservem o lugar de *ultima ratio* às prisões, mormente no campo da infância e da juventude, o presente trabalho se justifica em seu intento de desvelar os riscos e potencialidades da adoção de práticas de justiça restaurativa em resposta a atos infracionais cometidas por adolescentes no Brasil.

Assim, busca-se no presente trabalho explorar os riscos e as potencialidades da implementação da justiça restaurativa no âmbito do judiciário brasileiro. Ainda, identificar práticas de justiça restaurativa no âmbito da Vara da Infância e Juventude da cidade do Recife, e a partir da identificação de práticas de justiça restaurativa na referida Vara, avaliar se as mesmas estão sendo utilizadas como alternativa penal ou reforço punitivo.

Vale ressaltar que conceituar a Justiça Restaurativa é algo que sofre críticas por parte de alguns teóricos, vez que determinadas conceituações findam por a simplificarem ou a diminuírem quando na verdade se trata de uma proposta complexa (PELIZZOLI, 2015, p.6). Dito isso, o conceito majoritariamente aceito é dado por Tony Marshall, que ensina ser a justiça restaurativa “um processo através do qual todas as partes envolvidas em uma ofensa particular se reúnem para resolver coletivamente como lidar com a consequência da ofensa e suas implicações para o futuro” (*apud* ACHUTTI, 2012, p. 8). O CNJ também define a justiça restaurativa no artigo 1º da Resolução 225/2016, conceituando-a como:

um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturando a seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e quando houver, da vítima, bem como, das famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; [...]

A justiça restaurativa surge na década de 1970, no Canadá, e chega ao Brasil nos anos 2000 (ROSENBLATT, 2016). Em terras Tupiniquins, ela é originalmente colocada em prática no meio judicial, sendo incorporada pelo Judiciário em 2005 e dividindo-se em dois tempos: o da implantação, com os projetos-piloto em São Paulo, Distrito Federal e Rio Grande do Sul; e o da institucionalização e expansão, marcado pelas Resoluções n. 125/2010 e n. 225/2016, as duas do Conselho Nacional de Justiça (LEITE, 2017).

O crescimento da população carcerária fez com que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o número de pessoas aprisionadas saltasse de 401,2 mil pessoas em 2006 para 726,7 mil pessoas no ano de 2016 (INFOPEN, 2017, p. 9). Isso fez com que surgissem as alternativas penais às prisões, no entanto, como indica Achutti (2012, p. 5), comentando Thomas Mathiesen, devemos “questionar todas as formas de alternativas que pudessem ser propostas oficialmente a prisão. Dessa forma, a ‘luta abolicionista’ não tem fim aparente, e é necessário estar sempre pronto para confrontar toda

proposta possível de ampliação da malha prisional”. De fato, as alternativas penais não provocaram a diminuição carcerária, para isso seria necessária uma mudança estrutural no próprio sistema penal. Assim, as alternativas penais acabaram aumentando o controle social e o alcance do direito penal, e, conseqüentemente, o número de infratores que antes escapavam da criminalização (LEITE, 2017).

Além da expansão criminal propiciada pelas leis 9.099/95 e 9.714/98, uma vez que crimes de menor potencial ofensivo passam novamente a ganhar atenção do Estado com a instituição dos Juizados Especiais Criminais (LEITE, 2017, p. 19-25), no modelo tradicional de resolução de conflitos, as partes envolvidas ganham papel testemunhal, não tendo o controle ou participação ativa na deliberação ou juízo de sua lide ou das conseqüências futuras decorridas dela. Com efeito, o protagonismo é do Estado, com a atuação de magistrados, promotores e defensores, ganhando a vítima papel secundário no processo. A importância da justiça restaurativa é realçada ao propor uma mudança de paradigmas real e efetiva realocando o foco da resposta, de punitiva para outras possibilidades não punitivas, além de promover uma alternativa desencarceradora, uma vez que a prisão já se mostrou ineficaz, e não meramente complementar do sistema penal como são as alternativas trazidas pelas leis supracitadas (LEITE, 2017, p. 20).

Ao olhar a infração como problema social, e não como violação a um bem do Estado, devolvendo o conflito aos que tem interesse nele, ou seja, vítima, ofensor e comunidade, as possibilidades de respostas para a resolução do conflito aumentam. A justiça restaurativa notabiliza a vítima, dando a ela a voz que lhe é tolhida no sistema de justiça tradicional (ROSENBLATT, 2015). Dessa forma, a resolução dos conflitos se dá de maneira autocompositiva, descentralizada e horizontal, prezando pelas relações humanas e buscando a responsabilização do autor do fato por meio da reparação do dano causado – ao invés de reduzir o conflito a um tipo penal com o *quantum* predeterminado na tentativa de enquadrar toda dissidência como sendo sempre a mesma. É dizer, busca-se, com a prática restaurativa, a individualização de cada conflito.

Cumprido ressaltar que para autores como Zehr (2012) ela não tem a finalidade de reconciliar ou de conseguir perdão, embora esses “efeitos colaterais” possam acontecer se as partes assim decidirem. Além disso, não se trata de um modelo de administração de conflitos aplicável apenas para infrações leves, podendo ser aplicada também para infrações tidas como graves, se observados os princípios que lhe regem e forem tomados os cuidados específicos a cada empreitada restaurativa (vide CNJ, 2018, por exemplo, para uma discussão sobre os cuidados necessários ao se aplicar a justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica contra a mulher). Outrossim, ela não se trata de uma “*soft option*”, nem se faz necessário a substituição do processo penal diante de qualquer situação, prevalecendo o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o processo penal seria utilizado apenas subsidiariamente, isto é, apenas quando fosse essencial (e, em termos penais, a prisão permanece como *ultima ratio*) (LEITE, 2017). Assim, a justiça restaurativa visa à composição do conflito pelas próprias partes, tendo a vítima voz no processo restaurativo e mais possibilidades de respostas em um acordo feito com o ofensor do que teria, por exemplo, nas atuais audiências de conciliação.

Como adiantado acima, o potencial da justiça restaurativa não vem sem limites e preocupações. Por um lado, ela possui princípios que devem ser observados. São vários, mas para cumprir com a finalidade da presente pesquisa, sobressai-se os princípios da resposta contingente, sob o qual deve se esgotar todas as possibilidades antes de dar uma resposta estatal punitiva; o da prevenção geral, que foca em soluções preventivas e não punitivas para o dano; da subsidiariedade, segundo o qual o estado deve intervir penalmente apenas de maneira subsidiária, sendo corolário do princípio da intervenção penal mínima; da individualização, em que a resposta para cada caso deve ser particular a cada um deles, sendo rejeitadas padronizações; da

horizontalidade e autocomposição, sob o qual deve ser buscada a melhor resposta para os envolvidos, sobressaindo-se a ativa participação dos diretamente afetados pelo delito e a responsabilização ativa (e não passiva, de quem apenas “aceita” uma punição) do autor do dano (LEITE, 2017). Por outro lado, cumpre ressaltar o hiato que tem sido observado entre a teoria e algumas práticas de justiça restaurativa (ROSENBLATT, 2016), o qual tem empurrado a justiça restaurativa à beira de um abismo de contradições e desafios práticos.

Diante da possibilidade de o dito não ser o feito, esse trabalho pretende investigar as práticas ditas restaurativas, anunciadas como se implementadas na Vara da Infância e Juventude de Recife. O olhar desconfiado sobre tais práticas é sugerido por Vitória Dinu, que chama as mencionadas alternativas de um caso de “quase remissão”, vez que no procedimento da justiça restaurativa não se concede o benefício do art. 126 do ECA; “ao invés disso, busca-se a construção de um acordo que, posteriormente, é homologado pelo juízo” (DINU, 2017, p. 102). Percebe-se que é necessário o crivo seletivo do Ministério Público e de magistrados para designar o que vai ou não para esse método alternativo de resolução de conflitos, sofrendo, nesse ponto, algumas críticas por teóricos. Primeiro, como já apontado, a justiça restaurativa não é apenas para infrações de menor potencial ofensivo. Em verdade, é importante salientar que os crimes de menor potencial ofensivo não são responsáveis pelo alto número de prisões no Brasil, pelo que um modelo alternativo de conflitos voltado quase que exclusivamente a esse tipo de criminalidade não teria o condão de transformar o atual caos do sistema de justiça criminal (ROSENBLATT; FERNANDEZ, 2015). Para que o encarceramento em massa seja, efetivamente, estagnado e diminuído, é necessária uma mudança estrutural no sistema como o proposto pela justiça restaurativa e suas respostas multiformes, e não relegado um papel subsidiário como o tem sido, corroborando Fabiana Leite:

As práticas penais de mediação comunitária e justiça restaurativa desenvolvidas fora do sistema penal, não serão consideradas dentro do escopo desta política em função do seu caráter extrapenal, mas indicam que os conflitos sociais podem e devem se resolver fora de qualquer instância criminal, em soluções estabelecidas entre os envolvidos. Por tanto, programas com esta natureza devem ser fomentados por instâncias do governo, pelo sistema de justiça não punitivo ou organizações da sociedade civil para fazer conter o controle penal (LEITE, 2017, p. 33).

Segundo, critica-se o limite legal imposto no que tange ao princípio da indisponibilidade da ação pública, em que se faz necessária a presença do Ministério Público, uma vez que é ele o titular da ação, como Preconiza Fabiana Leite:

Existe um limite legal no sistema de justiça penal vigente para a alocação da Justiça Restaurativa, que é a vigência do princípio da indisponibilidade da ação penal (cuja titularidade pertence ao Ministério Público, razão pela qual os programas de JR apenas encontram oportunidade “processual” nos juizados que excepcionaram referido princípio: a Justiça infanto-juvenil ou infracional e os juizados especiais criminais, estando alocados em seus respectivos espaços físicos ou juntos aos NUPMECs ou NUPECONS e CEIJs, sendo que sua competência coincide com a da respectiva unidade jurisdicional (LEITE, 2018, p. 26).

Abre ainda espaço para questionamentos o fato da necessidade da judicialização do conflito para posteriormente ser designado a um projeto restaurativo, demarcando mais uma vez o poder seletivo do Estado para identificar o que seria ou não casos com possibilidade de resolução por meio da justiça restaurativa, ainda que tenha sido identificados projetos de justiça restaurativa em fases posteriores ao processo, como na execução da pena e medidas socioeducativas (CNJ, 2018, p. 26). No mais, será colocado em cheque os locais onde são executados os projetos, diferindo assim a teoria da prática, uma vez que, é recomendado que as reuniões restaurativas ocorram em espaços informais, distinto do judiciário (LEITE, 2017, p. 115), o que será verificado se tem acontecido na prática, já que o projeto está vinculado ao judiciário e

por isso, é provável que tenha ocorrido no âmbito dos tribunais. Importante pontuar que uma vez ocorrida na esfera do judiciário, a voluntariedade plena necessária para participação em uma prática restaurativa é questionável, dada a coerção judicial e o temor do processo penal tradicional resultar numa prisão (LEITE, 2017, p. 95), prescrevendo Pallamolla que “Enquanto a justiça restaurativa operar na sombra do sistema de justiça criminal, a coerção judicial estará presente num segundo plano” (*apud* LEITE, 2017, p. 95).

Diante do exposto, pode-se concluir que a justiça restaurativa é algo que não é facilmente conceituado, dado a problemática de definições simplórias, e embora tenha chegado no Brasil há pouco tempo, teve muitos avanços, sobretudo no judiciário, a exemplo da resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, ainda tem um longo caminho a percorrer, uma vez que o País é tradicionalmente de *Civil Law*, não havendo ainda legislação específica sobre a justiça Restaurativa, mas apenas um projeto de lei na Câmara dos Deputados, qual seja o PL 7006/2006, que ainda não foi votado na casa legislativa.

A JR surge no contexto de crise do sistema penal, que encontra no encarceramento uma resposta punitiva para as transgressões da lei sem conseguir cumprir seus objetivos de prevenir as ações tidas como delitivas. Nesse ínterim, são criadas alternativas penais que não conseguem diminuir o número de pessoas presas, mas aumenta o controle penal do Estado, se fazendo necessária a justiça restaurativa, como proponente da reforma estrutural do modelo penal vigente.

Assim, será realizada a pesquisa seguindo a técnica de triangulação de métodos, recomendada por estudiosos do método qualitativo (ARKSEY; KNIGHT, 1999; BACHMAN; SCHUTT, 2011; DENZIN, 1970; HAGAN, 2007). Foram previstas duas estratégias de coleta de dados. De início, será realizada uma revisão de literatura sobre o conceito, bem como os princípios e fundamentos da justiça restaurativa, além de uma análise de relatórios de pesquisa sobre a aplicação desse modelo de administração de conflitos dentro e fora do Brasil. Revisar-se-á, outrossim, material bibliográfico sobre sua aplicação especificamente em casos de infrações cometidas por crianças ou adolescentes (por exemplo, DINU, 2017), além da análise de relatórios de pesquisa (por exemplo, CNJ, 2017; CNJ, 2018). Depois, será desenvolvida uma análise de documentos e, nela, possivelmente, uma análise de dados empíricos secundários, quer dizer, dados coletados por outros pesquisadores (e/ou atores do Sistema de Justiça Criminal) e relatados nos documentos a serem revisados ao longo da presente pesquisa. A análise documental, vale ressaltar, distingue-se da revisão bibliográfica, na medida em que se vale de documentos que ainda não receberam tratamento científico, tais como, projetos escritos sobre eventuais programas restaurativos, pareceres, reportagens de jornais, revistas, etc. (OLIVEIRA, 2007). No presente trabalho, a análise documental abrangerá, dentre outros, projetos escritos, relatórios (descritivos de possíveis experiências implementadas, embora não trabalhados cientificamente) e/ou material publicitário referentes às práticas desenvolvidas na Vara de Infância e Juventude do Recife, com ênfase naquelas ditas restaurativas.

Ainda, vale salientar que, será realizada uma visita exploratória ao centro integrado da infância e juventude, conduzindo uma conversa exploratória com representantes do Ministério Público que trabalham junto à mencionada Vara. Pretende-se com a visita auxiliar a identificação dos possíveis caminhos e entraves à coleta de documentos que revelem dados empíricos importantes, capazes de indicar o ímpeto alternativo ou de reforço punitivo das práticas ali desenvolvidas, realizando-se, assim se espera, os objetivos aqui anunciados. Ainda, será realizada entrevista semiestruturada com os atores que compõem tanto o sistema de justiça tradicional como os da justiça restaurativa naquela Vara, com o fito de verificar diferenças práticas e teóricas da JR

na Vara da Infância e Juventude de Recife, bem como de identificar se ela tem sido utilizada como alternativa penal ou reforço punitivo.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, D. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>. Acesso: 15 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf). Acesso em: 20 mar. 2019.

ARKSEY, H.; KNIGHT, P. T. **Interviewing for Social Scientists**: An Introductory Resource with Examples. London: SAGE, 1999.

BACHMAN, R; SCHUTT, R. **The Practice of Research in Criminology and Criminal Justice**. 4. ed. Londres: SAGE, 2011.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Entre práticas retributivas e restaurativas**: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Relatório Final. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Pilotando a justiça restaurativa: o papel do poder judiciário. **Sumário Executivo**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa>. Acesso em: 09 abr. 2018.

DENZIN, N. K. **The Research Act in Sociology**. Chicago: Aldine, 1970.

DINU, Vitória Caetano Dreyer. **Remissão é Perdão?** Uma análise sobre o instituto da remissão na prática do juizado da infância e juventude de Recife/PE. 2017. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

HAGAN, Frank E. **Research Methods in Criminal Justice and Criminology**. 7. ed. Boston: Allyn and Bacon, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

MATHIESEN, Thomas. The Politics of Abolition. **Contemporary Crises** (atualmente, **Crime, Law and Social Change**), Amsterdam, v. 10, n. 1, 1986.

MENDONÇA, Bruno Arrais de. **Caminhos da justiça restaurativa em Pernambuco**. 2018. 158f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

PELLIZZOLI, Marcelo L.. Cultura de paz restaurativa: Da sombra social às inteligências sistêmicas dos conflitos. *In*: PELLIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Justiça Restaurativa**: Caminhos da Pacificação Social. Recife: Editora UFPE, 2015.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Pesquisa em Justiça Restaurativa. *In*: PELLIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Justiça Restaurativa**: Caminhos da Pacificação Social. Recife: Editora UFPE, 2016. p. 113-128.



ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária. *In*: REBELLO FILHO, Wanderley; PIEDADE JUNIOR, Heitor; KOSOVSKI, Ester (org.). **Vitimologia na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 84-96.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; FERNANDEZ, Daniela Bolívar. Paving the Way toward a “Latin” Restorative Justice. **Restorative Justice**, v. 3, n. 2, p. 1-10, 2015.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

# UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DE UMA CRÍTICA DECOLONIAL

**Luísa Helena de Farias Mendes**

Graduanda em Direito (UNICAP)

## INTRODUÇÃO

O modelo tradicional de justiça criminal já nasce com significativos problemas, recebendo críticas que prenunciariam a falência de uma estrutura punitiva, marcada pela centralidade da prisão. Até o início da década de 80, as críticas se debruçaram especialmente sobre a prisão. Após esse marco temporal, o eixo se deslocou para a análise de alternativas ao próprio Direito Penal e ao castigo, e, assim, o Abolicionismo Penal e a Vitimologia ganharam força, dando cada vez mais corpo às perspectivas críticas sobre o tema. No fim da década de 70, em seu texto *“Conflicts as Property”* (“Conflitos como Propriedade”), Nils Christie (1977), mesmo sem fazer referência à justiça restaurativa, lança um importante alicerce sobre o qual se ergueu vasta produção teórica a respeito do tema. Segundo ele, no modelo tradicional de justiça criminal, essas pessoas diretamente afetadas pelo delito são excluídas do processo de resolução do seu próprio conflito, uma vez que o Estado se apropria do mesmo, tornando-se uma “superparte”. O autor defende, então, a importância de se devolver os conflitos criminalizados às partes diretamente afetadas por ele – vítima, infratores e comunidade –, tendo esse argumento se tornado um dos principais pontos de partida para explicar a justiça restaurativa (ROSENBLATT, 2015).

Apesar da falta de unidade conceitual acerca do tema (ROSENBLATT, 2014), é vastamente aceita a perspectiva de que a justiça restaurativa se apresenta como um modelo de justiça cujo foco está nos danos resultantes do crime e, assim, na necessidade de reparar esses danos, dando-se fundamental destaque às partes envolvidas. Com efeito, superando a perspectiva meramente formal do crime como conduta típica, antijurídica e culpável, para a justiça restaurativa, o crime é visto como uma violação a pessoas reais e são essas as pessoas que devem comandar o processo de resolução do conflito (ROSENBLATT, 2015). Noutras palavras, busca-se estabelecer o empoderamento e preservar o protagonismo das partes, propiciando o diálogo entre elas e a construção de uma solução cujo objetivo primordial residirá na reparação do dano, de modo a atender as necessidades delas e a superar a perspectiva fortemente retributiva do sistema de justiça criminal (ACHUTTI, 2014; PALLAMOLLA, 2009).

A respeito da origem do tema, há igual imprecisão, sendo comum a narrativa de que as primeiras práticas modernas de justiça restaurativa ocorreram no fim da década de 70, no Canadá. Depois disso, práticas semelhantes foram sendo identificadas, mesmo que de forma isolada, nos Estados Unidos e na Europa, tendo sido institucionalizadas em alguns países a partir da década de 80. Finalmente, foi nos anos 90 que o movimento restaurativo se espalhou ao redor do mundo e que o termo “justiça restaurativa” passou a ser mais amplamente utilizado para se referir a uma série de programas, implementados já desde da década de 1970, nos quais ocorriam encontros entre vítima e ofensor com o fim de reparar os danos advindos do crime e de promover a reconciliação entre as partes afetadas (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2014).

No Brasil, a expansão da justiça restaurativa tem forte conexão com a crise de legitimidade do sistema penal, ganhando espaço a partir da crítica criminológica a um sistema extremamente problemático, maculado por desigualdades e opressões (ACHUTTI, 2013). No país, o Estado Social deu lugar ao Estado Penal, caracterizado pela ampliação do combate à criminalidade como modo

de solução de problemas sociais, políticos e econômicos, expondo a seletividade do sistema e do processo de criminalização primário e secundário (ZAFFARONI, 2011). Nesse contexto, a função declarada do Estado de prevenir e conter a criminalidade se mostra absolutamente vazia, já que sua atuação é precipuamente seletiva e estigmatizante, se mostrando, no entanto, exitosa no que diz respeito ao cumprimento de sua função real de excluir e marginalizar parcela significativa da população vulnerável, deixando claro o recorte racial, social e econômico de atuação do sistema de justiça criminal (ANDRADE, 2003).

Nesse ínterim, é importante ressaltar que a justiça restaurativa entra no país, em um primeiro momento, a partir de uma literatura e de experiências estrangeiras. Trata-se, assim, de um modelo de justiça importado e, como modelo importado, precisa ser adaptado à realidade local, sobretudo considerando o contexto de violência institucional como o brasileiro (ROSENBLATT; MELLO, 2018). Com efeito, as incertezas em torno da aplicação da justiça restaurativa no âmbito nacional, dentre outras coisas, podem acabar por significar uma forma de ampliação do sistema de justiça criminal, representando um reforço punitivo, e não, o que o modelo efetivamente propõe, uma alternativa penal (ROSENBLATT; FERNANDEZ, 2015).

Dado o exposto, faz-se mister a análise do tema a partir de uma perspectiva crítica local, que considere os aspectos próprios da realidade brasileira – como eles se estabeleceram, suas consequências, e como, até hoje, eles operam –, a fim de avaliar as possibilidades e, sobretudo, os riscos da importação do modelo restaurativo. Para tanto, utilizaremos a crítica decolonial, partindo de conceitos como o de “Colonialidade do Poder” (QUIJANO, 2005; SEGATO, 2014), para avaliar como se operou o colonialismo, e se estabeleceu um novo padrão de poder mundial; como foi possível a classificação social da população mundial a partir do conceito de raça, e como o capitalismo mundial se estruturou; bem como, as consequências desses processos na formação das nações latino-americanas, e seus desdobramentos até a atualidade. Serão vistos sobre uma perspectiva decolonial, também, os conceitos de modernidade e racionalidade (DUSSEL, 2005), buscando superar o eurocentrismo em sua dimensão epistêmica, ou seja, enquanto modo concreto de produção de conhecimentos que reflete o padrão mundial de poder – colonial, moderno, capitalista e europeu.

## **METODOLOGIA**

A presente pesquisa se baseou em revisão bibliográfica acerca dos temas da justiça restaurativa e da decolonialidade.

No que tange à justiça restaurativa, foram revisados artigos científicos, capítulos de livros e livros que abordam o surgimento, desenvolvimento e aplicação da justiça restaurativa, sobretudo no âmbito nacional. Atentando, de maneira comparada, para a produção estrangeira, a fim de verificar se a produção nacional busca uma reflexão própria sobre a realidade brasileira, ou se as pesquisas e discussões acadêmicas sobre justiça restaurativa no Brasil se limitam a revisar a literatura internacional.

Sobre o tema da decolonialidade, também foram revisados artigos científicos, capítulos de livros e livros, nacionais e estrangeiros, com a finalidade de identificar os conceitos relativos ao tema, buscando superar o eurocentrismo na sua perspectiva da colonialidade do saber, para, só então, aplicar os conceitos trazidos pela crítica decolonial na análise do modelo brasileiro de justiça restaurativa, avaliando os riscos da importação de um modelo estrangeiro para um país onde ainda opera fortemente a colonialidade do poder.

## DISCUSSÃO

O Estado Moderno, conquanto produto da aliança do poder burguês e monárquico, apresenta-se como estrutura institucional de poder, e, enquanto tal, requer o estabelecimento de centralização política sobre um território e uma população. Ao passo que o Estado-Nacional se consolidava num processo de “colonização interna”, a América sofria a imposição da dominação colonial, desenvolvia-se assim a estrutura imperialista com os mecanismos típicos da relação colonial (QUIJANO, 2005).

A noção de Estado-Nação remete à homogeneidade, e, para tanto, fazia-se necessária a neutralização do “outro”, sobretudo em contextos como o latino-americano, em que a população local não correspondia ao ideal de modernidade e racionalidade forjado pelo pensamento colonial com a finalidade de justificar as posturas adotadas pelo imperialismo europeu. Para garantir, de forma célere, a homogeneidade necessária ao processo colonial iniciou-se o extermínio do “outro”, se solidificando uma estrutura de poder centrada em um Estado-nação de brancos (QUIJANO, 2005).

É ainda sob o éthos da colonialidade que opera a realidade brasileira, perpetuando e enaltecendo os conceitos que tornaram possível a dominação e extermínio dos povos locais. Nesse sentido a independência da colônia não representou a ruptura com o pensamento colonial, tendo sido estabelecida não pela democratização das relações sociais, mas tão somente pela exclusão massiva de sujeitos, que, ainda que maioria, não compunham o Estado-nação de brancos. Assim, não há de se falar em democratização do Estado moderno, mas, em verdade, em um processo de rearticulação da colonialidade do poder (QUIJANO, 2005), permanecendo a noção de raça como cerne do processo de dominação do outro, uma vez que foi utilizado como o critério fundamental para a distribuição de papéis e lugares na sociedade, inclusive no que toca a divisão do trabalho. Nesse contexto o capitalismo mundial tomava forma, ganhando corpo graças à colonialidade e seus elementos, sendo o critério de divisão racial fundamental para sua consolidação, para tanto, raça e divisão do trabalho se associavam de modo a se reforçarem mutuamente.

A modernidade e a racionalidade europeias compunham um modelo ideal a ser seguido pelo resto do mundo, nessa perspectiva a trajetória humana partia da barbárie rumo ao exemplo da “civilização” europeia, numa perspectiva evolucionista. A Europa se estabelecia, pois, como centro do mundo, travando uma cruzada em que levaria “modernidade” aos “bárbaros”, para tanto estabelecerem um confronto Europa (ocidente, civilizado, científico, racional, moderno) X resto do mundo (oriente, primitivo, mágico/mítico, irracional, tradicional), em suma, se tratava de um embate do mundo europeu contra o não-europeu, e, desse modo, dois importantes aspectos da colonialidade eram introduzidos, o evolucionismo e o dualismo. Se estabelecia a colonialidade do saber, e com ela se reprimia as formas de conhecer, expressar e produzir dos povos colonizados, bem como seus padrões, seu universo simbólico, e suas subjetividades. Sua cultura era vista como primitiva, e os povos nativos foram forçados a aprender parte da cultura dos dominadores no que fosse necessário para a manutenção da relação de dominação colonial. O eurocentrismo se estabelecia com todo os elementos necessários a manutenção das estruturas de poder dominantes (branca, europeia, moderna, racional e capitalista).

Se estabelecia o positivismo como cultura (MALAGUTI, 2016) tendo sido amplamente assimilado pelas elites locais a serviço da manutenção das estruturas coloniais, ainda que isso significasse reeceptar um conjunto de ideias que depreciavam e legitimam a dependência do próprio país, e, por conseguinte, sua própria subserviência. Aplicado à criminologia, o positivismo representará “uma máquina de subjetivação que verticaliza e objetifica tudo e todos” (MALAGUTI, 2016, P. 299), a internalização de tal perspectiva resulta em uma naturalização das violências e

violações sofridas pelos “outros”, bem como em uma supervalorização da pena como forma de solução de conflitos e pacificação social. O positivismo definiu a forma de estruturar o poder punitivo e seus mecanismos, justificando seus absurdos através de um discurso revestido de cientificidade.

O positivismo foi fundamental para difundir a inferiorização dos povos “não-europeus”, sendo peça fundamental na dominação. No entanto, essa classificação foi se modificando à medida que as sociedades se tornavam mais complexas e surgiam novas necessidades de dominação e exploração, bem como surgiam novas justificativas para tanto. E, desse modo, de inferiorizado, o povo passa a patologizado, a discriminado, e, por fim, criminalizado, num contínuo que recobra a estrutura colonial.

Nesse panorama se edifica o Sistema de Justiça Criminal, se apresentando como mais um mecanismo de controle social e de perpetuação das estruturas trazidas pela colonialidade. É o SJC peça chave no processo de criminalização, que ultrapassa a dogmática penal, contando com a ajuda de instituições do controle formal e dos mais diversos mecanismos de controle social informal. Há de se falar, pois, em um macrosistema penal formal, em constante diálogo com os mecanismos informais, e com os sujeitos sociais, sejam eles operadores diretos de tais instrumentos, ou sejam enquanto senso comum, compondo, assim, a dimensão ideológica do SJC (ANDRADE, 2004). Destarte, o SJC *strictu sensu* é fundamentado a partir de conceitos como o de raça, a ideologia capitalista, o patriarcado, e, ao mesmo tempo em que é legitimado por eles, os legitima, reproduzindo mecanismos de controle e operando, pois, sob uma lógica ainda colonial.

O SJC trabalha de modo que suas funções declaradas justificam a existência das funções não declaradas, estabelecendo uma relação de modo que sua eficácia simbólica sustenta sua eficácia instrumental invertida, ocorre que as funções declaradas apresentam uma eficácia tão somente simbólica, por não poderem ser cumpridas, conquanto suas funções não declaradas, ou reais, apresentam a chamada eficácia invertida, não só distintas mas também contrárias às declaradas (ANDRADE, 2004). O SJC, então, não combate a criminalidade protegendo bens jurídicos e gerando segurança, com efeito ele trabalha construindo-a de forma seletiva e estigmatizante, (re)produzindo, através do etiquetamento, as desigualdades de raça, classe e gênero já enraizadas numa sociedade marcada pelo poder colonial e seus instrumentos.

É possível, portanto, pontuar que a seletividade se apresenta como a real função do SJC, e, nesse sentido, por operar a partir da marginalização e criminalização de sujeitos, é que ele estabelece quais os possíveis atores do fato criminalizado, sendo o encarceramento em massa de homens negros e pobres a mais clara expressão de um SJC seletivo, injusto e estigmatizante, revelando que o processo de criminalização é seletivo e estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social (ANDRADE, 2004), não havendo que se falar em criminalidade, ou sobre “fato criminoso”. De desigual forma é distribuída a vitimação, assim, o *status* de vítima só pode ser atribuído a determinado estereótipo também construído a partir de um senso comum forjado por um conjunto de referências eurocentradas.

Diante do quadro acima exposto fica evidente o quão problemática é a permanência de tais estruturas na sociedade brasileira, fazendo-se necessárias profundas desconstruções acerca de temas como a cultura do positivismo, e os mecanismo de manutenção da colonialidade, a começar pelo poder punitivo e o sistema penal. É sobre essa problemática que se debruçam estudos como a Criminologia Crítica, a Vitimologia e os Abolicionismos Penais, de modo a explicitar as inúmeras violações praticadas pelo SJC, e, eventualmente apontar caminhos em substituição ao direito penal.

Os conceitos de Justiça Restaurativa são bastante difusos, passando pelos mais restritos, nos quais a JR se aplica apenas a crimes, aos mais amplos, em que a JR se aplicaria aos mais diversos temas (CNJ, 2018). No entanto, apesar da profusão conceitual, é possível apresentar a temática como sendo um modelo de justiça cujo foco não está na retribuição, mas na efetiva reparação, quando possível, dos danos eventualmente produzidos pela conduta, recobrando às partes o seu protagonismo na solução do conflito. Nesse sentido, preconiza um dos conceitos mais difundidos que a Justiça Restaurativa é “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro” (MARSHALL, 1996, p.37).

Em razão dessa pluralidade conceitual, as discussões acerca do tema orbitam muito mais em torno dos seus fundamentos, princípios e manifestações (CNJ, 2018), sendo possível, pois, concluir que a JR apresenta um conceito não só aberto, como fluido, e, assim como suas práticas, está em constante transformações, sendo, desse modo, constantemente renovado e desenvolvido com base nas experiências restaurativas (PALLAMOLLA, 2009).

O modelo restaurativo de justiça prevê a inclusão das partes na resolução do conflito, de modo que, por meio de um processo informal, em que as partes fiquem confortáveis, possa se estabelecer um diálogo para efetiva reparação do dano. Tal experiência, baseada em uma prática dialogal apresenta potencialidades inclusive no que diz respeito a reparação de danos emocionais (CNJ, 2018), sendo também um grande diferencial, uma vez que no tradicional sistema de justiça há um “sequestro” do conflito, restando a vítima apenas o papel de eventual testemunha, sendo os demais espaços de fala do processo dados a profissionais que falam em nome do Estado. No entanto, esse empoderamento da vítima a partir do seu reconhecimento no processo não corresponderá a redução dos direitos do acusado, pelo contrário, a JR prevê também espaço para ele, sendo a prática restaurativa uma forma construtiva de lidar com ambos, bem como com o fato e os danos dele provenientes (ROSENBLATT, 2015).

Ainda que as potencialidades sejam inúmeras, é importante cautela ao introduzir práticas restaurativas no contexto brasileiro, uma vez que as primeiras produções literárias sobre o tema, bem como as primeiras experiências, são estrangeiras, tendo a justiça restaurativa significativo prestígio em países europeus, que já possuem certa vivência com a temática (ROSENBLATT; MELLO, 2018). No entanto, ainda que o número de pesquisadores, mediadores, entusiastas, e incentivos às práticas restaurativas venham aumentando no Brasil, é preciso prudência no uso da JR em um contexto em que se opera a partir de uma lógica seletiva e excludente, e em que os mecanismos de controle social e instituições funcionam como estruturas que não apenas possibilitam, como legitimam a manutenção de uma ordem perversa, centrada na colonialidade e seus elementos, uma vez que há possibilidade da prática restaurativa se desvirtuar ao ser aplicada sem a devida atenção aos seus fundamentos e valores, de modo que possa perder sua essência por ser aplicada dentro do SJC, e não como uma alternativa a ele, ou que funcione como mero reforço punitivo ou como mecanismo de mera manutenção das estruturas já existentes.

De pronto, no Brasil, a JR encontra considerável obstáculo no Processo Penal pátrio: o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da Ação Penal Pública. Os consagrados princípios impõem ao Ministério Público o dever de apresentar denúncia relativa a crime do qual tenha notícia e elementos suficientes a justificarem o início do processo, não podendo dele desistir uma vez que proposto. Assim, ainda que um modelo alternativo tenha sido adotado pelos atores envolvidos na questão e que eventual solução e/ou reparação tenham se constituído, o processo penal e o sistema de justiça criminal continuarão atuando no caso, apresentando suas violentas soluções habituais.

Com efeito, pesquisas realizadas pela Universidade Católica de Pernambuco (CNJ, 2018) e pela Funjab- UFSC (CNJ, 2018) apontam as características da aplicação da JR no contexto nacional, indicando que: a) o tema ainda é, de modo geral, pouco conhecido, o que gera insegurança e equívocos quanto ao que seria a Justiça Restaurativa e suas potencialidades no tratamento dos mais diversos conflitos que chegam ao judiciário; b) a preocupação de que as práticas restaurativas sejam aplicada a partir de uma imposição do CNJ de “cima para baixo”; c) sem que tenha havido a devida capacitação de facilitadores; d) a seleção de quais condutas e sujeitos ingressam em procedimentos restaurativos passa pela discricionariedade dos velhos atores do Sistema de Justiça Criminal, o que acaba por esvaziar importantes características da JR, quais sejam, a autonomia da partes e a voluntariedade na escolha da Justiça Restaurativa como forma de resolver o conflito e o empoderamento da vítima, que recobriria o protagonismo e o espaço de fala no processo que é expropriado pelo Estado no Tradicional Sistema de Justiça; e) a escolha pela JR não causa impacto nos processos criminais que continuam a tramitar, apresentando os tradicionais e já conhecidos desfechos; f) a aplicação de diversas Justíças Restaurativas, baseadas e voltadas para aplicações práticas, apresentando algum déficit de fundamentações teóricas mais profundas; g) influência etnocêntrica na tradução judicial da JR.

Acerca das influências etnocêntricas no processo de tradução da Justiça Restaurativa brasileira é possível pontuar que as práticas restaurativas nacionais não se limitam à mera reprodução das euroamericanas, mas sim de um processo de construção e (re)criação a partir de uma combinação de elementos estrangeiros e locais (CNJ, 2018). O fato de inexistir uma teoria restaurativa universal, e por se tratar de um conceito aberto, em constante (trans)formação, permite a construção enérgica das práticas locais, pautadas em escolhas moldadas invariavelmente por sujeitos, instituições e contextos. Daí se falar em uma construção nacional de práticas restaurativas, sendo, sobretudo, a marca do Poder Judiciário aquela que vem sendo impressa nas práticas locais, à forjar uma Justiça Restaurativa Judicial e não constituir uma alternativa exterior à tradicional práxis jurídica nacional.

Tal contexto, somado ao arcabouço teórico utilizados nas práticas vigentes no país, que mescla saberes acadêmicos e empíricos, nacionais e estrangeiros, tanto da teoria restaurativista quanto de outras áreas (direito, psicologia, serviço social, comunidade), em diálogo muitas vezes com (pre)conceitos e teorias do senso comum (CNJ, 2018), compõe os projetos restaurativos vigentes no país.

É fato que a aplicação da JR no país vem em muito da aplicação dos chamados círculos de paz e da autocomposição na resolução de conflitos, valorizando responsabilização e prevenção sob uma lógica que busca saídas à crise de legitimidade do SJC, em muito norteadas pelos princípios da celeridade e economia processual. O que é, em si, bastante problemático, visto que a aplicação da Justiça Restaurativa nesses moldes tende a apartá-la de seus princípios fundantes, descaracterizando-a, e transformando-a em mais um mecanismo jurídico de responsabilizações, tratada na mesma lógica de “justiça em linha de montagem” em que opera o tradicional sistema de justiça (ROSENBLATT; VALENÇA, 2015).

No entanto, é preciso cautela ao analisar a JR que vem sendo construída a partir dos mais diversos saberes, das teorias clássicas à empiria, passando pelo senso comum e eventualmente até mesmo por misticismos. Sob lentes etnocêntricas eurocentradas poderíamos cunhar as práticas aqui desenvolvidas como não-restaurativas, descaracterizando os programas em curso, e localizando-os em lugar distinto da Justiça Restaurativa, possivelmente inferiorizando-os quando comparados aos programas de JR já em progresso no norte global.

Despida de lentes colonizadas (e colonizadoras) é importante perceber a tradução da Justiça Restaurativa no contexto local como resultado também das marcas identitárias regionais

impressas em uma teoria do norte. O que seria, à princípio, bastante profícuo, visto que não se estaria fazendo mera reprodução de práticas estrangeiras sem quaisquer adequações à realidade nacional, recobrando a colonialidade do saber e a mera reprodução do conhecimento produzido em realidades distintas e que não levam em conta a historicidade latino-americana, o processo de colonização, escravização e os seus cruéis mecanismos remanescentes, se mostra, em verdade, também problemático, posto que, a descaracterização da JR e o distanciamento de seus princípios acabam por transformá-la em mais um mecanismo de controle, e, portanto, um reforço ao sistema punitivo, visto que, ainda que não se fale em aspectos retributivos na JR, paralelamente às práticas restaurativas se desenvolverá o processo criminal, estando, desse modo, associada (e não dissociada, como era esperado) ao SJC, podendo facilmente ser maculada pelas perversas práticas racistas e classicistas desse, representando também um *continuum* das estruturas coloniais.

Destarte, a JR e suas inúmeras potencialidades, quais sejam, a autonomia das partes, o empoderamento da vítima e a escuta de suas demandas, a sua lógica informal e dialogal permitindo aos atores a compreensão mais aprofundada do conflito e das questões a ele adjacentes, possibilidade de reparação efetiva de danos (inclusive emocionais), por exemplo, apresentam-se como importante alternativa às práticas seletivas e estigmatizantes do Sistema de Justiça Criminal. No entanto, para o efetivo aproveitamento das potencialidades restaurativas é de fundamental importância diferenciar o tradicional modelo de justiça e a Justiça restaurativa, localizando-os em local distinto, e atentando para uma aplicação que considere regionalismos, mas que não desvirtue os princípios restaurativistas.

## CONCLUSÃO

Dado o exposto, é possível concluir que a estrutura colonial opera no Brasil de modo que perpetua uma história de extermínio de povos nativos e de escravos, fazendo uso para tanto de teorias revestidas de cientificidades e baseadas em posturas eurocentradas. Nesse processo, o SJC apresenta-se como figura chave, uma vez que permite a continuidade de um projeto de extermínio e exclusão de determinadas sujeitos sociais através de constantes violações e violências perpetradas contra uma maioria negra e pobre.

Nesse panorama, a JR se apresentaria como importante instrumento de ruptura com as tradicionais formas de lidar com os conflitos que hoje passam pelo sistema punitivo. Entretanto, faz-se mister a apresentação das práticas restaurativas como uma opção que rompe com as estruturas estabelecidas, localizando-as em lugar distinto do tradicional sistema de justiça, pois, diante da força da colonialidade e de seus elementos (raça, classe, gênero) a aplicação negligente da Justiça Restaurativa pode acabar por retirar dela suas potencialidades, transformando-a em um reforço punitivo.

Ademais, no que tange a aplicação de lentes decoloniais na análise da JR, é possível pontuar que as traduções (por tradução não se pode compreender como mera transposição da teoria e prática estrangeiras, mas sim o traslado das teorias do norte global para o sul, adequando-as) empreendidas pelos projetos brasileiros têm importante função, uma vez que consideram as múltiplas realidades locais, e que, a JR, enquanto conceito aberto, em constante construção, permite a construção conjunta de teoria e práxis, desembocando em um alinhamento dos projetos em vigência com as realidades nas quais eles estão inseridos, não deixando de considerar as particularidades de um contexto como o latino-americano, bem como a forma em que operam as instituições nacionais, e, tampouco, esquecendo que é sob o ethos da colonialidade que é ainda regida a realidade brasileira.



Por outro lado, é imperativo que tal tradução não implique em um distanciamento dos princípios fundantes da Justiça Restaurativa, de modo que as (re)construções a que ela esteja sujeita não signifique a incorporação de um modelo alternativo e promissor pelas velhas (e mesmas) práticas do tradicional Sistema de Justiça Criminal. Fazendo-se mister a localização da JR em ponto distinto, buscando efetivá-la como alternativa transformadora, e não como mero reforço ao sistema punitivo e (re)produção de suas recorrentes práticas nefastas.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, D. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. **Civitas**, v. 13, n.1, p. 154-181, 2013.
- ACHUTTI, D; PALAMOLLA, R. Justiça Restaurativa. In: AZEVEDO, R; RATTON, J. L; DE LIMA, R. **Crime, Polícia e Justiça No Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 436 a 449.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 48, p.260-290, maio/jun. 2004
- BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: v.8, n.2, maio-agosto, p. 293-307.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **British Journal of Criminology**, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário**. Relatório Final. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa>. Acesso em 01/02/2019.
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário**. Relatório Final. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa>. Acesso em 12/06/2019.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 107–130.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária. In: Wanderley Rebello Filho; Heitor Piedade Junior; Ester Kosovski. (Orgs.). **Vitimologia na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 84-96.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em Busca das Respostas Perdidas: Uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: Gisele Mendes de Carvalho; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato; Felix Araujo Neto. (Orgs.). **Criminologias e Política Criminal II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 443-467.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; FERNÁNDEZ, Daniela Bolívar. Paving the way toward a “Latin” restorative justice. **Restorative Justice**, v. 3, p. 149-158, 2015.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Criminology in Brazil: Beyond “Made in the North” Criminological Narratives. In: TRIPLETT, Ruth Ann (Org.). **The Handbook of the History and Philosophy of Criminology**. Oxford: Wiley Blackwell, 2018, p. 345-359.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; VALENCA, Manuela Abath. Saídas Restaurativas para uma Justiça em Linha de Montagem. In: Luciano Oliveira; Marília Montenegro Pessoa de Mello; Fernanda Fonseca Rosenblatt. (Orgs.). **Para além do Código de Hamurábi: estudos sóciojurídicos**. Recife: ALIDI, 2015, p. 203-214.

SEGATO, Rita Laura. La perspectiva de la colonialidad del poder. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (Orgs.). **Aníbal Quijano: Textos de Fundación**. Buenos Aires: Del Signo, 2014, p. 15-43.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

# PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A LEI MARIA DA PENHA: UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

**Marcela Ferraz Macieira**

Mestranda em Criminologia (FDUP). Pesquisadora voluntária do Grupo Asa Branca de Criminologia (PIBIC/UNICAP).

**Renata Soares Ramos Falcão**

Graduanda em Direito (UNICAP). Pesquisadora voluntária do Grupo Asa Branca de Criminologia (PIBIC/UNICAP).

## JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO ALTERNATIVA POSSÍVEL

A possibilidade de transformar o sistema de justiça penal brasileiro é uma ideia, no mínimo, interessante, e essa pode ser uma das consequências da aplicação da Justiça Restaurativa, se trazida à realidade nacional – o que, vale ressaltar, não se confunde com a intenção de “salvar” o sistema ou milagrosamente resolvê-lo, mas tão somente provoca a abertura de um novo caminho a ser possivelmente trilhado. Nessa esteira, um modelo restaurativo não pode ser interpretado de forma apartada da realidade do país, sendo necessária uma adequação que vai além da simples tradução literal da literatura estrangeira e das próprias práticas restaurativas já existentes em outros contextos. Assim, como ponto de partida, é forçoso o questionamento: no que, então, consiste a denominada Justiça Restaurativa?

É difícil encontrar uma resposta definitiva à questão, mas é de grande relevância ao menos tentar fazê-lo, a fim de se evitar uma lógica tão abrangente ao ponto de esvaziar em si mesma. Tem-se, então, que, enquanto a Justiça Retributiva tem por finalidade a punição do infrator da norma, a Justiça Restaurativa propõe que haja uma restauração ao dano causado à vítima, dando a esta mais voz e adequando-se melhor à concretude de cada caso. Rosenblatt (2015, p. 89), ao falar de justiça restaurativa, aponta para a existência de um efetivo engajamento das partes, por meio de um processo inclusivo capaz de desembocar em um plano de reparação ao mal causado.

Desde a Lei 11.340 de 2006, denominada Lei Maria da Penha, um dos pontos mais bem vistos pelo senso comum é o fato dessa legislação buscar acabar com o imaginário social povoado pela privatização dos conflitos de violência doméstica. Com a edição da referida Lei, é evidente o movimento jurisprudencial no sentido de dificultar a possibilidade de retratação da vítima; ou seja, a mensagem é clara: o conflito é cada vez menos dela e mais do Estado. Dessa forma, tendo em vista que a Justiça Restaurativa, segundo Achutti (2014), é um modelo de justiça que se preocupa menos com os prejuízos estatais resultantes de um delito e mais com a vítima e o dano sofrido, nota-se que práticas restaurativas podem ser uma forma de “devolução do conflito às partes”, que têm o conflito “roubado pelo Estado” no modelo de justiça tradicional.

A devolução do conflito às partes não se trata de voltar à estaca zero, retomar a privatização dos conflitos de violência doméstica, com o famoso “entre marido e mulher ninguém mete a colher”. Longe disso. A devolução consiste, principalmente, em dar voz a essa vítima, que para além da sua proteção consolidada em Lei, ela também seja ouvida em suas reais necessidades.

Em inúmeras circunstâncias, vítimas em um processo criminal referente à violência doméstica têm demonstrado que não almejam que seu companheiro ou ex-companheiro seja preso, principalmente quando dependem financeiramente dele ou possuem filhos em conjunto. Ao ingressar com o processo, não raras vezes a real intenção das vítimas é a concessão das

medidas protetivas, vez que tais medidas buscam, através da força estatal, impedir a reiteração das violências.

Em contraponto, as medidas de proteção sempre são acompanhadas da intervenção penal, pois quando o processo se tem por encerrado ou é interrompido, também cessam as medidas protetivas, de modo que o Estado protege apenas as vítimas que permitirem essa atuação punitiva. Destarte, a Lei Maria da Penha acaba por ser positiva no apoio necessário às mulheres, mas falha ao condicionar essa proteção ao início do processo penal, afastando da vítima uma possibilidade de proteção se não for acompanhada de tal condicionante.

No atual quadro do sistema de justiça criminal, é flagrante o descaso com a vítima, que, na prática, se confunde com a testemunha, apesar da distinção entre tais figuras prevista do Código de Processo Penal. Mello e Rosenblatt (2015, p. 101) chamam atenção à questão do Direito simplificar o conflito, sem levar em conta os laços afetivos – aspecto essencial nos casos de violência doméstica. Assim, a justiça criminal é incapaz de alcançar as nuances complexas desses casos, sendo somente capaz de oferecer duas respostas: condenação ou absolvição, as quais, em ambos os casos, são insuficientes para solucionar o ocorrido.

A justiça restaurativa, por sua vez, surge como uma potencial alternativa ao modelo tradicional de justiça retributiva e opta por uma abordagem reparativa em detrimento à punitiva, com a proposta de melhor atender a demandas das vítimas de violência doméstica. Justiça essa que não afasta a responsabilização dos atos do ofensor, mas que busca ouvir as partes envolvidas no conflito, desde que voluntariamente desejem integrar as práticas restaurativas.

Um achado comum dentre as pesquisas estrangeiras revisadas é que as práticas de justiça restaurativa possuem o potencial de empoderar a vítima de violência doméstica, principalmente porque o processo restaurativo, de lógicas informais e dialogais, cria um ambiente que proporciona a escuta qualificada das vítimas (CNJ, 2018).

Tem-se, então, a justiça restaurativa como possível alternativa a se ter em mente para sanar alguns dos atuais problemas do processo penal nos casos de violência doméstica (a exemplo da revitimização provocada pelo Sistema). É importante sublinhar que tal alternativa não aparece como resposta mágica, mas sim, neste momento, como uma instigação, a fim de suscitar uma realidade diferente e levantar questionamentos que fogem dos caminhos já percorridos. Para tanto, fez-se o uso de literatura estrangeira em busca de potenciais ferramentas, não a fim de importá-las, mas sempre com a intenção de manter a mente aberta ao novo em busca de dispositivos restaurativos já implementados em outros países.

## **DISCUSSÃO ACERCA DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS IMPLEMENTADAS NO ESTRANGEIRO**

A partir, principalmente, dos relatórios emitidos pela Comissão Europeia de mapeamento de práticas restaurativas em casos de violência doméstica (DROST et al., 2015; LUNNEMANN et al., 2015) e do texto “Structured & unstructured restorative justice: the case of violence against women”, de Gavrielides (2017), foi possível inferir que o método de mediação vítima-ofensor é a prática restaurativa basilar em tais casos. Essa metodologia é especialmente benéfica aos casos de violência doméstica, visto que é capaz de gerar empoderamento às vítimas.

Gavrielides (2017) apresenta dois modelos de justiça restaurativa para os casos de violência doméstica: um primeiro denominado *modelo estruturado*, que seria dentro do mecanismo e da lógica já existentes do “sistema penal lato sensu” (prestação de justiça, instituições educacionais, mídia, políticos, etc). O segundo modelo é o chamado *modelo não estruturado*, que diz respeito a uma lógica informal de prestação de justiça. Nesse modelo, é

reconhecida a incapacidade da norma em abranger todos os aspectos do dano ocorrido. O caso é que, em ambos os modelos, o autor admite que haverá o desequilíbrio de poderes (no primeiro caso, em razão de instituições e no segundo, dentre representantes da comunidade e entre as partes). Para que se encontre efetividade na prática restaurativa, é, portanto, imprescindível a constante tentativa de reequilíbrio de poder.

Percebe-se que esse equilíbrio (ou a falta dele) deve ser manejado pelo mediador durante os encontros restaurativos e, em razão disso, a escolha de quem mediará a prática restaurativa é de extrema relevância. Na Finlândia, é sabido que a maioria dos mediadores são pessoas leigas que serão treinadas e, no caso de violência doméstica, receberão um treinamento especial (prático e teórico) de 6 dias e devem já ter se envolvido com mediações anteriores mais “leves”, por assim dizer. Além disso, dois mediadores devem trabalhar juntos no caso, e o ideal é que seja uma mulher e um homem. Já no Reino Unido, é dada à vítima a escolha do sexo dos mediadores, o que pode ajudar nos casos de desequilíbrio extremo, visto que a vítima poderá solicitar duas mediadoras.

Uma pesquisa realizada no Reino Unido, destaca o potencial de empoderamento das vítimas, mas, por outro lado, também alerta para a escassez de programas desse tipo no Reino Unido e a falta do devido apoio e reconhecimento governamental. Quanto aos possíveis riscos, o coordenador da pesquisa (Gavrielides, 2015; 2017) atenta acerca das discussões do uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, de modo que não se pode ignorar as questões em torno da desigualdade de gênero, da posição da mulher nos sistemas de justiça criminal tradicionais, nem se pode deixar de indagar se os procedimentos restaurativos, na prática, podem mudar o tratamento judicial reiteradamente dispensado às vítimas no processo.

No Reino Unido, apesar do movimento feminista e do governo demonstrarem resistência à Justiça Restaurativa (Drost et al., 2015; Lunnemann et al., 2015), quando esta é comparada com as práticas do sistema de justiça tradicional, se mostra muito mais apta a combater a vulnerabilidade social que caracteriza a maioria das vítimas de violência doméstica.

Em muitos países há pré-mediações, que são essenciais para avaliar o nível de (des)equilíbrio de força do casal e analisar se a mediação de fato é cabível. Na Áustria, a pré-mediação é feita por meio de um encontro separado com a vítima e outro com o ofensor. Pode-se pensar que a pré-mediação é desnecessária, mas, ao contrário: “Muitas vítimas na Áustria reportaram que a parte mais importante das mediações tem sido as conversas com as mediadoras do sexo feminino durante os encontros de preparação (pode haver mais de um encontro)” (LUNNEMANN, 2015, p. 15).

Um problema central que pode surgir a respeito do papel do mediador e que traz insatisfação aos participantes é que nem todos os problemas são discutidos durante a mediação. Na Dinamarca, por exemplo, ocorreu um caso em que o encontro se perdeu na fala do ofensor acerca da custódia do filho, enquanto que a vítima queria falar sobre a violência que havia ocorrido. Esse tipo de insatisfação diz respeito ao papel do mediador dentro da mediação e no balanceamento que deve ser feito dos papéis das partes durante o encontro.

Em relação aos possíveis aspectos negativos que podem ser suscitados nas sessões de mediação, a partir da leitura do *“Restorative justice in cases of domestic violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs”*, foi possível atentar ao fato de que, no processo restaurativo, a violência praticada pelo ofensor pode acabar sendo abordada como algo banal e não como um crime, o que minimizaria o real abuso sofrido, podendo levar à revitimização. Essa “banalização da violência”, que leva a uma visão que minimiza o dano, é um risco mesmo quando se tem a participação das comunidades no

processo, haja vista a cultura machista, o que somente intensifica a revitimização da mulher. Ao se comparar o modelo criminal de justiça com a pretensão restaurativa, é evidente que o modelo restaurativo propõe a informalidade, o que, erroneamente, pode criar uma atmosfera que gere certa “desqualificação” da violência exercida pelo ofensor sobre a vítima, como se o ocorrido fosse menos grave do que de fato foi, quando, na verdade, a Justiça Restaurativa pretende o contrário, ou seja, responsabilizar, efetivamente, o agente.

Ademais, o mesmo texto menciona a crítica que, em termos simbólicos, a Justiça Restaurativa traz consigo um tom de “reprivatização” da violência doméstica, o que, principalmente aos olhos de grande parte do movimento de luta por direitos das mulheres, é visto como um grande retrocesso. O movimento feminista bem como o governo britânico revelam-se temerosos quanto às práticas restaurativas, porém ambos admitem que, comparadas ao sistema de justiça convencional, elas (as práticas restaurativas) possuem maior competência de combate à vulnerabilidade social que caracteriza vítimas de violência doméstica.

Um ponto negativo mencionado, ainda na pesquisa de Drost (2015), é que a mediação vítima-ofensor é algo pontual e não um acompanhamento durante um longo período. Assim, mesmo que o combinado no fim da mediação seja algo contínuo, como uma terapia para dependência alcoólica, a repercussão não seria a mesma que o efeito de um ato proferido por um juiz. Dessa forma, a falta de continuidade e acompanhamento do processo, bem como a seriedade com que se levaria o resultado são pontos relevantes. Contudo, é evidente que as decisões judiciais são heterônomas, o que significa uma imposição de um terceiro, sem que haja participação direta das partes na decisão do que será proferido pelo juiz, havendo, num primeiro olhar, maior chance de descumprimento da decisão, diversamente do que ocorre na mediação, em que o resultado será obtido de forma autônoma: se impõe pelas partes para as partes, partindo delas para elas.

Além dos argumentos citados acima contra a Justiça Restaurativa, há também os trazidos por Gavrielides (2017) ao observar a Diretiva das Vítimas (Diretiva 2012, 29, do Parlamento e Conselho Europeus), a qual estabelece padrões mínimos de proteção da vítima de crimes. Gavrielides aponta que tal Diretiva foi introduzida com o objetivo claro de implementação da Justiça Restaurativa por meio de uma estrutura de legislação e controle governamental, o que se traduz numa estrutura “de cima para baixo”.

A Diretiva parece desconhecer a essência da justiça restaurativa enquanto algo nascido do modo de ser da comunidade, devendo ser adaptável a cada região e a cada circunstância em concreto. É temerário para muitos que as práticas restaurativas se tornem monopólio estatal, como gradualmente vem sendo; de acordo com um participante de um grupo focal da pesquisa, as implementações das práticas restaurativas têm sido feitas na Europa a partir do governo por meio de estruturas “do alto”.

Também houve preocupação com o fato de que o ideal seria primeiro mudar a cultura de justiça criminal antes da implementação da Diretiva. Contudo, o autor aponta que é questionável se uma legislação (como o é a Diretiva) seria capaz de levar a implementação de volta a sua direção original, tendo em vista que os artigos da Diretiva estimulam a uniformização e regulação estrita da Justiça Restaurativa, como se Justiça Restaurativa fosse parte do mesmo sistema que o Estado é dono e controla. É, assim, negligenciada a natureza própria da Justiça Restaurativa enquanto intervenção não-estatal, fora do campo tradicional de promoção de justiça. Contudo, o autor ressalva que isso não significa a impossibilidade da prestação restaurativa em paralelo ao sistema tradicional, mas tão somente que a estrutura pela qual essa prestação se dará não deve ser a mesma que a da justiça tradicional.

Segundo o autor, deve-se sempre levar em conta a base comunitária da Justiça Restaurativa. Legislações por si só não serão suficientes; serão necessários debates inclusivos. Também no tocante à transmissão de informação acerca do tema e, mais especificamente, em relação à informação acerca da aplicação ao caso concreto, a partir das pesquisas analisadas constatou-se que participantes, exceto austríacos e finlandeses, relataram sentir que poderiam ter recebido mais informação sobre o que exatamente é a mediação e o que se deve esperar dela.

Fornecer informação clara durante todo o processo é de extrema relevância para as partes. De acordo com o segundo texto, na Holanda, muitas vítimas afirmaram que gostariam de ter recebido mais informação antes da mediação ocorrer; houve, inclusive, um casal que não sabia que estava sendo encaminhado para uma mediação, o que demonstra o nível de desinformação a que se pode chegar e inevitavelmente afetará todo o processo restaurativo.

Já em termos de pontos “pró” Justiça Restaurativa, é notável que os modelos restaurativos buscam atender com maior eficácia às necessidades reais das vítimas e geram empoderamento. Nesse sentido, nota-se que há um abismo entre o que o sistema de justiça criminal tradicional busca e o que as vítimas desejam. Sendo assim, as práticas restaurativas surgem como uma alternativa que pode ser uma resposta mais adequada para o que a vítima precisa. Ademais, a Justiça Restaurativa é um modelo de justiça que dá voz à mulher para compartilhar o que ocorreu e oferece a ela participação direta na resolução do conflito, o que gera um empoderamento, diferentemente do que ocorre no sistema de justiça convencional, no qual as partes, que buscavam assistência e proteção, acabam silenciadas dentro do processo.

Outro ponto positivo em relação à Justiça Restaurativa e trazido na Pesquisa Drost et al. (2015) é que durante o encontro restaurativo o ofensor escutaria a vítima e seus sentimentos, o que poderia gerar maior senso de empatia e, conseqüentemente, maior responsabilização por parte do ofensor. Além disso, pelo diálogo aberto que a mediação proporciona, é possível que após o processo o casal consiga reparar a relação e reconstruir o respeito um pelo outro ou até decida que o melhor a ser feito é se divorciar. De qualquer forma, é imprescindível que a conclusão chegada pelos participantes da mediação seja respeitada por todos, principalmente pelo mediador, que não deve, por exemplo, “em nome de um sentimento nobre de união” buscar convencer as partes a ficarem juntas numa tentativa falha de perpetuação forçada das estruturas tradicionais familiares.

Em termos de metodologias que se verificaram interessantes, a pesquisa atentou ao método denominado “*mixed double*” (desenvolvido pelo serviço de mediação austríaco Neustart) em que há em quartos separados, mas simultaneamente, uma reunião da vítima com um mediador e outra do ofensor com outro mediador. Nessas reuniões, cada uma das partes contará ao seu mediador sobre sua história e o seu ponto de vista. Depois, os dois mediadores e as partes se encontram para a sessão de mediação e então ocorre o momento do “espelhamento de histórias”, em que os mediadores falam o que ouviram durante as conversas individuais com as partes. Após os mediadores terminarem de espelhar suas histórias, a vítima e o ofensor podem corrigi-los se necessário e então começa a troca de percepção e expectativas. A junção do método “*mirror of stories*” com o fato de serem dois mediadores, um homem e uma mulher, faz da Áustria um país singular em termos de desenvolvimento de resolução de conflito em casos de violência doméstica.

No que tange ao *Follow Up* restaurativo, apenas na Áustria e na Finlândia há um procedimento organizado - e que, vale dizer, é bem visto -, mas algumas vítimas afirmaram desejar que o período fosse mais longo. Na Finlândia, durante a mediação, as partes têm a oportunidade de decidir se querem ou não o *Follow up*, que pode acontecer após 2 semanas ou 2 a 3 meses, tanto por telefone quanto pessoalmente. Pode ocorrer que o comportamento violento

retorne e então o *Follow up*, de acordo com a pesquisa de Lunnemann (2015), contribui para a proteção da vítima, pois o ofensor evitará o conflito por saber que está sendo monitorado.

Já em se tratando de um “período de supervisão”, apenas a Grécia, dos países analisados, possui um período fixo de três anos após o acordo proveniente da mediação. Durante os três anos, o julgamento está “em pausa” e depende do cumprimento do prometido na mediação. Se o ofensor descumprir o acordo dentro do prazo de três anos, voltará ao julgamento como se não tivesse havido mediação. A Áustria, Finlândia e Reino Unido aceitam “períodos de observação” após o acordo, mas não é obrigatório. Vale ressaltar que o consentimento da vítima e a possibilidade de desistência são condições presentes em todos os sistemas legais.

Outra questão é a respeito da efetividade das práticas e a dimensão dos impactos causados nas vidas das vítimas e autores. Tendo em vista se tratar de uma reparação de dano que parte dos participantes e é imposta por eles a eles, e voluntária (não obstante haver incentivos), é de se esperar que seus resultados se demonstrem mais efetivos. Apesar disso, é de salutar importância que, mesmo após as sessões e finalmente se ter chegado a um denominador comum quanto à resposta a ser dada ao conflito, haja um acompanhamento do profissional que mediou as sessões, a fim de que a real eficácia do processo seja vivenciada pelas partes envolvidas nas mediações.

Como referido anteriormente, a prática restaurativa mais presente nos modelos restaurativos aplicados principalmente na Áustria, Dinamarca, Grécia, Finlândia, Holanda e Reino Unido é a mediação-vítima-ofensor, na qual a função essencial do mediador é a de balancear as vozes dos participantes, o que torna a aplicabilidade da Justiça Restaurativa dependente de um bom mediador, que quase sempre era leigo nos casos dos países pesquisados. Ser leigo transmite uma sensação de proximidade entre os participantes e o mediador, o que faz toda a diferença se se comparar a um Juiz (visto que o *locus* do magistrado é de um distanciamento gritante em comparação à posição das partes). Essa sensação de proximidade, em razão da informalidade da mediação, gera um ambiente mais propício à comunicação e ao diálogo, proporcionando, principalmente à vítima, abertura para que seja conversado o que for necessário a fim de que haja a reparação do dano. Dessa maneira, o mediador deve atuar sempre que necessário, contrabalanceando os poderes de fala e buscando o equilíbrio dialógico. No status de mediador, este deve agir de acordo com o que é em tal situação, ou seja: mediador; mesmo em se tratando de alguém formado em Psicologia, por exemplo, é importantíssimo que o mediador entenda sua posição ali enquanto leigo.

Ademais, para uma aplicação razoável do que se pode denominar Justiça Restaurativa, deve haver a exigência de que os mediadores leigos compareçam a programas direcionados à temática da violência doméstica, tendo em vista que a complexidade do tema exige conhecimento prévio sobre algumas questões, principalmente relacionadas a gênero, e que são pouco (ou nada) discutidas em nossa sociedade machista – na qual o mediador obviamente está inserido. Outrossim, às chamadas *pré-mediações* devem ser dadas a devida relevância, já que são nelas onde os mediadores conhecerão as histórias das pessoas envolvidas a partir dos relatos delas mesmas. É a partir dessas mediações prévias que será possível inferir o grau de desequilíbrio de poder do casal bem como o que é esperado dos encontros restaurativos, mas, claro, evitando a construção de conceitos prévios ou imaginando soluções premeditadas, tendo sempre como escopo que as sessões restaurativas se desenrolem da forma mais natural e equilibrada possível.

Outro ponto importante diz respeito à quantidade de mediadores e ao sexo deles. Haja vista o pesquisado, foi possível perceber que em alguns casos as sessões contam com duas pessoas mediando. Já em relação ao sexo, tem-se, em alguns países, que cada mediador será de um sexo e em outros países a vítima é quem escolherá. Percebe-se, então, que o ideal, atentando à vítima como figura principal do encontro, é que o sexo dos mediadores assim como a



quantidade deve ser de escolha da vítima, com o intuito de facilitar a composição de um ambiente saudável e seguro para ela, bem como para o ofensor.

Para além da mediação como prática restaurativa, no contexto norte-americano, mais precisamente no Arizona (EUA), há uma prática denominada de Círculos de Paz (*Circles of Peace*), que consiste em um programa com duração de 26 a 52 semanas, envolvendo a vítima, o ofensor, suas famílias, assim como a comunidade, grupo de apoio e profissionais capacitados, que se utiliza do método do círculo restaurativo através das chamadas conferências (*circles*) para reduzir comportamentos violentos nas famílias dos Estados Unidos (Mills; Maley, 2009).

Nessa prática restaurativa, ao invés de se utilizar a terminologia de ofensor, utiliza-se “aplicante”, e no lugar de vítima, tem-se o “participante”. Utilizando tais denominações para descrever os membros dos círculos, pessoas que participam desse programa não são definidas exclusivamente por suas experiências de violência. A terminologia utilizada reconhece a importância de desenhar na comunidade aqueles envolvidos no processo de recuperação com suas qualidades, abrangendo mais que a violência que tenham causado ou experienciado.

Os Círculos de Paz buscam oferecer amplas opções para que aplicantes e participantes aumentem suas chances de recuperação. Enquanto o processo restaurativo faz questionamentos como “quem foi ofendido?”, “quais são suas necessidades?”, e “de quem são essas obrigações?”, o sistema de justiça criminal questiona “quais leis foram violadas?”, “quem as violou?”, e “o que merecem?”. Esses questionamentos deixam claro as diferenças de valores entre as duas abordagens.

O procedimento dos Círculos não reforça dinâmicas antigas da relação violenta, a fim de promover novas soluções para os casais, o que, inclusive, pode incluir a separação. Em alguns casos, casais que estão separando-se ou divorciando-se querem participar dos procedimentos dos Círculos com o intuito de processar um trauma antigo ou um sofrimento, e finalmente ter o sentimento de *closure*, ou seja, uma espécie de “fechamento”, ou melhor, a possibilidade de “virar a página” após a ocorrência de um evento traumático, antes de seguir em frente com suas vidas. Desse modo, percebe-se que mesmo que uma pessoa que sofre com uma experiência traumática não queira mais reatar com seu ex-parceiro no futuro, ainda assim, pode haver a necessidade de ser ouvida e tal necessidade pode ser resolvida através dos Círculos.

Os Círculos estão intimamente ligados ao sistema de justiça criminal e ao Estado. O programa é estritamente regulamentado por meio de licenciamento estadual e é deliberadamente reforçado pelo acesso à polícia e aos tribunais. Tal programa tem o potencial para aumentar a validação externa a pessoas que tenham experienciado alguma violência e, ainda, mobiliza a comunidade para responder conjuntamente ao dano, sem ignorar a violência ocorrida.

Ao participar de uma discussão sobre o que aconteceu em uma determinada família, a comunidade implica-se diretamente no processo e passa por um momento de auto-análise. Mills e Maley (2019) apontam que os defensores da Justiça Restaurativa têm esperança que essa auto-análise torne-se basilar para futuros esforços de prevenção, abordando as dimensões intergeracionais da violência doméstica.

Nesse sentido, *Circles of Peace* é um exemplo importante de como práticas restaurativas conseguem trazer a comunidade e o sistema de justiça criminal juntos em prol daqueles que sofreram violência doméstica, de modo a criar oportunidades importantes para reconstruir famílias e transformar comunidades – o que, no entanto, não exclui a existência de críticas pertinentes no que diz respeito a vítimas se sentirem coagidas a participar dos círculos, o que termina por afastar um fundamento comum quando se fala em justiça restaurativa: a voluntariedade.

Outra pesquisa recente (Xie; Lynch, 2017), conduzida nos Estados Unidos, pôde concluir que, no caso de violência doméstica envolvendo parceiros íntimos (*intimate partner violence*), a ocorrência policial e os serviços de apoio às vítimas, oferecidas pela “rede”, são muito mais efetivos na redução de reincidência do que a prisão provisória do agressor, o que demonstra o poder coercitivo do ato de “prestar queixa” (isto é, registrar um boletim de ocorrência) nas delegacias.

Por sua vez, em uma pequena comunidade em Manitoba no Canadá, o processo da *Community Holistic Circle Healing (CHCH)* permite que aqueles que tenham sofrido violência escolham se querem participar de um programa de reparação ou se preferem que o processo siga para o sistema de justiça criminal tradicional. Se optarem pelo programa, membros da família serão convidados a participar do círculo, desde que a parte que realizou o abuso esteja pronta para reconhecer seu comportamento e aceitar as réplicas de seus familiares.

O programa *CHCH* apresentou ter um custo de menos de um terço comparado ao sistema de justiça criminal e, como resultado do programa, a comunidade mostrou melhorias significativas nas escalas de saúde e bem-estar, indicando crianças mais saudáveis, melhores habilidades parentais, empoderamento individual, maior responsabilidade da comunidade em relação a questões de violência doméstica, maior sensação de segurança e diminuição da violência geral.

Com efeito, nos referidos estudos destacados, ficou constatado que as experiências restaurativas estrangeiras que não dialogam com o sistema de justiça criminal formal e que não possuem a participação dos profissionais desse sistema são experiências que não se prestam a sugerir, por exemplo, em que momento processual penal (ou momentos) os encontros restaurativos devem ocorrer. Por outro lado, por ocorrerem fora desse sistema de justiça, e sem dialogar com ele, não há amarras às lógicas de obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal (*no-drop prosecution*), o que facilita alguns desdobramentos difíceis de alcançar no Brasil, principalmente considerando o já mencionado movimento jurisprudencial no sentido de diminuir ou até mesmo dificultar as chances de retratação da vítima.

Um fator importante apreendido com as revisões literárias é a necessidade de priorizar a segurança da vítima, não focando apenas na reabilitação do agressor. Deve-se, assim, trabalhar com os dois polos da relação (agressor e vítima) para que se corresponda aos anseios dos mesmos, como pode ser observado nas chamadas “pré-mediações”, realizadas sem o encontro “cara-a-cara” entre o agressor e vítima. Essa fase preparatória é considerada essencial para avaliar o nível de desequilíbrio de força do casal, analisar se a mediação de fato é cabível e para a proteção da vítima. Além disso, o perdão não pode ser um objetivo do processo, tampouco pode ser forçada uma reconciliação entre o casal.

Os programas de justiça restaurativa possuem o grande desafio de escutar a vítima, que é silenciada pelo Sistema de Justiça Criminal e, por isso, os processos restaurativos devem ser capazes de devolver o conflito às partes diretamente interessadas, de modo que as escolhas da vítima, como, por exemplo, a de permanecer ou não com o acusado, sejam respeitadas ao longo de todo o processo.

Quando trazida ao contexto brasileiro, na concepção de juízes e de funcionários da equipe disciplinar, a justiça restaurativa está sendo imposta “de cima pra baixo” pelo CNJ (CNJ, 2018), e é preciso ter cuidado com as políticas de incentivo, para que as práticas restaurativas não acabem por engessar um movimento que precisa ser dinâmico e adaptável às realidades de cada região do país, atendendo a suas peculiaridades.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, depreende-se que a literatura estrangeira sobre o uso de práticas de Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, apesar de ainda ser considerada escassa por alguns, vem sendo suficiente para demonstrar a amplitude de questões e possibilidades em torno do tema. Os resultados de pesquisas na área ainda se mostram contraditórios ou inconclusivos em alguns pontos, havendo a necessidade de se lançar um olhar brasileiro sobre as experiências estrangeiras, pois estas são capazes de possibilitar importantes lições.

Com mais de dez anos da Lei Maria da Penha desde sua introdução em 2006, avanços foram alcançados, especialmente pela criação de varas especializadas, de medidas protetivas e das equipes multidisciplinares. Contudo, também constata-se que a vítima continua sendo revitimizada pelas várias instâncias que, em tese, foram criadas para oferecer escuta qualificada, e a própria lei acaba trazendo obstáculos à abertura de outras “portas” que as vítimas desejam adentrar. Faz-se, portanto, no contexto brasileiro, necessário e fundamental o diálogo entre a justiça restaurativa e a violência doméstica. Mesmo com as conquistas advindas da Lei Maria da Penha, o sistema criminal tradicional continua deixando à margem do processo os verdadeiros interessados na solução do conflito em prol da punição estatal, a qual se mostra, não raras vezes, indesejada pela própria vítima.

Pôde-se inferir, com os estudos da literatura estrangeira acerca de práticas restaurativas dos países citados no presente trabalho, que essa alternativa à justiça retributiva possui o potencial de melhor servir às partes envolvidas no conflito, assim como de diminuir ou até mesmo evitar a reincidência das violências praticadas pelo ofensor. Com efeito, faz-se imprescindível que a justiça restaurativa no Brasil tenha sua própria dinâmica, a fim de atender as particularidades da realidade brasileira, e não se tornar mais um instrumento de reforço punitivo, já que o sistema de justiça criminal brasileiro traça uma trajetória de desigualdade, seletividade e punição. Nesse contexto, a implementação, no Brasil, da Justiça Restaurativa em escala institucional significa um dever de assumir um espaço atualmente inexistente, o que pressupõe uma forma alternativa de justiça capaz de ultrapassar a resolução de um conflito pontual, devendo proporcionar um procedimento continuado e, também, se prestar a reduzir o encarceramento e garantir a efetivação de direitos fundamentais que muitas vezes são ignorados pela mecanicidade tipicamente judicial.

Desse modo, tendo em vista o mencionado acima acerca das práticas restaurativas vigentes e da importância do papel do mediador nos casos da mediação-vítima-ofensor, para que se aplique o modelo da Justiça Restaurativa deve-se atentar ao fato de que nosso sistema de justiça é evidentemente retributivo, o que significa que a imposição de um “oásis restaurativo” (Rosenblatt, 2014) pode, muitas vezes, significar, na verdade, mais uma forma de punição, ao invés de ser uma forma de reparação de dano. Nesse sentido, é importante o questionamento acerca de como se daria a aplicação do modelo restaurativo, em razão das suas raízes eminentemente comunitárias, em detrimento de uma cultura como a brasileira marcada pelo sentimento de constante necessidade de edição de legislações para a obtenção de seus anseios sociais.

A crítica que vem sendo feita tanto nacional quanto internacionalmente é pertinente, ao se constatar que a Justiça Restaurativa tem sido aplicada “de cima pra baixo”, em estruturas verticalizadas. Importante pontuar que essa crítica foi assinalada inclusive pelos magistrados e grupos focais em pesquisa realizada pelo Grupo Asa Branca de Criminologia, na série “Justiça e Pesquisa” do último edital do Conselho Nacional de Justiça, intitulada “Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os Avanços e Desafios do Poder Judiciário”, a qual este

relatório está vinculado, e que teve como propósito realizar um levantamento de dados sobre a aplicação da Lei 11.340 de 2006 no Brasil e discutir a viabilidade de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica contra a mulher.

Há, portanto, em virtude desse distanciamento que vem sendo criticado, necessidade de que se dê início a um debate nacional ampliado acerca do tema, visto que o debate restrito já começou a nível do Judiciário. Agora, deve-se buscar o envolvimento da sociedade civil como um todo, a fim de que seus indivíduos entendam seu relevante papel comunitário dentro da temática. Da mesma forma, é importante também ratificar o papel dos membros do Judiciário na composição de uma visão restaurativa no processo penal, em busca de uma mudança que resulte sistemática.

Nesses conformes, a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa existe e é pertinente. Não há como negar seus possíveis riscos (acima mencionados), porém os mecanismos para contorná-los existem e podem ser trabalhados dentro da realidade brasileira.

Depreende-se, dessa maneira, que a Justiça Restaurativa, aplicada nos termos de suas diretrizes basilares, gera uma situação vantajosa tanto ao sistema de justiça como às partes. Por consequência, não fica difícil deduzir que o emprego da sistemática restaurativa nos casos brasileiros de Violência Doméstica é favorável e, de fato, sua efetiva aplicação prática é não só cabível como, mais ainda, fundamental, a fim de que a Justiça Brasileira expanda seu horizonte não de punição, mas de restauração.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de Pesquisa**: Entre práticas retributivas e restaurativas: A lei Maria da Penha e os avanços e desafios do poder judiciário, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>. Acesso em: 29/10/2019.

Diretiva 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012.

DROST, L.; HALLER, B.; HOFINGER, V.; VAN DER KOOIJ, T.; LÜNNEMANN, K.; WOLTHUIS, A. **Restorative justice in cases of domestic violence**: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs. Criminal Justice Programme 2013 with the European Commission Directorate-General Justice, Directorate B: Criminal Justice, 2015.

GAVRIELIDES, T. **Structured & Unstructured Restorative Justice**: The case of violence against women. In: HALDER, D.; JAISHANKAR, K. (Orgs.). *Therapeutic Jurisprudence and Overcoming Violence Against Women*. Pensilvania: IGI Global Publications, 2017.

MELLO, M.; ROSENBLATT, F.; OLIVEIRA, L. O uso da justiça restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, Luciano; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. (org.). **Para além do Código de Hamurabi**: estudos sociojurídicos. 1 Ed., Recife: ALID, 2015, v. 1.

MILLS, Linda G; Maley, Mary H.; Shy, Yael. Circulos de paz and the promise of peace: restorative justice meets intimate partner violence. **NYU Review of Law and Social Change**, v. 33, n. 1, p. 127–152, 2009. (MILLS; MALEY; SHY, 2009)

ROSENBLATT, Fernanda. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios

a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, p. 72-82, jul. /dez., 2014.

ROSENBLATT, Fernanda. **Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária**. In: Wanderley Rebello de Oliveira Filho; Heitor Piedade Junior; Ester Kosovski. (Orgs.). *Vitimologia na Contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 84-96.

XIE, Min; LYNCH, James P. The Effects of Arrest, Reporting to the Police, and Victim Services on Intimate Partner Violence. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v. 54, n. 3, 2017.

# A UTILIZAÇÃO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS DURANTE A EXECUÇÃO PENAL COM MULHERES ENCARCERADAS

**Paloma Teles Mascarenhas Santos**

Graduanda em Direito (UNIJORGE). Participante do Núcleo de Estudo em Justiça Restaurativa (NEJUR).

## INTRODUÇÃO

A crise do sistema tradicional de Justiça Penal e de seu modelo punitivo é um dos problemas sociais mais graves no Brasil. As prisões foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte, e dessa forma o cárcere, que deveria acolher as necessidades sociais de punição e proteção na medida em que promove a reeducação e ressocialização dos indivíduos, encontram-se em situações lamentáveis e indignas, impossibilitando a recuperação do indivíduo, colocando-o a mercê dos processos de desumanização e da criminalidade. É nesse cenário que este artigo se propõe a responder se seriam as práticas restaurativas um meio possível de contribuir na eficácia da função ressocializadora da pena durante a sua execução por mulheres encarceradas?

Para abordar as questões atinentes ao que se propõe o artigo, utilizou-se metodologias empíricas, de coleta de dados disponibilizados pelo Infopen, valendo-se da pesquisa bibliográfica, pautada em consulta de livros e outros meios de veiculação de informação disponibilizados eletronicamente, a partir dos métodos dedutivo, quantitativo e qualitativo. Inicialmente, a pesquisa se desenvolve trazendo um breve histórico da condição da mulher na sociedade até os dias atuais.

Feito isso, será demonstrado que a função ressocializadora da pena não tem sido cumprida em decorrência de um sistema carcerário brasileiro falido, sem as mínimas e descentes condições de cumprir seu papel ressocializador e que tem encarcerado mulheres com constância.

Nesse sentido, serão trazidos pontos para a possibilidade de implementação de práticas restaurativas como um novo paradigma de justiça que mostrar-se-á, durante a pesquisa, como um importante fator para resolver os problemas em sua origem, possibilitando a gestão e solução dos conflitos pelas partes envolvidas, o que contribui para que a sociedade tenha um *modus vivendi* mais respeitoso e pacífico, além de levar as partes envolvidas, a reflexão responsabilizadora sobre os fatos desencadeadores do comportamento investigado, direcionando à reconstrução das relações fragilizadas.

A justiça restaurativa veio para inovar o sistema convencional, a fim de conseguir melhorar a aplicação da Lei de execução penal, nos seus efeitos práticos. A Justiça restaurativa restaura vítimas, restaura perpetradores e restaura comunidades. É sobre a ideia de que, porque o crime dói, a justiça deve curar.

## MULHER E CÁRCERE: UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

O processo de criminalização que é tratado pela criminologia crítica tem várias etapas: a criminalização primária – produzida pelo legislador quando ele tipifica o crime; a criminalização secundária que é feita no momento da aplicação da lei, do encarceramento; criminalização terciária.

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológicas de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre indivíduos. (BARATTA, 1999, p. 161)

Quando falamos do processo de criminalização ele não acontece apenas na esfera legislativa e nem só na perspectiva da aplicação da lei pelo juiz. A criminalização também tem a grade de prender a mulher aos papéis sociais predeterminados, as expectativas da sociedade. Ao longo do tempo, a mulher passou por um forte processo de desqualificação, de julgamentos morais, que ainda estão sendo gradativamente desconstruídos. A obra “O homem delinquente” de Cesare Lombroso que marca a construção da criminologia, busca a causa do crime e a encontra no indivíduo. Inicialmente suas pesquisas se voltavam aos homens, em que um perfil era traçado e estabelecidos critérios para definir, identificar o criminoso. Ao voltar seu estudo para as mulheres aplicando os mesmos critérios em sua obra “A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal”, não foi possível, porém chegar a mesma conclusão.

Outra razão para a escassez relativa do tipo criminoso nas mulheres é que, de forma congênita, elas são menos inclinadas ao crime do que os homens. A razão para este fato está no atavismo: as mulheres selvagens, e ainda mais as civilizadas, são por natureza menos ferozes do que os homens. O tipo que mais frequentemente encontramos nelas é a da delinquente ocasional; e como criminosos ocasionais não têm fisionomia especial, não podem oferecer nenhum exemplo de tipo. Trata-se de uma razão que se acentua quando percebemos que, mesmo em certas criminosas natas – como adúlteras, caluniadoras, trapaceiras, fraudadoras –, seu tipo de delito exige uma aparência atraente, evitando o desenvolvimento de características faciais repulsivas. (LOMBROSO, 2017, p. 364)

Para Lombroso o homem delinquente é um homem degenerado – em virtude do atavismo esse indivíduo regride ao estado primitivo por isso ele é delinquente. Porém, não encontrando a mesma repercussão nas mulheres que ele analisa, ou seja, elas são menos degeneráveis, e sim assim são, não deveriam cometer crimes e cometem. Mas isso se explica por ser a mulher diferente, inferior.

Lombroso se afasta da influência biológica para o crime e vai para a interferência da moral sobre a mulher. A mulher delinque, portanto, por questões morais. Segundo ele, como poucas mulheres delinquem, o atavismo, a degeneração não geravam a mulher criminosa, mas a mulher prostituta.

Além disso, a criminosa nata é, por assim dizer, duplamente excepcional, enquanto mulher e enquanto criminosa. Pois os criminosos são uma exceção entre as pessoas civilizadas, e as mulheres são uma exceção entre os criminosos: a forma natural de regressão nas mulheres seria a prostituição, e não crime. A mulher primitiva era prostituta e não criminosa. (LOMBROSO, 2017, p. 208)

Assim, é aplicado mais uma vez o julgamento moral em relação a mulher, o que demonstra o reforço desses estereótipos em relação a mulher de que ela é um ser inferior e que embora não pratique muitos crimes ela é moralmente degenerada, pois os criminosos do sexo masculino eram considerados indivíduos que tinham simplesmente violado o contrato social, já as criminosas eram vistas como mulheres que tinham transgredido princípios morais fundamentais da condição feminina.

No fim do século XVIII, o encarceramento começou a emergir como a forma predominante de punição, mas as mulheres não estavam lá porque não ocupavam o espaço público. Era esperado

como sendo o lar, o espaço privado que fosse o lugar que as mulheres devessem ocupar, e isso, claro, não significava que elas não infringissem normas, não praticassem fatos nessa vida privada que não contrariassem as leis, ou que não fossem punidas, elas só não estavam visíveis.

Enquanto a prisão surgiu e evoluiu como a principal forma de punição pública, as mulheres continuaram a ser submetidas rotineiramente a formas de punição que não eram reconhecidas como tal. Por exemplo: as mulheres eram encarceradas em instituições psiquiátricas em proporções maiores do que em prisões. Estudos que indicam que as mulheres têm mais probabilidade do que os homens de ir parar em instituições psiquiátricas sugerem que, enquanto as cadeias e as prisões têm sido instituições dominantes no controle dos homens, as instituições psiquiátricas têm servido a um propósito similar no que diz respeito às mulheres. Ou seja, os homens delinquentes eram tidos como criminosos, enquanto as mulheres delinquentes eram tidas como insanas. (DAVIS, 2018, p.71)

Dessa forma, devido as mulheres estarem fora da cena pública, não havia a criminalização secundária de aplicação da lei penal em relação a elas, ou seja, não tinha sua colocação nas prisões, mas paravam em conventos ou manicômios, já que quando acontecia se dizia que ela era louca, se associava a questões psíquicas, a histeria. Sendo assim, as mulheres eram sim encarceradas, mas não nos mesmos lugares que os homens.

Até que no sec. XX essas mulheres vão ocupar também as prisões, justamente no momento que começam a ingressar na vida pública. O grande defensor das prisões exclusivas para as mulheres foi José Gabriel de Lemos Britto. Ele havia sido indicado pelo ministro da Justiça, João Luiz Alves, em 1922, para realizar um levantamento, em todos os estados brasileiros, da situação dos presídios e reunir informações que pudessem subsidiar uma ampla reforma. (ANGOTTI; SALLA. 2017)

Foi no ano de 1937 na cidade de Porto Alegre, que foi criado o Reformatório de Mulheres Criminosas, que posteriormente passou a ser chamado Instituto Feminino de Readaptação Social, primeira instituição prisional brasileira voltada especificamente para o aprisionamento de mulheres, e a partir de então, em outros Estados como São Paulo, Rio de Janeiro, foi sendo instituído presídios, inicialmente adaptados, para aprisionar mulheres. No ano de 1939 o decreto 11.214, de 06 de fevereiro, que organizava o serviço penitenciário do Estado da Bahia, previa a criação de um reformatório para mulheres criminosas. (ANGOTTI; SALLA. 2017)

As mulheres foram assim ocupando um ambiente pensado, estruturado para os homens, o que acarretou no que temos hoje em termos de um espaço que não se adequa, não atende as necessidades dessas mulheres. Os Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão, Princípio 5 esclarece que:

As medidas aplicadas ao abrigo da lei e exclusivamente destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes não são consideradas medidas discriminatórias. (BRASIL.1988, p. 2)

É extremamente necessário que o Estado respeite as especificidades das mulheres encarceradas, tendo em vista ser altamente desumano submeter as detentas a um sistema que atendem a homens e não se adequar as necessidades femininas, e isso não constitui tratamento discriminatório.

Infelizmente, encarceramento sempre significou mais do que privação de liberdade. No caso das mulheres, enquanto que visibilizamos a violência doméstica no âmbito público, não trazemos para o centro do debate a invisibilidade e situação de extrema violência no cárcere. (BORGES, 2018, p. 96)



As múltiplas questões, problemáticas que envolvem a mulher no cárcere deve ser abordada, trazida a discussão, tendo em vista que são esquecidas, e quando por alguns é lembrada, são ignoradas.

### **A situação das mulheres encarceradas**

É importante observar como os estereótipos que foram criados ao longo do tempo em relação a mulher vem sendo reproduzidos no sistema prisional. Ao tratar da mulher encarcerada temos diversas problemáticas a serem trabalhadas, desde as condições, estrutura, das assistências a saúde, educação até outras questões que estão menos aparentes, invisíveis. O encarceramento feminino tem suas especificidades e uma gama de questões que não vai mudar muito na realidade “extramuros”. O sistema prisional é uma reprodução da sociedade, de uma cultura machista e patriarcal.

Pode-se afirmar que o sistema de justiça criminal brasileiro é sexista. Atualmente, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016), em números absolutos, 42.355, mulheres estão em situação prisional. As mudanças econômicas, político-ideológicas no sistema capitalista e a expansão do sistema prisional impactam especialmente as mulheres, que compõem o segmento que mais cresce no encarceramento. Entre 2000 e 2016, houve um aumento em 455% no contingente de mulheres encarceradas, enquanto que o aumento entre homens foi de 293%.

O Brasil encontra-se na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina. Em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figura na terceira posição entre os países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia. (INFOPEN, 2016).

A Lei de Drogas aprovada no Brasil, em 2006, teve impactos diretos no hiperencarceramento do país e no caso das mulheres, o tráfico é a primeira das tipificações para o encarceramento. De modo geral, 62% das mulheres encarceradas estão respondendo por crimes relacionados às drogas, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico. As mulheres atuam principalmente como “mulas” – uma posição inferior no tráfico que se encarrega no transporte de drogas, o que demonstra ser o mundo do tráfico extremamente machista e objetifica mulheres e relega-las a posições mais dispensáveis. (LIMA, 2015).

Por meio da Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010, o Conselho Econômico e Social recomendou à Assembleia Geral a adoção do projeto de resolução “As Regras das Nações Unidas para o Tratamento das mulheres e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, conhecidas como Regras de Bangkok, e foram previstas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016. Elas tratam de questões específicas das mulheres, devido à onda de superencarceramento deste segmento, que precisam ser observadas e colocadas em prática e que priorizam medidas alternativas à prisão.

A condição atual da mulher encarcerada é tão caótica que buscam se aliar a outras mulheres para sobreviver, e isso é retratado no livro “Presos que menstruam”. Enquanto “nos presídios masculinos, os laços mais fortes de lealdade são criados pelas facções; nos femininos, pelos casamentos. E esse companheirismo extrapola a proteção e se estende para todos os campos da sobrevivência, inclusive aos bens materiais.” (QUEIROZ, 2015, p. 144)

O livro "A terceira pessoa depois de ninguém" traz relatos de entrevistas realizadas pela autora com 13 mulheres em situação de cárcere, um funcionário administrativo e a dirigente da penitenciária feminina. Os discursos espelham contextos seculares e estruturantes do poder patriarcal, fartamente evidente na sociedade brasileira, nas instituições públicas e privadas, no ordenamento e funcionamento da casa, do trabalho, das ruas, das instituições.

As motivações dos atos de tais mulheres são advindas, em sua maioria, das relações diretas com homens, sobretudo, as de âmbito sentimental. Vemos as relações de submissão feminina, marcadas nos envolvimento afetivos como poderoso motor das violências de todos os tipos praticadas por homens, parceiros e ex-parceiros, chefes, colegas ou desconhecidos. Isso é relatado pela detenta Joana, "quando vi aquele homem me dedicando tanto amor e carinho, achei que a minha vida seria perfeita. Eu acreditei nisso, mas foi justamente o contrário. Não quero que minhas filhas façam nada por necessidade, mas façam porque querem." (CARVALHO, 2018, p. 99)

O patriarcado, sistema baseado na supremacia masculina, acarreta impactos políticos, econômicos e sobretudo morais nas vidas das mulheres, e o que teremos com este cenário de encarceramento é o julgamento não só pelas condutas jurídicas, mas também moral. O abandono das mulheres nos presídios femininos é um problema antigo. Em 1983, a ex-diretora do Desipe, socióloga e coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, Julita Lemgruber, abordou o tema no livro "Cemitério dos vivos". Segundo ela, a mulher presa representa tudo o que a sociedade rejeita:

A mulher transgressora não é considerada digna de respeito e atenção. Isso é cultural. É um problema nos cárceres do mundo inteiro. A expectativa de uma sociedade machista e patriarcal é que a mulher seja dócil e respeite as normas da família. Ao cometer um crime, ela rompe com a sociedade duas vezes e é abandonada. É castigada duplamente. (LEMGRUBER, 1983 apud COSTA, 2015, p.3)

Como se não bastasse, quando um homem é privado de sua liberdade, as mulheres da casa - mães, esposas e filhas - fazem questão de oferecer todo o suporte que o apenado precisa. Basta olhar as filas que se formam nas portas dos presídios em dia de visita. São mulheres que se mantiveram fiéis, que dedicaram tempo e dinheiro para estarem ali. Um exemplo dessa realidade é Rosângela, história contada em matéria produzida para o jornal O Globo:

Presa há dois anos e três meses, quando tentava entrar com drogas na Penitenciária Lemos de Brito ao visitar o marido, Rosângela, 40 anos, diz que ele conheceu outra mulher, com quem se casou. Sem a visita dele e da família, ela conta os dias para completar a pena de cinco anos e seis meses. Quer retomar a vida e criar o filho, de 5 anos. - Deixava de comer carne para levar para ele na cadeia. Foram dez anos de fidelidade, como amiga e amante. Ele dizia que me amava. E agora? - questiona. (COSTA, 2015, p.3)

Dentro dos presídios, não só do Brasil, mas do mundo, existem muitas "Rosângelas" que esperam ansiosamente pelo recomeço de suas vidas. Mesmo longe, elas não deixam de se preocupar com seus filhos e familiares, muito embora talvez elas nunca recuperem a convivência com seus parentes. A interrupção da relação com a família, consequência intrínseca ao cárcere, traz efeitos desestruturadores para a detenta e traumatizantes a quem estar fora da prisão.

## **O ATUAL CENÁRIO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

O sistema penal brasileiro apresenta dados alarmantes. O Brasil tem uma população prisional que não para de crescer. Atualmente, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, temos a terceira maior população prisional do mundo, ficando atrás de EUA e China, tendo deixado a Rússia em 4º lugar em junho de 2016. São 726.712 mil pessoas

presas no país. O que significa cerca de 352,6 presos para cada grupo de 100 mil habitantes. (INFOPEN, 2016)

Atualmente, levantamento de dados feito pelo G1 revelou a permanente superlotação nos presídios e o aumento no número de presos provisórios. Os dados mostram que as vagas que existem hoje não são suficientes para o número de presos. O Brasil tem 704.395 presos e uma capacidade de 415.960 vagas em presídios, o que gera um déficit de 288.435 vagas. (VELASCO; REIS, 2019)

Apesar da média nacional, há índices bastante discrepantes entre os estados brasileiros. Enquanto a Bahia possui a menor taxa do país (com 105 presos a cada 100 mil habitantes) – similar ao de países como Itália, Romênia e França –, o Acre possui uma taxa de 897 por 100 mil – maior que a de qualquer país. (VELASCO; REIS, 2019)

A diretora-executiva do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Samira Bueno, ressalta que não há, de fato, evidências de correlação entre o aumento do encarceramento e a redução dos homicídios. São Paulo, que tem o menor índice de homicídios do país, é o 5º que mais prende. Já Roraima, que tem o maior índice de assassinatos do Brasil, prende quase tanto quanto. O estado aparece logo atrás, na 7ª colocação entre os que mais aprisionam. Ou seja, não é possível fazer nenhuma relação entre os dois dados.

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa. (BARATTA, 1999, Pg. 167)

Esta população prisional tem sistematicamente, seus direitos violados. A prisão, como entendemos hoje, surge como espaço de correção, porém, mais distorce do que corrige. As pessoas, no entanto, continuam acreditar ser inevitável a resposta dada pelo sistema penal tradicional. Isso porque, a racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. (PIRES, 2004)

Muito do que entendemos hoje como justiça criminal tem influência do processo de transformações político-filosóficas e sociais que ocorreram a partir dos séculos XVIII e XIX. O duplo fundamento - jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro- fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. Anterior a isso, as punições eram estabelecidas pelos suplícios, ou seja, o exercício do poder marcado no corpo e uma política punitiva estabelecida pelo medo e flagelos. (FOUCAULT, 2014)

Os suplícios, como define Foucault (2014, p. 36), eram penas corporais dolorosas, mais ou menos atroz; e acrescenta: “é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade”. Só na segunda metade do século XVIII ampliam-se as vozes pelo fim dos suplícios. Este recurso passou a ser visto como uma prática que deveria ser banida, seja pela sua crueldade, seja pelo simbolismo tirânico que carregava.

A partir do século XVIII o sistema penal projeta um autorretrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime ("só convém uma pena que produza sofrimento"). (PIRES, 2004, p. 43).

A prisão se apresenta como um local de sofrimento, onde as pessoas são submetidas a diversos tipos de privação, que vão muito além da restrição ao direito de ir e vir. Mesmo em

países onde as instituições de cumprimento de pena são mais dignas, o sofrimento é uma característica compartilhada por todos os presos.

Melhor prevenir os crimes que os punir. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida; entretanto, os meios empregados até agora têm sido, em sua maioria falsos e contrários ao fim proposto. (BECCARIA, 1997, p. 128)

Nesse sentido, dirá o criminologista norueguês, Nils Christie (2018, pg. 66) que “Pior do que a importância dada ao crime e da culpa individual é a legitimidade dada à dor. Dor, destinada a ser dor, é elevada ao posto de resposta legítima ao crime.” Segundo ele o processo civilizatório deve ser de progressiva limitação do sofrimento que podemos infligir ao outro. Não podemos considerar aceitável o sofrimento que antes era tido como normal. Devemos compreender as outras formas de função da pena, pois a prisão mostra-se como um mal inútil.

Quanto mais as pessoas ouvirem culpa e julgamentos, mas defensivas e agressivas elas se tornarão e menos se importarão com nossas necessidades no futuro. Assim, mesmo que nossa necessidade atual seja atendida - que as pessoas façam o que queremos -, pagaremos por isso mais tarde. (MARSHALL, 2006, Pg. 207)

Por isso, a imposição de uma pena, as confrontações com o indivíduo não é o mais adequado a ser feito. O imediatismo de punir não resolve. Ocorre que até mesmo os meios midiáticos, altamente sensacionalistas, contribuem para a necessidade da prisionalização dos indivíduos “maus” criando e propagando cada vez mais uma imagem ilusória de segurança da população que a prisão trará afastando os “criminosos”.

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes, diante de uma massa de criminoso, identificada através de estereótipos, que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Os eles da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos nossos problemas. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo, nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados. (PRADO; MENEZES, 2018, p. 3)

Por isso, o que se faz urgente e necessário não é a construção de mais estruturas de opressão – prisões, mas o fortalecimento de redes de interações entre os indivíduos. É essencial a ampliação de formas alternativas como o mecanismo de Justiça Restaurativa, ficando o sistema prisional para os casos de especial gravidade.

### **Ineficácia do papel ressocializador da pena**

Nosso pensamento é condicionado a pensar as prisões como algo inevitável para quaisquer transgressões convencionadas socialmente. Ou seja, a punição já foi naturalizada no imaginário social. É o que Álvaro Pires (2004, p. 41) vai chamar de “racionalidade penal moderna” que consiste em, “naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas.”

É evidente a necessidade de o Estado cumprir as normas estabelecidas na lei, ressaltando que a Lei de Execução Penal nº 7.210/198412 em seu art. 10 dispõe: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.”

Assim, em conformidade com a norma acima transcrita é designando ao Estado o dever de assegurar esses direitos instituídos pela Lei de Execução Penal, com o objetivo de reeducar o preso para integrá-lo na sociedade, evitando desse modo a criminalidade. Ressalta Eugênio Raúl Zaffaroni (1991, p. 16) que “um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso jurídico penal e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, a atuação deve estar de acordo com o discurso realizado.”

Ao abordar a crise do objetivo ressocializador da pena de prisão, denuncia que o descrédito é, na verdade, com a pena privativa de liberdade, independentemente da teoria que se adote,

A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2016, p. 102)

Um grande problema que existe é a falta de esforços em afirmar que o delinquente deve ser tratado, mas a forma como isso deve ocorrer ou melhor, se está acontecendo, é mais difícil de responder. Por isso devemos questionar, estão as prisões sendo espaços de real ressocialização como se propõe? Até porque “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. [...] O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.” (BECCARIA, 1997, p. 52)

Segundo Hulsman; Celis (2018, p.88), “o discurso do sistema penal de ressocializar é falho. O indivíduo não estará refletindo na prisão, mas agregando sentimentos ruins que não contribuirá para sua mudança, saída do crime. “

O próprio Michel Foucault, (2014, p. 261) já esclarecia que “a prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras.” Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 5), ao comentar a obra Vigiar e punir, de Michel Foucault, corrobora dizendo que “o sistema carcerário é marcado por eficácia invertida: em lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência.”

Além disso, a própria natureza das prisões conspira contra os objetivos ressocializadores. Em tais instituições, são frequentes as humilhações, degradações e desonras do “eu”. E esse “eu” vai sendo sistematicamente mortificado, ainda que por vezes não seja propositalmente.

Nesse sentido Goffman (1974, p.24) em “prisões, manicômios e conventos” vai chamar atenção a mortificação do eu, que ocorre de forma gradual nas “instituições totais” afirmando que “os processos pelos quais o eu da pessoa é mortificado são relativamente padronizados nas instituições totais”. O sistema atua muito bem na aculturação – agrega novos valores em um ambiente de violência e desculturação,

O processo de socialização ao qual é submetido o preso é negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da “desculturação”, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto, mas complementar, é o da “aculturação” ou “prisonalização”. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. (BARATTA, 1999, p.184)

O indivíduo vai, portanto, perdendo sua individualidade, agregando estigmas. Não é possível pensar em uma ressocialização que busca ser efetivada com indivíduos fora da sociedade, condicionados a padrões impostos por instituições fechadas que limitam a comunicação fora do cárcere, fazendo com que apenas a nova realidade a qual o indivíduo esteja inserido seja conhecida, e assim, conseqüentemente, assimilada. “A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo.” (BITENCOURT, 2016, p. 162)

No caso da mulher, especialmente, durante o tempo em que cumpre pena, poucos são os que se interessam em visita-la, se preocupar com suas questões. E essa situação de abandono traz conseqüências terríveis como transtornos psíquicos que afetará sua vida dentro e fora do cárcere. O documentário “O Cárcere e a Rua” (2004) mostra uma situação em que os transtornos psíquicos que se desenvolvem na prisão perseguem as apenadas no além-muro, abordando um caso que demonstra o processo de “mortificação” e “desculturação” do ser.

O caso descrito no documentário é o de Cláudia, mulher que aproximadamente passou 28 anos cumprindo regime de reclusão por crime de latrocínio, tendo ficado encarcerada por toda sua juventude e sendo libertada apenas em torno dos 50 anos. Assim, ao receber a liberdade provisória, ela não soube lidar com a dinâmica da sociedade, percebendo, assim, que após tanto tempo de privação, a única realidade por ela conhecida era a de dentro dos muros.

Percebe-se, portanto, que a ressocialização prometida pelo sistema prisional só é realidade no papel, pois na verdade a conseqüência é inversa. Dessa forma, para Cláudia ao invés de integração com a sociedade a experiência prisional acarretou aversão a ela: após cerca de um mês de vivência na sociedade, ela foi encontrada morta em seus aposentos com um tiro na cabeça, fatalidade que, de acordo com a investigação policial, possivelmente decorreu de suicídio,

As prisões modernas servem como “depósito” temporário de pessoas. Não se trata mais de uma sociedade disciplinar, no sentido afirmado por Foucault. A disciplina não objetiva “educar” aquela pessoa que ingressa na prisão, mas somente manter a ordem. Obviamente que a manutenção da ordem conta com adaptação do indivíduo ao sistema, mas seu objetivo principal é fazer unicamente com que os presos se submetam ao sistema, de forma passiva, sem ulteriores questionamentos. Não se objetiva mudar o condenado, mas simplesmente levá-lo a que aceite, e de modo passivo, permanecer na prisão pelo tempo que for necessário para o cumprimento de pena, sem criar problemas para a administração. (Sabadell, 2009, p. 34)

Espera-se desse sistema a ressocialização, o controle da criminalidade, mas o que esse sistema reproduz, tem reproduzido? Como esse sistema opera? Percebemos por meio de vasta literatura criminológica crítica que é um sistema que não cumpre as suas funções declaradas, mas atua muito bem cumprindo outras funções como a seletividade, exclusão, segregação de determinados grupos sociais, através do seu aparato repressivo estatal representado pelas normas legais que disciplinam o cotidiano no cárcere.

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA**

A Justiça Restaurativa não é novidade, porque as pessoas tradicionalmente resolviam seus próprios conflitos depois houve o estabelecimento do Estado (rei). As práticas restaurativas surgiram na Nova Zelândia, inspiradas nos mecanismos de solução de litígios dos aborígenes maoris, e se manifestaram com força nos anos 1970, com as primeiras experiências contemporâneas com mediação entre infrator e vítima. As ideias sobre a Justiça Restaurativa têm, assim, sua origem há

mais de três décadas. Assim, a Justiça Restaurativa antes de ser teoria ela é uma prática. (SICA, 2007)

Pode-se dizer que a justiça penal é uma novidade, ao contrário as Justiça restaurativa. Defender a Justiça Restaurativa atualmente não é um regresso as origens passadas (sec. XII, com os aborígenes, maores). Não há uma busca pela Justiça Restaurativa dos antepassados, e muito menos a inexistência do Estado até porque quando isso aconteceu o que valia era a lei do mais forte, portanto, não é o desaparecimento da figura do Estado. A Justiça Restaurativa de hoje, séc. XVI pode ser confundida a justiça tradicional de regimes que acreditam que formas desumanas não se aplicam aos ideais iluministas.

Na Resolução 12/2002 da ONU (Organização das Nações Unidas), a Justiça Restaurativa é definida como um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro.

A ideia de interconexão entre os seres é o ponto fundamental nessa nova forma de abordar o crime, ou seja, o autor parte do pressuposto de que “estamos todos ligados uns aos outros e ao mundo em geral através de uma teia de relacionamentos. Quando essa teia se rompe, todos são afetados” (ZEHR, 2012, p. 47). Isso porque, a Justiça tradicional concentra o seu foco em abstrações, como se o crime fosse mera dívida moral a ser paga, omitindo-se quanto ao mal causado à vítima ou à comunidade afetada,

A proposta da Justiça Restaurativa possibilita e oferece um espaço para fala, para expressão dos sentimentos e emoções vivenciados que serão coadunados na construção desse acordo restaurativo que contempla as relações sociais e restaura os danos causados entre a vítima, o ofensor e a comunidade. (JESUS, 2014, p.201)

É nesse contexto que se encontra a possibilidade de aplicação dos círculos restaurativos que se torna uma ferramenta essencial para transmitir conhecimento, criar um fórum de diálogo reflexivo e estimular o uso de soluções criativas e pacíficas para os conflitos. “O processo do círculo ajuda os indivíduos e o grupo a experimentar o poder saudável na presença um do outro.” (PRANIS, 2011, p. 30). Além disso, os círculos restaurativos possibilitam aos indivíduos envolvidos no conflito exercerem sua cidadania ativa, por meio da participação na resolução do problema,

Todos os homens precisam se comunicar, para isso precisam ser protagonistas de sua própria libertação. A linguagem emancipatória permite o exercício da cidadania ativa, e por assim dizer, permite que os sujeitos libertem o trabalho do capital, redesenhem o mercado, produza para viver e idealize uma transformação na sociedade. (PIEDADE, 2015, p.106)

Nos dois últimos séculos, houve quase que um total menosprezo da vítima pelo Direito Penal, sendo que apenas com os estudos criminológicos é que houve o resgate de seu papel no processo penal. A justiça penal é má para o agressor e para a vítima. É imprescindível mostrar que há outras respostas possíveis. (SHECAIRA, 2014)

A vitimologia crítica dá um contributo para a Justiça Restaurativa. A Justiça Restaurativa tem a finalidade de reparação de danos causados a vítima que vai buscar isso na vitimologia, e vai buscar no abolicionismo a ideia de que não deve haver uma coerção. Por isso, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa é filha de um casamento do pensamento abolicionista (preocupado com o agente do crime) e a vitimologia (preocupado com a vítima), houve uma convergência dos dois institutos.

A Justiça Restaurativa apresenta duas perspectivas, a maximalista e minimalista. A maximalista admite que a reparação dos danos aconteça de forma coercitiva, a voluntariedade não

seria um princípio, “a cooperação voluntária não é um valor em si, ela representa um meio que aumenta a qualidade de uma possível reparação” (WALGRAVE, 2006, p.424).

Mas se não admitimos a voluntariedade aproximamos a Justiça Restaurativa do sistema penal tradicional tornando-a sem sucedâneo a justiça penal porque tornamos a reparação de dano uma forma de pena. Assim, nessa visão maximalista há justiça restaurativa desde que haja reparação independentemente de como ela ocorra contanto que não tenha prisão.

Ainda na visão maximalista, a Justiça Restaurativa deveria se ocupar em só “socorrer” a vítima, e a Justiça Restaurativa inclusive deveria substituir a justiça penal e não punir o agressor. Porém, se a Justiça Restaurativa se ocupar só com a vítima quem vai se ocupar em evitar com as outras possíveis?

Hoje a visão predominante é a minimalista que insere a nota da voluntariedade de participação do procedimento e a solução é construída pela vítima e pelo agressor. Não há o exercício da autoridade na decisão restaurativa; o juiz não decide autoritariamente a solução do conflito porque a solução é construída pelas partes. O juiz pode ter o papel homologatório,

Apesar das distintas abordagens minimalista e maximalista, não podemos perder de vista que a justiça restaurativa se ocupa da finalidade de reparação do dano causado pelo ofensor; participação das partes envolvidas (comunidade) e atingidas pela conduta do ofensor; voz ativa da vítima no procedimento restaurativo, onde suas necessidades materiais, psicológicas são consideradas e determinantes para o alcance da reparação. (MACÊDO, 2016, p. 119)

Por intermédio das práticas restaurativas possibilitamos que todos tenham voz ao permitir o diálogo que deve ser encaminhado pelo facilitador para ocorrer de forma respeitosa, e assim o compartilhamento das narrativas, das versões pessoais humanizam todos os participantes. Até porque “quando escutamos os sentimentos e necessidades da outra pessoa, reconhecemos nossa humanidade”. (MARSHALL, 2006, p. 206). Os processos de Justiça Restaurativa fazem transparecer dessa forma, a tão falada dignidade humana.

### **A (im)possibilidade de implementação da justiça restaurativa no cumprimento de pena**

A proposta da Justiça Restaurativa implica uma mudança de linguagem (como aquela proposta pelo abolicionismo), na qual são abolidas as distinções entre crime e outras condutas danosas. Todas as condutas seriam danosas, e a prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas (PALLAMOLLA, 2009). A Justiça Restaurativa com isso “nada contra a corrente” tendo em vista que ao que se propõe ao atual sistema penal.

Atualmente há uma previsão normativa de grande relevância para o cenário de difusão das práticas restaurativas no Brasil que é a Resolução nº 125 de 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa Resolução entre outras coisas, dispõe sobre a política nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário. Ela tem papel fundamental na implementação da justiça restaurativa no âmbito judicial brasileiro, definindo critérios básicos para o estabelecimento de NUPEMECs pelos Tribunais dos Estados, e, a partir da criação destes, possibilita que as práticas restaurativas possam ser desenvolvidas.

Outro importante marco normativo com vistas à implementação da justiça restaurativa no Brasil foi a Resolução 225 de 31/05/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que dispõe dentre outras coisas, sobre a política nacional de Justiça restaurativa, no âmbito do poder judiciário.

Os métodos da justiça restaurativa se enquadram perfeitamente no que “modernamente se concebe no esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinquente para que,



de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes.” (BITENCOURT, 2016, p.610). Esse entendimento configura aquilo que se convencionou a chamar “tratamento ressocializador mínimo.

No Brasil há muitas práticas experimentais. Inclusive, a Prática da Justiça Restaurativa, os círculos restaurativos, já estão sendo aplicadas, em alguns Estados, como no Tocantins, na 2ª Vara Criminal e Execuções Penais de Araguaína, e no Presídio Central, em Porto Alegre. Nesse, entre os resultados mais expressivos está a redução de conflitos dentro dos presídios, inclusive a redução da média anual de assassinatos no Presídio Central que era de vinte e dois, para zero. (CIEGLINSKI, 2017). Percebe-se que a Justiça Restaurativa propõe sensíveis alterações nas estruturas mais tradicionais do Direito, sendo uma nova era na qual a cultura de paz, o diálogo, a alteridade, o amor a si e ao próximo são possíveis.

Na própria Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), dispositivos respaldam a ampliação do acesso ao cárcere pela sociedade, como no artigo 4º LEP, dispõe-se que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Consoante aos princípios fundamentais inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a expressão “cooperação da comunidade” deve ser interpretada como abertura ao envolvimento da comunidade na redução dos danos produzidos pelo conflito e pela pena, com a possibilidade de restabelecer os laços da pessoa presa com sua comunidade no decorrer do cumprimento da pena de prisão.

Assim, estaria a justiça restaurativa com um papel primordial de ensejar a participação da sociedade como um todo, na promoção da segurança. Dessa forma, preceitua Jaccound (2005, p. 169) que: “A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração.”

Gostaríamos que quem causou um dano ou um prejuízo sentisse remorsos, pesar, compaixão por aquele a quem fez mal. Mas, como esperar que tais sentimentos possam nascer no coração de um homem esmagado por um castigo desmesurado, que não compreende, que não aceita e não pode assimilar? Como este homem incompreendido, desprezado, massacrado, poderá refletir sobre as consequências de seu ato na vida da pessoa que atingiu? Aliás, que meios teria para reparar ou atenuar o mal que causou, se, preso, sem trabalho ou recebendo um ínfimo salário [...] (HULSMAN; CELIS, 2018, p. 88)

O ofensor não tem condições, possibilidades de reparar o dano causado no sistema tradicional. Na Justiça restaurativa ele precisa de pelo menos em parte assumir sua responsabilidade. Não é necessário que o agressor mude seu comportamento porque o interesse é na vítima expressar seus sentimentos o que pode levar a uma mudança de comportamento do ofensor. O que dá sentido ao processo são as finalidades – eles estão interligados. Devemos procurar a finalidade para entender o processo (encadeamento de atos). O processo restaurativo é construído na intenção, função de finalidade; e só um processo voluntário torna possível chegar a uma finalidade.

A grande barreira da Justiça Restaurativa é do penalista tradicional que pensa apenas no bem jurídico que foi violado. Fomos ensinados a olhar para a conduta e não para o sujeito e as relações. Além disso, a falta de conhecimento quanto ao que a justiça restaurativa realmente se propõe, a sua finalidade.

O utilitarismo ou eficientismo jurídico-penal representa uma dupla barreira à proposta em estudo e traz um paradoxo: para os garantistas e defensores de uma intervenção penal mais respeitosa aos direitos humanos, a eficácia utilitária (assim descrita por Aury Lopes Jr.: obtenção de resultado + fator tempo) é inaceitável, pois expõe o cidadão a uma lógica perversa, onde o que importa é o resultado célere do processo, pelo que, atropelam-se critérios de justiça e equidade. Já para os movimentos repressivos de “lei e ordem” a

eficácia do direito penal depende da resposta sancionatória forte, da severidade máxima, as quais não podem aceitar uma “justiça doce”, sem pena e sem castigo, como ocorre com a mediação. Se movimentos ideologicamente antagônicos utilizam o mesmo argumento, mas distorcem-no conforme seus propósitos para criticar uma mesma ideia, algo está errado. (SICA, 2007, p.138)

Ocorre que fundamento da Justiça Restaurativa não é para ser efficientista ou mais econômica servindo para o Estado poupar dinheiro. Ela existe para dar uma resposta a vítima e agressores que era ignorada até então em alguns aspectos e isso demanda tempo, o que não é poupado nessa proposta. Assim, é um fundamento axiológico que tem a ver com os direitos humanos.

a utilização de mecanismos que promovem a antecipação de penas para acelerar a resposta penal aos fatos reputados delituosos, à custa da extrema mitigação de garantias, remete às antigas práticas punitivas que vinculavam o tempo à liberdade – produção fabril, além de não se coadunar com os objetivos da Justiça Restaurativa. (CARAPIÁ, 2017, p.107)

Insta salientar que o Estado não está afastado da Justiça Restaurativa. Não há a privatização dessa forma de resolução de conflito. A Justiça Restaurativa significa, portanto, apenas que o Estado está a admitir uma nova forma de solução de conflito. Não se acredita que a Justiça Restaurativa irá substituir a justiça penal, mas que ela irá complementá-la tornando-a mais humana, mas claro que devemos saber o papel de cada uma, e seu lugar, momento de atuação.

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite. (SANTANA, 2018, p.239)

Até porque, durante a aplicação, a Lei de execuções penais é constantemente violada substancialmente no que tange aos Direitos Humanos. Faz mister buscar entender o que é e ao que se propõe a Justiça Restaurativa para não desvirtuar do que ela realmente é, tendo em vista que há programas nas cadeias que se propõe mais a uma tortura psicológica do que uma prática reflexiva. Isso é evidenciado por exemplo na reportagem “As prisões de Israel” (2015) que colocam animais em situação de perigo para mostrar como eles agiram e como as vítimas podem ter se sentido.

A Justiça Restaurativa também não é vitimista dogmática - corrente da dogmática penal que procura desculpabilizar o agressor quanto a contribuição da vítima. Vai tirar conclusões que diminuem a responsabilidade do autor. Isso porque, não é necessário responsabilizar a vítima para analisar o contributo do agente agressor.

Em um processo de justiça participativa, o agressor e a vítima não são deixados no limbo. Sua discussão deve ser uma discussão pública. Seria uma discussão em que a situação da vítima foi examinada, onde todos os detalhes sobre o que tinha acontecido – juridicamente relevante ou não-foi trazido à atenção do tribunal. Particularmente importante aqui seria a pormenorizada análise sobre o que poderia ser feito, antes de tudo, pelo infrator, em segundo lugar pela vizinhança local, em terceiro lugar pelo Estado. Poderia o dano ser compensado [...] (CHRISTIE, 2018, p.126)

Quanto mais grave o conflito mais intenso é a necessidade das práticas restaurativas. Os danos são maiores à vítima. A Justiça Restaurativa serviria basicamente para favorecer a socialização do indivíduo e a reparação do dano da vítima. Para permitir o encontro entre vítima e agressor o facilitador deve avaliar individualmente se há condições para tal. Se o agressor assume a responsabilidade e se a vítima se sente numa situação “confortável”.

Há encontros, diálogos em separado com vítimas e agressores e só depois de visualizado a possibilidade, vontade, a depender da amplitude do problema, das condições psicológicas da vítima que pode passar para encontros vítima e agressor juntos, mas em momento algum

pretende-se colocar a vítima numa forma de revitimização. Não se objetiva um confronto. E não se coloca pessoas de autoridade justamente para propiciar uma harmonização, em que as pessoas envolvidas se sintam à vontade. Ademais, o sigilo do que é conversado nos encontros restaurativos é um princípio.

No caso das mulheres encarceradas a Justiça Restaurativa trará um resultado positivo servindo como um suporte no tocante a sua ressocialização com o restabelecimento de laços rompidos pelo delito, já que o sistema tradicional de justiça concentra sua força no seu papel punitivo, sem preocupar-se com a situação de abandono que vivem as detentas. Um grupo focal realizado com mulheres que passaram pelo cárcere no sistema carcerário em São Paulo traz o relato de uma detenta que demonstra as mulheres esquecidas no cárcere:

Que nem a Maria, ela é uma pessoa que além de sofrer pela falta de família, pela falta de apoio, e pela falta do judiciário em acompanhar o caso dela, ela também sofre por umas outras situações dentro da unidade... a gente tem família, a gente tem uma educação... por mais que a gente estava lá naquele lugar existe esse diferencial e...ela não tinha ninguém por ela, era uma pessoa assim, que te dói, porque acaba tendo vícios e acaba fazendo coisas que não devem pra sustentar aquele determinado vício, e aí vem a punição de dentro, da convivência mesmo que existe suas regras, aí se a pessoa foge daquela regra, claro que vai ter as suas consequências, então assim, tudo por conta de não ter um apoio (Lisa, 32 anos). (DANTAS; MENA, 2017, P.1)

Sendo assim, a Justiça Restaurativa propiciaria um acolhimento a essas mulheres abandonadas por seus familiares, amigos, companheiro, propiciando um contato ainda que falado da realidade fora dos muros que a espera e reforçando o sentimento de esperança de uma vida diferente que pode ser construída. Além disso, a abertura ao diálogo que as práticas restaurativas propõem possibilitando as mulheres falar, expor suas ideias, angústias, frustrações, já constitui um ambiente positivo, tendo em vista que as mulheres são silenciadas pelo sistema. O relato de uma detenta demonstra o desespero que é não poder se expressar:

Então, assim...às vezes, tinha uns... uns surtos, mas eu, eu ficava assim tipo desesperada, olhava aquela grade assim, fechada, olhava aquela grade e pensava, meu Deus o que eu estou fazendo aqui? Aí dá vontade de gritar, fazer qualquer coisa. Só que aí você tem que ter o autocontrole, se eu gritar eu vou pro castigo, se eu for pro castigo eu vou demorar mais tempo pra ir embora (Bethânia, 40 anos) (DANTAS; MENA, 2017, P. 2)

Isso evidencia como o processo de abandono que as mulheres encarceradas sofrem criam certos traumas contribuindo para que cresça um sentimento de desesperança e revolta, fazendo com que todo o processo de recuperação seja comprometido. Por isso, a necessidade de pensarmos em novos horizontes mais ousados e radicalizados.

Precisamos repensar o sistema de justiça para que se organize não pela vingança e punição, mas, principalmente, pela restauração e reconciliação – a justiça restaurativa. Não se trata de substituição da punição, mas de fim da necessidade de punir, já que fomos condicionados a pensar nas prisões como únicas possibilidades de relação entre a sociedade e um indivíduo que, supostamente, tenha quebrado um acordo social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, sem o afã de esgotar o tema, foi realizado um percurso, primeiramente, de analisar como estereótipos desenvolvidos por criminólogos para tratar da criminalidade feminina foi sendo repercutida e até hoje são nitidamente presentes quando passamos a observar o contexto do sistema carcerário feminino atual. Foi analisado também um breve histórico da inserção das mulheres no cárcere e como as dificuldades por elas enfrentadas extrapolam a

realidade “intramuros”. Por fim, apresenta-se um método de resolução de conflitos como forma de contribuir na ressocialização das mulheres invisibilizadas pelo cárcere, oferecendo um sentimento de esperança e acolhimento.

O presente trabalho demonstrou o quanto se faz necessário dar voz às mulheres encarceradas, ouvi-las e oferecer um olhar mais empático, sem julgamentos, ou seja, praticar uma escuta-fala-sensível de mulheres ainda mais silenciadas por se encontrarem na situação de cárcere. E essa escuta pode ser feita por intermédio da justiça restaurativa que se propõe a diminuir os danos consequentes do crime e do sistema carcerário. Escutando as presidiárias dá-se visibilidade às realidades de abandono em que vivem essas mulheres.

Faz-se necessário colocar em evidência as problemáticas que denunciam a negligência da sociedade quanto aos assuntos femininos, inclusive quando envolvem a mulher infratora, ainda mais quando o caráter opressor do sistema atual determinado por mecanismos silenciadores das pautas dessas mesmas mulheres não as evidencia.

Precisamos pensar que as prisões não estão distantes de nós. Elas são produto de negligência e políticas que tratam diferenças como desigualdades. Por isso, não conseguiremos controlar uma conduta criminalizando, sendo de extrema importância a busca por outros meios de prevenção, e controle das condutas “desviantes”.

Nesse sentido, o crime tem muitas dimensões e a justiça restaurativa se propõe a analisar por completo e não propondo solucionar o conflito de forma superficial, aplicando pena a uma conduta tão somente. Os conflitos interpessoais podem ser resolvidos se as pessoas se comunicarem, e a justiça penal por ser em sua essência adversarial dificulta a admissão de responsabilidade, ao passo que a natureza voluntária e ausência de pena (não adversarial) permite. Dessa forma, pode a Justiça Restaurativa contribuir para a justiça penal ser mais mínima, até porque não tem sentido socializarmos uma pessoa para viver presa.

## REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna; SALLA, Fernando. **Apontamentos para uma história dos presídios de mulheres no Brasil**. Revista de Historia de las Prisiones. nº6 (Enero-Junio 2018). P. 7-23. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/325794717\\_Apontamentos\\_para\\_uma\\_historia\\_dos\\_presidios\\_de\\_mulheres\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/325794717_Apontamentos_para_uma_historia_dos_presidios_de_mulheres_no_Brasil). Acesso em: 28 out. 2019.

AS PRISÕES DE ISRAEL. Direção: Moreyra, Eugenia. Diretor: Kamel, Ali. Produção: Kogut, Yael. Cymerman, yair. Reportagem. **Globo News especial**. 2015 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VD6WSRXI5Yw>. Acesso em: 28 out. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. tradução Juarez Cirino dos Santos. - Coleção Pensamento Criminológico nº01. 6ª. Edição. Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia 1999

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 22.ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte MG: Letramento: Justificando, 2018

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão**. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – 1. Ed. Brasília, 2016. P. 80 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44>. Pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

CARAPIÁRIOS, Lucas P. **Pena Negociada E Justiça Restaurativa**: Distinções Necessárias. In: Revista Consenso / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (out.2017) – Salvador: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJBA, 2017

CARVALHO, Emanuela. **A Terceira Pessoa Depois de Ninguém**. Editora Paginae. Salvador- BA. 2018

CIEGLINSKI, Thaís. **Justiça Restaurativa é aplicada em presídios**. Agência CNJ de Notícias. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor**: O papel da Punição na política Criminal. Tradução de Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon, Isabela Alves. Coleção Percursos Criminológicos. Editora D'Plácido. V.1. 2018

COSTA, Ana Cláudia. **Abandono, A Pena Mais Sofrida de Mulheres nas Prisões do Rio**. Jornal O Globo. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/abandono-pena-mais-sofrida-demulheres-nas-prisoas-do-rio-16313782>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DANTAS. Heloisa de Souza; MENA. Meryleen. **ATÉ HOJE EU ME SINTO PRESA**. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC, dez 19, 2017. Disponível em: <http://ittc.org.br/ate-hoje-eu-me-sinto-presa%C2%B9/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DAVIS, Ângela. (1944) **Estarão As Prisões Obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. 2ªed., Rio de Janeiro: Diffel, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOFFMAN, Erving (1961). **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Dante Moreira Leite. Editora Perspectiva. Coleção Debates. São Paulo. 1974

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de **Penas perdidas**: O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Editora D' Plácido. Coleção Percursos Criminológicos. 3ª ed. Vol. 5. 2018

INFOPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Junho/2016. IBGE, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 01 nov. 2019.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.

JESUS, Joance Maria Guimarães de. **Justiça Restaurativa Aplicada Ao Juizado Especial Criminal: Em Busca Do Modelo Ideal**. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestrado Profissional Em Segurança Pública, Justiça E Cidadania, Salvador, 2014.

LIMA, Raquel C. Mulheres e Tráfico de Drogas: uma sentença tripla – parte I. **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania** – ITTC, 29 ago. 2015. Disponível em: <http://ittc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>. Acesso em: 02 nov. 2019.

LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos vivos. (1983) In: COSTA, Ana Cláudia. **Abandono, A Pena Mais Sofrida de Mulheres nas Prisões do Rio**. Jornal O Globo. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/abandono-pena-mais-sofrida-demulheres-nas-prisoos-do-rio-16313782>. Acesso em: 01 nov. de 2019.

LOMBROSO, Cesare; GUGLIELMO, Ferrero. **A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal**. tradutor Antonio Fontoura Jr.; Curitiba, 2017

MACÊDO, Sóstenes. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro**. Universidade Federal Da Bahia. Programa De Pós-Graduação Em Direito. Mestrado Em Direito Público, Salvador, 2016.

O CÁRCERE E A RUA. Direção: Wolff, Silvia. Produção: Sulzbach, Liliana. Longa- metragem / Sonoro / Não ficção. Documentário. 35mm, COR, 80min, 1.880m, 24q, Dolby digital. Porto Alegre – RD. 2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fr3bIY9FIOo>> Acesso em: 29 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002/12: **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Disponível em:<[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_UNU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf)> Acesso em: 28 out. 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.65.

PIEIDADE, Oliveira Fernando. **A Função Social Da Linguagem Presente Nos Círculos Restaurativos Como Instrumento De Efetivação Dos Direitos De Cidadania**. Universidade De Santa Cruz Do Sul – UNISC. 2015. 126 F. Programa De Pós-Graduação Em Direito – Mestrado E Doutorado. Área De Concentração Em Demandas Sociais E Políticas Públicas Linha De Pesquisa Políticas Públicas De Inclusão Social, 2015.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna**, O Público E Os Direitos Humanos. Novos Estudos CEBRAP N.º68, março 2004. p. 39-60.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. OLIVEIRA JUNIOR, Ney Menezes de.; **Prisão e estigma: reflexões sobre as visitas discentes às unidades prisionais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 150, p. 555-579, 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Alessandra\\_Prado3/publication/330845391\\_PRISAO\\_E\\_ESTIGMA\\_REFLEXOES\\_SOBRE\\_AS\\_VISITAS\\_DISCENTES\\_AS\\_UNIDADES\\_PRISIONAIS/links/5c57c356458515a4c756b1da/PRISAO-E-ESTIGMA-REFLEXOES-SOBRE-AS-VISITAS-DISCENTES-AS-UNIDADES-PRISIONAIS.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Alessandra_Prado3/publication/330845391_PRISAO_E_ESTIGMA_REFLEXOES_SOBRE_AS_VISITAS_DISCENTES_AS_UNIDADES_PRISIONAIS/links/5c57c356458515a4c756b1da/PRISAO-E-ESTIGMA-REFLEXOES-SOBRE-AS-VISITAS-DISCENTES-AS-UNIDADES-PRISIONAIS.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras**. São Paulo: Editora Record, 2015.

ROSENBERG. Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.227-242. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/5059/3678>> Acesso em: 29 out. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **30 Anos De Vigiar E Punir (Foucault)**. 11º Seminário Internacional do IBCCRIM. São Paulo. 2005

SABADELL, Ana Lucia. Algumas reflexões sobre as funções da prisão na atualidade e o imperativo da segurança. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de (Org.). **Estudos de Execução Criminal - Direito e Psicologia**. Belo Horizonte: TJMG/CRP, 2009, p. 29/37

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime, Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2007

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 349 p.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo**. G1. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2019.

WALGRAVE, Lode. **Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime**. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p.433

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema prisional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

## JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRO: RISCOS E POTENCIALIDADES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA INGLESA

**Renata Soares Ramos Falcão**

Graduanda em Direito (UNICAP). Pesquisadora Voluntária do Grupo Asa Branca de Criminologia (PIBIC/UNICAP).

**Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt**

Doutora em Criminologia (University of Oxford). Professora de Direito (UNICAP).

### UMA ALTERNATIVA FORA DA CURVA PUNITIVISTA

A justiça restaurativa é tema mundialmente debatido há pelo menos 40 anos, mas só chegou no Brasil há pouco mais de dez. Apesar de tema relativamente recente, a proposta não é de difícil compreensão. O objetivo é compor o conflito através de uma “troca de lentes”, como propôs Howard Zehr (1990), substituindo as antigas lentes, que proporcionavam visão de mundo com resposta retributiva, por um olhar diferenciado, que possibilite a restauração, ou seja, a reparação do dano – e não a mera punição do culpado.

Sendo assim, a justiça restaurativa traz uma alternativa “fora da curva” punitivista, o que, de início, choca o olhar retributivo viciado: seria um sistema de justiça voltado, precipuamente, não a punir, mas a reparar os danos provocados pelo delito e responsabilizar o agente (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2014; PALLAMOLLA, 2009).

É evidente (e importante) ressaltar, contudo, que um conceito engessado, fixo e acabado de justiça restaurativa é uma pretensão equivocada, haja vista que o termo é inexoravelmente multifacetado e se harmoniza bem com a flexibilidade. É, inclusive, essa flexibilidade que permite um tratamento caso a caso dos conflitos, no lugar do emprego de respostas-padrão, típicas de uma “justiça em linha de montagem” (ROSENBLATT; VALENÇA, 2015). Não obstante, apesar da referida ausência de uma teoria uníssona (ROSENBLATT, 2014b), é inegável a necessidade de identificar alguns pontos basilares compartilhados pelos restaurativistas em torno do que significa justiça restaurativa.

Para isso, é necessário, primeiro, identificar elementos conceituais ou princípios mínimos, sem os quais não se pode apontar como restaurativa alguma prática. Por exemplo, nesse sentido, pode-se afirmar que em um modelo restaurativo de justiça criminal, os principais tomadores de decisão são as próprias partes (ACHUTTI, 2014; CHRISTIE, 1992), o que, essencialmente, inverte o paradigma tradicional e remove do monopólio estatal a decisão a ser tomada.

Ao localizar no centro do processo as partes envolvidas na ofensa, a justiça restaurativa tira o Estado de sua posição clássica de ente principal na tomada das decisões nos conflitos penais. Outrossim, além de frear a força estatal e empoderar “pessoas reais”, o movimento restaurativo é essencialmente informal. Isso porque, para que uma sessão restaurativa seja capaz de promover o diálogo aberto a que se propõe, é necessário prover um ambiente confortável aos participantes. Ainda, o processo restaurativo deve ser visto não apenas como uma forma de solução de conflitos, mas, mais ainda, um instrumento de empoderamento dos envolvidos, principalmente da vítima (ROSENBLATT, 2015).

No Brasil, algumas discussões (e até práticas) foram iniciadas, inclusive no tocante à aplicação da justiça restaurativa no âmbito da justiça juvenil. Entretanto, enquanto que em terras estrangeiras a justiça restaurativa se tornou um dos temas mais discutidos da criminologia



contemporânea, e é apontada como um dos mais significativos desenvolvimentos da justiça criminal das últimas décadas – chamando a atenção, inclusive, da mídia e de governantes da esquerda e da direita –, ela permanece como uma temática subdesenvolvida no campo jurídico e criminológico brasileiro (ACHUTTI, 2014). Com efeito, o que se percebe, no Brasil, é uma reduzida visibilidade da justiça restaurativa, tanto nos discursos acadêmicos quanto em termos práticos.

Em razão do Brasil ser um país que adota uma lógica retributiva de justiça, que, portanto, foca, principalmente, na penalização de quem infringe a norma, é relevante a avaliação cautelosa de como seria possível a implementação de um “oásis restaurativo” em meio a um “deserto punitivo” (ROSENBLATT, 2014a). Isso porque é enorme o risco de uma sessão restaurativa se tornar mais uma forma de expressão de força punitiva estatal, já que um sistema modelado nos termos retributivos talvez não se adeque efetivamente aos princípios restaurativos, ou os coopte, o que desvirtuaria a prática em sua essência.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca ensaiar uma “brasilidade restaurativa” na justiça juvenil à luz do que observa possível em outro país, mas sem perder de vista as especificidades de um sistema de justiça criminal marcado por questões tão próprias à realidade latino-americana, como altos índices e formas diferenciadas de violência institucional (ROSENBLATT; FERNANDEZ, 2015).

## **O SISTEMA INFRAACIONAL BRASILEIRO**

No Brasil, levando-se em conta o conceito tripartite da teoria analítica do crime, para que a conduta praticada seja considerada um delito é necessário que estejam presentes não só a tipicidade e a antijuridicidade, mas, também, a culpabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 234). Dentro desta, existe a imputabilidade, formada pela higidez biopsíquica e a idade completa de 18 anos. Assim, os menores de 18 anos são inimputáveis por expressa previsão legal e, por isso, não são autores de crimes ou contravenções penais, mas sim praticam atos infracionais, cuja descrição da conduta é a mesma, entretanto, as repercussões jurídicas são diferentes.

A responsabilização juvenil por atos infracionais é regulamentada pela Lei nº 8.069 de 1990, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que, com seus mais de duzentos artigos, busca revestir os jovens de uma proteção especial, o que está em consonância com a doutrina de proteção integral prevista na Constituição Federal no artigo 228 e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Insta salientar que a proteção integral não se traduz em ausência de responsabilização nem em impunidade, mas sim em um procedimento diferenciado ainda dentro de uma lógica retributiva. São aplicadas medidas denominadas “socioeducativas” para adolescentes, de 12 a 18 anos, e medidas “de proteção” para crianças, menores de 12 anos. Apesar das medidas de proteção serem menos rigorosas do que as socioeducativas, é fato que ambas possuem um caráter não só pedagógico, mas punitivo (MELLO, 2004, p. 58).

Assim, em contraposição à ultrapassada doutrina da situação irregular vigente à época do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), o ECA trouxe, especialmente com alterações legislativas mais recentes promovidas pelas Leis nº 12.010/09 e nº 13.010/14, o princípio da desjudicialização, isto é, uma abordagem alternativa àquela formal, tradicionalmente aplicada aos adultos no sistema penal. A intervenção na vida de crianças e adolescentes, portanto, deve ser excepcional e mínima, pelas autoridades e instituições competentes e cuja a ação seja indispensável à efetiva promoção de direitos e da proteção da criança e do adolescente (art. 100, parágrafo único, VII,

ECA). Assim sendo, o princípio da desjudicialização aplicado aos adolescentes se presta à demonstração de um caminho diverso daquele trilhado pelo sistema tradicional, divergindo deste por trazer a possibilidade de uma alternativa aos processos de estigmatização inerentes ao sistema penal.

Além da desjudicialização prevista no ECA, que dialoga com mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, a lei federal nº 12.594 de 2012 trouxe incentivo explícito à aplicação de elementos restaurativos aos casos envolvendo a prática de atos infracionais ao instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que estabelece parâmetros para o atendimento de jovens infratores, e, também, ao prever a priorização de práticas restaurativas que atendam às necessidades das vítimas durante a execução das medidas socioeducativas, consoante o artigo 35, inciso III, da referida lei.

Ante tais legislações que assinalam uma clara abertura jurídica a formas alternativas de autocomposição de conflitos nos casos de competência da justiça juvenil, a justiça restaurativa apresenta-se como possível modelo a ser introduzido na solução de atos infracionais a fim de cumprir com a desjudicialização, evitar a lógica retributiva e fugir das rotulações estigmatizantes próprias da estrutura formal do Judiciário (MACHADO; ROSENBLATT, 2015).

## **UMA BRASILIDADE RESTAURATIVA**

Foi em 2005 que o Poder Judiciário implementou a justiça restaurativa no Brasil, inicialmente em São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal e, posteriormente, foi ampliada, graças, principalmente, às Resoluções do CNJ de nº 125/2010 e 225/2016. A construção de uma “brasilidade restaurativa”, portanto, partiu essencialmente do Poder Judiciário, de modo que os programas restaurativos dependem em larga medida da recepção ou resistência dos atores desse Poder.

Em termos de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no âmbito da justiça infracional, a Lei nº 13.010 de 2014, em seu art. 70-A (acrescentado ao ECA), prescreve o dever do Poder Público de atuar através da implementação de políticas públicas destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações, segundo o inciso IV, o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente.

Nesse sentido, as práticas restaurativas foram implementadas na justiça juvenil como um esforço objetivando fazer cumprir as promessas de dignidade e tratamento diferenciado anunciadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre que os projetos de justiça restaurativa judicial aplicados nacionalmente estão confinados numa perspectiva meramente procedimental, o que não rompe com o paradigma típico de culpa-castigo – rompimento este essencial ao conceito de justiça restaurativa, que pressupõe uma distribuição de poder entre os envolvidos e até um redimensionamento da categorização dada aos “fatos delituosos” (ACHUTTI, 2013).

Ainda, muitas vezes a justiça restaurativa é desenvolvida somente após a judicialização do conflito, isto é, durante o cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou durante a liberdade assistida do adolescente. Este momento de promoção da justiça restaurativa, em tese, serviria para atuar preventivamente, “tanto prevenindo a violência quanto a judicialização do conflito, sempre que esse conflito possa ainda ser resolvido de forma dialogável” (CNJ, 2017, p.206).

Ocorre que ao se promover círculos restaurativos (ou qualquer outra prática restaurativa) com adolescentes que estão em liberdade assistida ou estão prestando serviços à comunidade, estes jovens já receberam uma responsabilização, ou seja, a aplicação de uma prática restaurativa é somada à responsabilização prévia que foi exatamente o que os levou a prestar serviços ou terem sua liberdade assistida. Mesmo nos casos em que tais práticas não foram implementadas pelo Judiciário mas apenas apoiadas por este (através de capacitações), o que ocorre não é um impedimento à judicialização; ao contrário, reforça-se a responsabilização de uma conduta previamente judicializada e esse reforço é feito através de mais um mecanismo que, apesar de não ser necessariamente inserido no Poder Judiciário, é sim um mecanismo incentivado e capacitado por este.

Nesses casos, a justiça restaurativa é empregada após a judicialização e durante a execução da sanção aplicada. Eventuais aplicações de justiça restaurativa em momentos pré-processuais são raras, e via de regra tratam-se de projetos envolvendo escolas (a exemplo do que ocorre em Caxias do Sul, RS). Não há, portanto, a hipótese da justiça restaurativa *de per se* ser considerada suficientemente capaz de promover uma responsabilização efetiva no jovem. Não há a possibilidade de substituir a sentença judicial pelo acordo celebrado entre as partes num círculo restaurativo. Assim, o que ocorre é que a responsabilização judicial é somada à “responsabilização alternativa” da justiça restaurativa, num sorrateiro *bis in idem*.

Com tais críticas não se pretende criar a ideia de que há uma incompatibilidade entre justiça restaurativa e sistema infracional brasileiro. Na verdade, o que se propõe é que as práticas restaurativas sejam implementadas de modo a realmente serem capazes de evitar a judicialização do conflito e não de reforçá-la, a fim de que não haja uma “punição pedagógica secundária”. Isso porque a questão de uma nova responsabilização durante a execução de medidas socioeducativas coloca em cheque a tese de que a justiça restaurativa serviria como instrumento de humanização, pois a chance da justiça restaurativa se prestar a uma punição incrementada à primeira não é baixa.

Igualmente, uma restauratividade que evite a judicialização do conflito, impedindo o encaminhamento deste à justiça, pode, também, apresentar questões tão problemáticas quanto as que são suscitadas em momentos restaurativos pós-judicialização.

Especialmente no Brasil, um dos princípios restaurativos que se deve dar atenção é o respeito mútuo entre os participantes, visto que se trata de princípio essencialmente conectado ao valor da eliminação do preconceito (OLIVEIRA, 2007). Em um país marcado pelo racismo institucional, a corroboração do preconceito racial nos procedimentos judiciais e, inclusive, em procedimentos restaurativos (que, aqui, são imbricados no Judiciário) é uma consequência esperada, visto que a cultura brasileira historicamente é estruturada em bases racistas.

Nesse sentido, uma brasilidade restaurativa deve dialogar com a cultura do país, devendo ser capaz de operar em consonância ao combate ao racismo, inclusive porque a lógica racial típica do direito penal é reproduzida nos conflitos infracionais, de modo que o alvo das medidas “socioeducativas” é a juventude negra e periférica – o que evidentemente não significa que são esses os únicos jovens que praticam condutas que possam se enquadrar no conceito jurídico de ato infracional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo o Levantamento Anual SINASE, em 2016, 59,08% dos adolescentes e jovens em restrição e privação de liberdade foram considerados de cor parda/preta, 22,49% de cor branca, 0,91% de cor amarela e 0,98% da raça indígena e 16,54% dos adolescentes e jovens não tinham registro quanto à sua cor ou raça. Disponível em: [https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento\\_2016Final.pdf](https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf) Acesso em 29/11/2019.

Além disso, não se pode olvidar a confusão tão tipicamente brasileira feita entre os conceitos de justiça restaurativa e constelação familiar. A constelação familiar é uma abordagem terapêutica criada pelo filósofo alemão Bert Hellinger baseada na fenomenologia e utiliza-se de representações para resolução de questões psicológicas (LINHARES, 2018). A justiça restaurativa, por outro lado, possui uma essência eminentemente comunitária e busca compor os reflexos de uma conduta específica através da atuação direta das partes envolvidas no conflito.

Uma discussão aprofundada acerca do tema das constelações familiares não cabe aqui. O que importa, neste momento, é esclarecer que se trata de uma abordagem que não se confunde com o conceito de justiça restaurativa, mas que, em território nacional, tem sido comumente embaralhada na mesma “caixa” em que é colocada a justiça restaurativa.

Haja vista o ainda insuficiente desenvolvimento brasileiro na literatura e, mais ainda, na prática em torno da temática restaurativa, propomos um olhar sobre a experiência inglesa, não para promovermos uma cópia do modelo inglês, mas para esticar a nossa imaginação sobre o que é possível e, assim, enriquecer a discussão no presente trabalho.

## **A EXPERIÊNCIA RESTAURATIVA ENVOLVENDO ADOLESCENTES E CRIANÇAS NA INGLATERRA**

A implementação de práticas restaurativas na Inglaterra ocorreu no início dos anos 1990 e, com quase 30 anos de execução, revela-se como ponto de partida no mínimo útil para fornecer mecanismos capazes de promover uma exploração com maior profundidade acerca dos riscos e potencialidades da justiça restaurativa no que tange à justiça juvenil.

Na Inglaterra, nos casos envolvendo jovens de 10 a 17 anos, utiliza-se a *referral order*, através da qual os “painéis restaurativos” (*youth offender panels*) irão, em conjunto ao jovem, definir o conteúdo de um “contrato”. Esses painéis são formados por dois membros da comunidade em que o jovem está inserido e um membro do *youth offender team* (YOT) e, em tese, o jovem deve participar da feitura desse contrato ou acordo, que nada mais é do que um plano de como reparar o dano causado.

Nesse cenário, o papel do juiz é reduzido, e sua função se resume a estipular a duração da *referral order*, que somente pode durar de 3 a 12 meses, o que termina por demonstrar uma certa desjudicialização nos procedimentos ingleses, visto que o conteúdo do plano final de reparação não é decidido pelo magistrado – o que, ao menos em tese, suscita que esta prática pode ser caracterizada enquanto restaurativa, na medida em que visa “devolver” o conflito (CHRISTIE, 1977) às partes diretamente afetadas.

Ainda, consoante aponta Rosenblatt (2015), a intenção dos referidos painéis é de se distanciar da formalidade dos tribunais e estabelecer, em contrato, um plano restaurativo, que deve sempre incluir um elemento de reparação à vítima ou à comunidade, bem como programas com o escopo de evitar a “reincidência” da infração. Percebe-se, então, que, em teoria, o modelo inglês foi celebrado como prática restaurativa que preenche diversos requisitos necessários para que se considere um modelo como restaurativo – inclusive, a Organização das Nações Unidas emitiu um manual em 2006 sobre justiça restaurativa, no qual os referidos painéis ingleses são citados enquanto exemplo de programas restaurativos para jovens infratores (Organização das Nações Unidas, 2006).

Apesar da roupagem restaurativa que reveste tais painéis, a mesma autora aponta que, na prática, o que ocorre é muito mais um procedimento engessado do que uma forma restaurativa de resolução de conflitos. Isso porque, antes do encontro, em uma entrevista inicial entre o profissional do YOT e o adolescente, é produzido um relatório inicial que quase sempre tem seus

termos repetidos no contrato final, sem um diálogo real ou uma devida troca de impressões entre os participantes do encontro. Assim, a entrevista inicial é o que define o resultado final do procedimento, e o encontro em si não é utilizado como base para gerar alterações substanciais no contrato que posteriormente será apresentado ao jovem. Inclusive, os membros leigos comunitários alegam que não foram capazes de propor soluções para além das previstas no relatório por não terem conhecimento de opções disponíveis na comunidade.

A justiça restaurativa pressupõe um procedimento que deve ser inclusivo, informal e empoderador, de modo que todos os envolvidos participem na delimitação de qual foi o dano e de qual a melhor forma de repará-lo. Nesse sentido, o próprio infrator (neste caso, adolescente ou criança) deve entender o dano causado e entender sua implicação na reparação desse dano. Assim, a partir do momento em que os acordos que serão propostos aos jovens são redigidos antes mesmo do diálogo entre eles e os membros da comunidade e do *youth offender team*, não se chega a um processo inclusivo tampouco empoderador.

Outrossim, apesar do *youth offender panel* buscar a participação da vítima em um diálogo sobre a infração e sobre a forma de reparar os danos resultantes da ofensa, e buscar, também, a participação da família e da comunidade de apoio do infrator e da vítima, além de envolver membros leigos da comunidade, na prática, o que se observa é que são apresentadas "peças de teatro" sob o rótulo de "justiça restaurativa" (ROSENBLATT, 2014a).

Nessa esteira, a aplicação de práticas restaurativas a casos envolvendo jovens na Inglaterra acaba por não ser capaz de promover uma mudança cultural nem na sociedade nem no jovem. Isso porque os membros comunitários que porventura comparecem a esses encontros restaurativos são quase sempre pessoas que não refletem a "essência" da comunidade, ou seja, quem tem tempo e dinheiro para frequentar esses espaços de forma voluntária são, em grande parte, brancos e aposentados da classe média. Além disso, essas pessoas não se envolvem no conflito, não se debruçam sobre os fatos e nem conseguem, no pouco tempo de encontro orquestrado pelo relatório inicial, conectar-se com os jovens com quem são confrontados.

Não obstante o fato de que os membros da comunidade são os facilitadores do encontro, eles, na verdade, seguem as recomendações já definidas no relatório, sem espontaneidade, o que torna o que deveria ser um encontro em uma atuação. Por outro lado, a vítima quase sempre não está presente e os jovens normalmente não compreendem o que se passou.

Ademais, a questão acerca de quem seria a representação ideal da comunidade se coloca em evidência. Em um mundo como o é o contemporâneo, os laços que são formados entre vizinhos, por exemplo, possuem um grau de profundidade reduzido, senão inexistente.

Assim, está-se diante de uma situação difícil para a justiça restaurativa, visto que se trata de uma forma de resolução de conflitos autocompositiva de base eminentemente comunitária. Nesse sentido, é necessário que seja trabalhada uma noção mais concreta e atual de comunidade:

É preciso aceitar o fato de que, em tempos de modernidade líquida, existe uma grande probabilidade de práticas restaurativas envolverem participantes que nunca se viram antes, e que não vão querer permanecer em contato depois do processo restaurativo. Nesse contexto, aqueles ideais de restaurar relacionamentos (entre as partes) e (re)construir comunidades (em torno das partes) não faz sentido. O verdadeiro desafio, num contexto como esse, é de como fazer uma reunião entre estranhos uma experiência significativa para todos (ROSENBLATT, 2014, p. 78).

Tendo-se em mente que tais constatações empíricas ocorreram diante de um arcabouço legislativo bem "amarrado" – como o é o modelo inglês – é fato que a possibilidade de

desjudicialização dos atos infracionais através da justiça restaurativa, no Brasil, apesar de bem-vinda, apresenta diversos riscos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um país em que é necessária a implementação de políticas públicas para a concretização de direitos básicos previstos na Carta Constitucional, a execução de práticas restaurativas a fim de se cumprir efetivamente a desjudicialização prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente parece de difícil alcance. Ainda assim, não se pode olvidar as vantagens que podem advir de uma possível aplicação de métodos restaurativos aos casos envolvendo jovens e o sistema infracional brasileiro, visto que, na prática, o contexto atual em que tais casos encontram-se é assustadoramente próximo ao sistema penal.

No Brasil, apesar de haver previsão legal para aplicação de diversos tipos de medidas socioeducativas, o número de adolescentes sujeitos à privação e à restrição de liberdade (ou seja, sujeitos aos tipos de medidas socioeducativas mais intrusivas, quais sejam: internação, internação provisória e regime de semiliberdade) aumentou em 58,6%, segundo dados de 2015 comparados a 2009<sup>2</sup>. As medidas de privação ou restrição de liberdade fazem parte de uma lógica eufêmica, que mascara a realidade ao serem definidas como "medidas pedagógicas".

Ora, ao definir uma medida privativa de liberdade como "internação em estabelecimento educacional" (art. 112, inciso VI, ECA), o legislador favorece uma aplicação desorientada e distante da realidade dos referidos estabelecimentos. Essa falsa percepção da medida de internação contribui para seu emprego de forma irrazoável, inclusive porque não há vinculação direta entre determinados atos infracionais e determinada medida "socioeducativa", o que confere ao magistrado amplo poder decisório e abre espaço a possíveis arbitrariedades.

Ainda, não se pode negar a evidente natureza sancionatória das medidas socioeducativas, sob pena de uma aplicação completamente irracional e ilimitada dessas medidas, como bem assinalado por Minahim e Sposato (2011). Portanto, como forma de se abolir o "castigo" por parte do Estado às pessoas em desenvolvimento (que, cumpre ressaltar, já foi abolido no Direito de Família entre pais e filhos) e concretizar o princípio da desjudicialização, a justiça restaurativa mostra-se como uma alternativa promissora aos casos envolvendo o sistema de justiça juvenil brasileiro, mas, por óbvio, não perfeita e, no contexto nacional, deve-se recobrir a sua difusão e institucionalização de cautela.

Na Inglaterra, a prática restaurativa aplicada aos jovens infratores demonstra que os painéis lá existentes, apesar de encobertos de boas intenções, não repercutem tão beneficentemente quanto prometem na vida dos jovens nem da vítima e nem tampouco da comunidade. Assim, há uma dificuldade visível em tornar efetivo um encontro que teoricamente segue todos os princípios restaurativos. Não basta a existência de uma boa regulamentação da justiça restaurativa. É preciso que, "de baixo pra cima", todos os envolvidos nas práticas restaurativas sintam-se capazes de provocar mudanças e sintam-se confortáveis o suficiente para serem igualmente alvos de mudanças.

Outrossim, insta salientar que a relevância de se pensar a partir do modelo inglês não é para fins de cópia ou imitação da lógica estrangeira, mas sim para lançar um olhar crítico, e aprender com os riscos e erros ocorridos por lá, a fim de que se possa, em alguma medida,

---

<sup>2</sup> Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) referente ao ano de 2015, divulgado pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos (SNDCA/MDH). <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/02/em-seis-anos-numero-de-jovens-cumprindo-pena-aumenta-em-58/>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

preparar-se para eventuais desafios a serem enfrentados ao se implementar práticas restaurativas dentro da realidade brasileira.

Ademais, a mera responsabilização de uma conduta sem o devido suporte à construção de novos horizontes para os infratores acaba por gerar uma restauração inócua. Do mesmo modo que a intervenção estatal através da mera punição não é capaz de superar fatores determinantes da conduta praticada e, inclusive, gera processos estigmatizantes ao infrator, também uma prática restaurativa desvirtuada pode levar a uma responsabilização incapaz de contribuir à formação de novos caminhos a serem possivelmente trilhados pelo adolescente. O ideal é que, ao final de um encontro restaurativo, o jovem compreenda o que se passou ali, entenda as consequências de sua conduta à vítima e à comunidade, consiga responsabilizar-se pelo ocorrido e, a partir dali, consiga enxergar uma nova forma de lidar com seus conflitos.

Ainda, em uma realidade como a brasileira em que os problemas penais e, neste caso, infracionais, são visivelmente atrelados a um passado recente marcado pela escravidão, seguida da criminalização da vadiagem e, atualmente, a guerra às drogas, é preciso que se pense em interligar práticas restaurativas ao combate às desigualdades sociais e ao racismo.

Se as práticas restaurativas realmente são capazes de enfraquecer o processo de exclusão de indivíduos e promover uma sociedade com relações saudáveis entre seus componentes não é uma questão tão fácil de responder. Mas, ainda assim, em alguma medida, a justiça restaurativa parece atender melhor a essas demandas que extrapolam as funções declaradas da justiça tradicional. Por fim, ressalta-se que, sob pena de acabar por reforçar a operação da justiça retributiva, a justiça restaurativa deve ser estabelecida no Brasil em observância ao compromisso com a construção de novos horizontes aos jovens em conflito com a lei.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa no Brasil**: possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas*, v.13, n. 1, p.154-181, 2013.

ACHUTTI, D. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, D; PALAMOLLA, R. **Justiça Restaurativa**. In: AZEVEDO, R; RATTON, J. L; DE LIMA, R. **Crime, Polícia e Justiça No Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 436 a 449.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sumário executivo**: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Relatório Final. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/90b191c248b800d190b2481dc5ae5250.pdf>. Acesso em: 10.11.2019

CHRISTIE, N. Los Conflictos como pertenencia. In: BERTONI, E; BOVINO, A; CHRISTIE, N; ESER, A; HIRSCH, H; LARRAURI, E; MAIER, J; ROXIN, CLAUDIUS. **De Los Delitos y De LasVictimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 159 a 182.

LINHARES, Elaine. **A aplicação da técnica de constelação familiar na seção judiciária federal de santa catarina com o escopo de oportunizar a prevenção e a descontinuidade aos conflitos judicializados**. Artigo científico elaborado como conclusão de curso da Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC), Florianópolis, 2018.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **A proposta socioeducativa, a responsabilização como retribuição e a saída restaurativa**: uma indispensável reflexão sobre a prática judicial e a doutrina da proteção integral. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2015.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **(In)imputabilidade penal**. Adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora and SPOSATO, Karyna Batista. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Rev. direito GV**. 2011, vol.7, n.1, pp.277-298. ISSN 2317-6172.

OLIVEIRA, Fabiana Nascimento de. **Justiça restaurativa no sistema de justiça da infância e da juventude**: um diálogo baseado em valores. 2007. 161 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Criminal Justice Handbook Series**. Handbook on Restorative justice programmes. 2006. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Handbook\\_on\\_Restorative\\_Justice\\_Programmes.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf) Acesso em 30/11/2019.

PALLAMOLLA, R. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ROSENBLATT, F. F. Lançando um olhar empírico sobre a Justiça Restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 1, n. 2, p. 72 a 82, 2014a.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em Busca das Respostas Perdidas: Uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: Gisele Mendes de Carvalho; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato; Felix Araujo Neto. (Orgs.). **Criminologias e Política Criminal II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014b, p. 443-467.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; FERNANDEZ, Daniela Bolívar. 2015. Paving the Way toward a “Latin” Restorative Justice. **Restorative Justice**, v. 3, n. 2, p. 1-10, 2015.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária. In: Wanderley Rebello Filho; Heitor Piedade Junior; Ester Kosovski. (Org.). **Vitimologia na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 84-96.

ROSENBLATT, F. F.; VALENÇA, M. A. Saídas Restaurativas para uma Justiça em Linha de Montagem. In: Luciano Oliveira; Marília Montenegro Pessoa de Mello; Fernanda Fonseca Rosenblatt. **Para Além do Código de Hamburábi**: estudos sociojurídicos. Recife: ALIDI, 2015, p. 203 a 214.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **The Role of Community in Restorative Justice**. London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015.

ZEHR, Howard. **Changing Lenses**: a new focus for crime and justice. Scottdale: Herald Press, 1990.





**Coordenação:**

Kelly Gianezini (UNESC)

Fabíola Garrido (UFRRJ)



## A VULNERABILIDADE DE POVOS INDÍGENAS PARTICIPANTES DE PESQUISAS CIENTÍFICAS E A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

**Itanaina Lemos Rechmann**

Especialista em Direito Público (UNIFACS). Advogada (Borel e Prates Advogados Associados).

### INTRODUÇÃO

Para a realização de pesquisas científicas envolvendo seres humanos, a Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) n.º 466, de 12 de dezembro de 2012, exige a obtenção do consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa, a fim de legitimar não só a participação, com também a realização da pesquisa.

As informações prestadas ao participante da pesquisa deverão estar expressamente veiculadas no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) em linguagem clara e adequada à inteligência do participante, segundo suas particularidades, de modo que o consentimento dado efetivamente seja livre e esclarecido, considerando, ainda, a voluntariedade e a gratuidade da participação, em regra.

Excepcionalmente, é admitida a realização de pesquisas científicas em grupos e/ou pessoas vulneráveis, tais como crianças, militares, presidiários e povos indígenas.

No que diz respeito aos povos indígenas, diante do quantitativo dos povos e da variedade linguística e cultural entre esses, bem como a existência de povos isolados, questiona-se de que forma o consentimento livre e esclarecido desses povos viabilizará a efetiva proteção de seus direitos no contexto das pesquisas científicas, dada a forma que por vezes esse consentimento é obtido, conforme restará evidenciado por meio do relato de casos envolvendo os índios brasileiros Yanomami e Karitianas, nas décadas de 70 e 90, respectivamente, e dos índios Havasupai, nos Estados Unidos, em meados da década de 90.

Sem embargo das normas protetivas insculpidas em resoluções do CNS amparadas, inclusive, em documentos internacionais, constata-se a vulnerabilidade dos povos indígenas no contexto das pesquisas científicas em geral por questões relacionadas à falta de poder (inclusive informacional), em desprestígio à sua autodeterminação.

Em respeito à cultura, às tradições e à identidade dos povos indígenas convidados a participar ou já participantes das pesquisas científicas, são veementemente repudiadas quaisquer ações coercitivas que sejam capazes de induzir-lhes ou obrigá-los a consentir com participação na pesquisa ou nela permanecer.

A exigência do consentimento livre e esclarecido, portanto, além de validar a realização da pesquisa – assegurado o direito do participante dela se retirar a qualquer tempo, sem qualquer sanção –, assegura direitos protetivos ao participante da pesquisa, que deve ter preservada a sua dignidade, não podendo, de forma alguma, ser rotulado ou tratado como cobaia (humana).

Para a obtenção do consentimento livre e esclarecido, devem ser fornecidas informações de forma clara e adequada ao entendimento do convidado a participar da pesquisa, de modo que se atribui aos pesquisadores e ao Estado a responsabilidade solidária de fornecer-lhe meios para que possa dialogar não apenas acerca da anuência ou não para a participação na pesquisa, mas, também, para que avalie e discuta os riscos e os benefícios da pesquisa, sopesando-os, em consonância com suas crenças e em prol da comunidade envolvida.

## **A PROTEÇÃO AO PARTICIPANTE DE PESQUISA CIENTÍFICA E A ÁREA TEMÁTICA DE POVOS INDÍGENAS**

O CNS, por meio da Resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012, regulamenta a pesquisa envolvendo seres humanos, respeitando a dignidade humana dos participantes das pesquisas científicas dessa natureza.

O desenvolvimento científico e tecnológico, necessário ao avanço das sociedades, diante da própria dinamicidade desta, não está escape à observância de preceitos éticos, uma vez que o progresso da ciência e da tecnologia deve estar associado à preservação da vida humana, incluindo aspectos culturais e comportamentais de cada indivíduo envolvido na pesquisa científica, com vistas, ainda, ao benefício de toda uma coletividade circundante.

Nesse sentido, a Resolução em comento, em seus considerandos, afirma “[...] que todo o progresso e seu avanço devem, sempre, respeitar a dignidade, a liberdade e a autonomia do ser humano”.

Para tanto, de forma a resguardar a proteção à vida humana, em especial do participante da pesquisa científica, são referenciados documentos internacionais os quais reconhecem e afirmam a dignidade, a liberdade e a autonomia do ser humano, a saber: o Código de Nuremberg (1947), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e versões), o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003) e a Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos (2004).

Também a Constituição Federal de 1988 é mencionada na citada Resolução, em especial os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito insculpidos respectivamente nos artigos 1º e 3º: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda como forma de proteger os participantes da pesquisa, em suas disposições preliminares, a Resolução CNS n.º 466/2012, seguindo a linha da Resolução CNS n.º 196, de 10 de outubro de 1996, incorpora os referenciais bioéticos da autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade.

Além do respeito à dignidade e à autonomia do participante da pesquisa, inclusive assegurando o seu direito em não ingressar ou não permanecer na pesquisa, são aspectos éticos

da pesquisa envolvendo seres humanos a maximização dos benefícios e a minimização dos danos e riscos, sejam eles potenciais, individuais ou coletivos, garantindo que os danos previsíveis serão evitados, e a relevância social da pesquisa, uma vez que esta deverá ter destinação sócia e humanitária, considerando igualmente os interesses dos envolvidos.

Especialmente acerca da proteção dos povos indígenas, cumpre mencionar a Resolução CNS n.º 304, de 9 de agosto de 2000, a qual deve ser lida conjuntamente com a Resolução CNS n.º 466/2012, uma vez que aquela, regulamentando de forma complementar a Resolução CNS n.º 196/1996, aprova normas para pesquisas envolvendo seres humanos, na área temática especial de povos indígenas.

Com efeito, a Resolução CNS n.º 304/2000, com mais vagar, dedicando-se exclusivamente aos povos indígenas, reconhece o direito de participação destes nas decisões que os afetem, em consonância especialmente com a Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – esta que só veio a ser promulgada em 2004, por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril –, e com os direitos constitucionalmente reconhecidos aos índios nos artigos 231 a 232.

Além de trazer as definições de povos indígenas, índio e índios isolados, a Resolução CNS n.º 304/2000 impõe a observância, nas pesquisas envolvendo povos indígenas, também dos referenciais bioéticos, segundo as peculiaridades de cada povo e/ou comunidade, devendo ser respeitados a visão de mundo, os costumes, as atitudes estéticas, as crenças religiosas, a organização social, as filosofias peculiares, as diferenças linguísticas e a estrutura política, não sendo admitidas a exploração física, mental, psicológica ou intelectual e social dos indígenas, nem a criação de situações que coloquem em risco sua integridade e seu bem-estar físico, mental e social.

A proteção aos povos indígenas participantes das pesquisas científicas também pode ser observada quando da possibilidade de suspensão da pesquisa a qualquer tempo caso a comunidade indígena em estudo assim o requeira ou se a pesquisa em desenvolvimento gerar qualquer tipo de conflito e/ou mal estar no seio da comunidade ou, ainda, se violadas quaisquer formas de organização e sobrevivência da comunidade indígena (Resolução CNS n.º 304/2000, item V).

Vê-se, portanto, que os povos indígenas possuem proteção especial no contexto das pesquisas científicas, em prestígio às suas tradições e crenças, sobretudo quando se encontram em posição de vulnerabilidade.

## **A VULNERABILIDADE DE POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO DA PESQUISA CIENTÍFICA**

A Resolução CNS n.º 196/1996, em seu item II.15 definia vulnerabilidade como o “[...] estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

A Resolução CNS n.º 466/2012, por sua vez, define vulnerabilidade em seu item II.25 de forma semelhante, acrescentando os casos de pessoas com capacidade de autodeterminação impedida ou ainda aquelas que de alguma forma estejam impedidas de opor resistência.

Em sentido amplo, a vulnerabilidade é definida como a incapacidade do indivíduo ou grupo de proteger os próprios interesses. Prejudicialmente, a vulnerabilidade do participante da pesquisa poderá sujeitá-lo a fatores de coerção, levando-os a situações de exploração, diante de consentimento inadequado, bem como a sua exclusão da pesquisa e de seus benefícios (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 31).

Com base nesse conceito, tem-se que a vulnerabilidade pode estar associada a vários fatores, presentes concomitantemente ou não: sexo, idade, condição sociocultural, grau de instrução, política, entre outros. A confluência desses fatores pode levar o participante da pesquisa a sujeitar-se a situações que coloquem em risco sua saúde física e mental ou, ainda, que contradiga suas aceções de moral (ALMEIDA, 2009, p. 18).

A vulnerabilidade, portanto, é uma potencialidade de qualquer participante da pesquisa, uma vez que toda pesquisa pode, em tese, causar danos. Todavia, há grupos e/ou pessoas que são particularmente vulneráveis, encontrando-se, pois, de forma iminente, sob risco de dano, como as pessoas ou populações em situação de pobreza material ou com capacidade mental reduzida. Outras pessoas, contudo, podem tornar-se vulneráveis devido às circunstâncias específicas do caso. Em ambos os casos, de todo modo, a vulnerabilidade está associada à desigualdade na relação de poder (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 31-32).

A assimetria de poder entre pesquisadores e patrocinadores, de um lado, e participantes da pesquisa, de outro, sobressaindo os primeiros, acaba prejudicando a relação entre ambos, de modo que aqueles, intencionalmente ou não, podem, embora não devam, tirar proveito da situação, coagindo o convidado a participar da pesquisa, ainda que não seja esta do melhor interesse do convidado, bem como evitando a justa partilha dos benefícios da pesquisa com a população que dela participa (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32)

Também a vulnerabilidade de povos indígenas está associada à falta de poder, traduzido não apenas no abismo informacional entre pesquisadores e participantes de pesquisas, como na suscetibilidade destes à discriminação por grupos sociais dominantes, que os expõe a riscos de saúde, físicos, psicológicos, sociais e econômicos (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32-33).

Essa falta de poder e os problemas dela decorrente podem ser combatidos com o consentimento livre e esclarecido, atentando-se para os riscos maiores e também não físicos; a confidencialidade; e a capacitação, do participante da pesquisa, por meio de recursos e da educação (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32-33).

De todo modo, as fontes da vulnerabilidade são diversas, podendo se falar em vulnerabilidade extrínseca e intrínseca consoante seja ocasionada por circunstâncias externas, como a citada falta de poder, ou por características internas aos próprios indivíduos, como doença grave e idade. Estas vulnerabilidades poderão estar presentes de forma concomitante, inclusive (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32).

Reconhecendo a vulnerabilidade de povos indígenas, a Resolução CNS n.º 304/2000, à época embasada no conceito de vulnerabilidade já apresentado pela Resolução CNS n.º 196/1996, recomenda, preferencialmente, que as pesquisas científicas não sejam realizadas em comunidades isoladas, o que apenas seria admitido excepcionalmente, apresentando-se detalhadamente as justificativas.

Sobre a pesquisa com povos indígenas isolados, cita-se, ilustrativamente, o caso dos Yanomami que, na década de setenta, participaram de pesquisa científica na área da genética e apenas no ano de 2001 souberam que cerca de doze mil amostras de sangue que haviam sido coletadas estavam sendo armazenadas em biobancos universitários nos Estados Unidos. Por ser um dos povos mais isolados do mundo, com imensa variabilidade linguística e social dentro da própria comunidade, questiona-se se houve, de fato, consentimento livre e esclarecido, considerando, ainda, as indevidas induções tais como presentes, vacinas e medicamentos dados em troca da participação na pesquisa (SCHIOCCHE, 2013, p. 162-163).

A constatação de que os povos indígenas são um grupo vulnerável no contexto da pesquisa científica levou à edição de normativa específica protetiva dos direitos desses povos, sendo abordada em área temática especial (GUSMAN; RODRIGUES; VILLELLA, 2016, p. 937).

Quando se tratar de grupos indígenas, ou quaisquer outros grupos vulneráveis e/ou de culturas diferenciadas, deve-se, inclusive, justificar, quando do protocolo da pesquisa, a escolha e o tamanho da amostra, particularmente quando a pesquisa se referir à genética humana (item IV.1, d, da Resolução CNS n.º 340/2004).

De todo modo, para que se tenha uma seleção justa de participantes de pesquisa vulneráveis, inclusive povos indígenas, deverão ser levados em consideração a importância e os benefícios da pesquisa para o participante e/ou sua população, adequando-se cultural e socialmente a metodologia do estudo à população envolvida. Igualmente, a pesquisa deverá ser conduzida de forma a preservar a integridade física e psíquica do participante da pesquisa e da comunidade na qual está inserido, viabilizando o bem-estar do indivíduo e da sua coletividade próxima, uma vez que os benefícios advindos da pesquisa deverão ser disponibilizados à população vulnerável dela participante (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 39).

Sobre pesquisas científicas na área da genética humana, cumpre observar que a vulnerabilidade pode ser visualizada também a partir do contexto sanitário, considerando a marginalidade social, a segregação geográfica, a invisibilidade demográfica e a discriminação ético-racial a que esteja sujeito o participante da pesquisa (SCHIOCCHET, 2013, p. 164-167).

A vulnerabilidade de povos indígenas participantes de pesquisas científicas pode ser visualizada a partir da análise dos casos dos índios Karitianas, noticiado em 1996, e Havasupai, em meados da década de noventa.

Os Karitianas, que à época tinham dificuldade em assimilar a língua portuguesa, receberam doces e foram ameaçados do contágio de doenças perigosas, viabilizando, assim, a coleta de amostras genéticas e culturas de células as quais, posteriormente, foram comercializadas na internet por empresa dos Estados Unidos, sendo que para esses povos o sangue fora do corpo causa turbulência à comunidade (SCHIOCCHET, 2013, p. 170-171; 176-179).

Já os índios Havasupai, eles permitiram a coleta de material genético para a pesquisa das causas do aumento de diabetes na tribo, não tendo, contudo, consentido que suas amostras fossem utilizadas em outras pesquisas científicas como foram, inclusive pesquisas nas quais resultaram contradição com a história do povo quanto ao seu local de origem (SCHIOCCHET, 2013, p. 161-162).

Diante da ocorrência de casos como os citados anteriormente foi que a Resolução CNS n.º 304/2000 passou a prever que a formação de bancos de DNA ou quaisquer outros materiais biológicos de povos indígenas não é admitida sem a expressa concordância da comunidade envolvida e desde que haja apresentação detalhada da proposta no protocolo de pesquisa a ser submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), devendo ser formalmente aprovado por ambos.

A utilização de indevidas induções para coagir o índio ou a sua comunidade a participar da pesquisa científica é repudiada, considerando-se, inclusive, que a Convenção n.º 169 da OIT, em seu artigo 3º, 2, veda o emprego de força ou métodos coercitivos que violem os direitos humanos e as liberdades dos povos indígenas, ao tempo em que devem ser preservados e valorizados os seus direitos, a exemplo do exercício da cidadania.

Outrossim, o oferecimento de recompensas, de qualquer espécie, viola a gratuidade da participação, haja vista que a Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, veda a comercialização do corpo humano.

Ao reconhecer o texto constitucional (artigo 231 e 232) os direitos dos índios à sua organização social, aos seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, é forçoso afirmar que também no contexto das pesquisas científicas os direitos dos povos indígenas devem ser assegurados, garantindo-se-lhes meios não apenas de decidir pela participação ou não na pesquisa, como informações adequadas à compreensão dos riscos e dos benefícios relacionados, considerando sua história de vida e cultural, sua identidade e a relação que possuem com os recursos naturais, exorbitando, pois, a ótica econômica (ALMEIDA, 2009, p. 18-20).

Diante, pois, da posição de vulnerabilidade a que pode estar sujeito o indígena participante da pesquisa científica, ainda mais necessária a obtenção do consentimento livre e esclarecido, não apenas como forma de validar a participação na pesquisa, mas, sobretudo, diante do seu processo de construção, verificar a própria legitimidade da realização da pesquisa, consoante os costumes, as crenças, religiões, organização social e outros direitos dos povos tradicionais que dela irão participar.

## **O CONSENTIMENTO OU ASSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DE POVOS INDÍGENAS PARTICIPANTES DE PESQUISAS CIENTÍFICAS**

A Resolução CNS n.º 466/2012 traz, dentre outras, as definições de assentimento livre e esclarecido e de consentimento livre e esclarecido, ambos no sentido de anuência:

II.2 - assentimento livre e esclarecido - anuência do participante da pesquisa, criança, adolescente ou legalmente incapaz, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação. Tais participantes devem ser esclarecidos sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa lhes acarretar, na medida de sua compreensão e respeitados em suas singularidades;

II.5 - consentimento livre e esclarecido – anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação e intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.

Como se vê, exige-se, para a realização da pesquisa, a anuência do indivíduo que voluntariamente dela participará, depois de prestados os devidos esclarecimentos em torno da pesquisa. É o que dispõe o item III.2, g, da Resolução CNS n.º 466/2012, de acordo com o qual as pesquisas científicas, em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos, deverão “[...] obter consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa e/ou seu representante legal, inclusive nos casos das pesquisas que, por sua natureza, impliquem justificadamente em consentimento a posteriori;”.

O consentimento livre e esclarecido, todavia, é visto como um processo, não se resumindo à mera anuência à participação na pesquisa. As etapas deste processo vêm descrita no item IV e subitens da Resolução CNS n.º 466/2012.

Em uma fase inicial, antes mesmo de manifestada a anuência, ao convidado a participar da pesquisa científica deverão ser prestados adequados esclarecimentos em torno da pesquisa, preservando a sua privacidade, buscando-se, para tanto, momento, condição e local mais

familiares/confortáveis ao convidado, a quem serão prestadas as informações em linguagem clara e acessível, a fim de que possa assimilar o conteúdo que lhe está sendo passado, segundo sua cultura, faixa etária, condição socioeconômica e autonomia.

Quando a vulnerabilidade da população envolva questões educacionais, por exemplo, os patrocinadores da pesquisa deverão adotar medidas que a auxiliem a compreender a pesquisa, planejando estratégias especiais segundo o nível de educação ou compreensão daquela população e adotando instrumentos que se fizerem necessários e adequados como panfletos, vídeos e encenações teatrais (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 36).

Sobre as informações iniciais prestadas, estas dizem respeito, basicamente, ao objetivo, ao método, às exigências, aos riscos e aos potenciais benefícios da pesquisa, explicando ao convidado o que a pesquisa irá investigar; de que forma irá proceder; o que acontecerá com ele; quais os prejuízos a que pode estar sujeito; e quais os aspectos benéficos que podem ocorrer (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 36).

Ainda como forma de viabilizar a assimilação dessas informações, deve ser oportunizado ao convidado a participar da pesquisa científica tempo suficiente para refletir sobre a proposta, avaliando-a, podendo, ainda, consultar familiares e/ou outras pessoas para auxiliá-lo nesse processo de tomada de decisão (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 36).

Após esta etapa inicial, na qual foram prestados esclarecimentos básicos, passa-se ao fornecimento de outras informações cujas respostas em geral vêm dispostas em formulários previamente elaborados, abordando as seguintes questões: de que forma serão protegidas a privacidade e a confidencialidade; quais as alternativas existentes à participação, se houver; de que forma o participante poderá se retirar da pesquisa; o que ocorre com a saída do participante; como e por quem a pesquisa será monitorada; de que forma as reclamações do participante podem ser registradas; se os pesquisadores podem ser contatados; se os participantes irão receber algum tipo de pagamento ou contraprestação; se a pesquisa é financiada (e por qual valor); se há conflitos de interesses entre os pesquisadores, os patrocinadores ou instituições; se são esperados benefícios para a população em geral; e de que forma as pessoas ficarão sabendo dos resultados, sua divulgação (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 36).

Após, finalmente, essa outra leva de informações, passa-se à redação do TCLE, no qual, de forma expressa e escrita, o participante da pesquisa manifesta o seu consentimento livre e esclarecido, devendo, para tanto, conter em tal documento “[...] todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar;”, nos termos do item II.23 da Resolução n.º 466/2012.

O TCLE, reduzindo a termo todos os esclarecimentos que foram prestados ao convidado a participar da pesquisa, deverá conter, obrigatoriamente a justificativa, os objetivos e os procedimentos a ser adotados na pesquisa, inclusive o método; os desconfortos (efeitos colaterais), riscos e benefícios esperados dessa participação, apresentando-se, ainda, as cautelas e as providências para evitar e/ou reduzir os efeitos adversos porventura ocorridos; a assistência a ser prestada ao participante da pesquisa, incluindo ressarcimento, indenização e cobertura de despesas, garantindo a sua liberdade de recusar a participar ou retirar o seu consentimento a qualquer tempo, sem penalização.

O TCLE, portanto, “[...] pode ser um mecanismo de proteção aos interesses e direitos dos participantes nas pesquisas” (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32)

Antes, pois, da concessão do consentimento livre e esclarecido, o TCLE deve ser apresentado ao convidado a participar da pesquisa científica, devendo ser lido e compreendido



por este, após os esclarecimentos que se fizerem necessários (item IV.2 da Resolução CNS n.º 466/2012).

É garantia do participante de pesquisa receber uma via do TCLE, o qual deverá ser aprovado pelo CEP perante o qual o projeto foi apresentado e pela CONEP, quando pertinente, devendo, ainda, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) autorizar a pesquisa antecipadamente, no caso de comunidades indígenas, considerando, inclusive, que a permanência ou trânsito por áreas indígenas também depende da autorização da FUNAI, nos termos do Decreto n.º 98.830, de 15 de janeiro de 1990, que dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, combinado com a Instrução Normativa n.º 01, de 29 de novembro de 1996, do Presidente da FUNAI, a qual aprova normas que disciplinam o ingresso em terras indígenas com finalidade de desenvolver pesquisas científicas.

Poderá, ainda, a CONEP solicitar parecer da Comissão Intersetorial de Saúde do Índio, quando necessária a consultoria (item VI.2 da Resolução CNS n.º 304/2000), a fim de subsidiá-la quando da apreciação das pesquisas enquadradas nessa área temática, independente de também se enquadrarem em outras.

Deve-se ter em vista que quando do protocolo da pesquisa, a Resolução CNS n.º 304/2000 prevê no item IV.2 que deve estar descrito o processo de obtenção e de registro do TCLE, haja vista que o consentimento livre e esclarecido de povos vulneráveis, como os indígenas, requer informações suficientes e compreendidas adequadamente não apenas em relação à pesquisa em si como também acerca das implicações dela decorrentes (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 35).

Sobre o consentimento livre e esclarecido de povos indígenas participantes de pesquisas científicas, a Resolução CNS n.º 196/1996, anterior à Resolução CNS n.º 466/2012, portanto, exige, nos casos de comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, “[...] a anuência antecipada da comunidade através dos seus próprios líderes, não se dispensando, porém, esforços no sentido de obtenção do consentimento individual;” (item IV.3,e), sendo, ainda, obrigatória a participação de consultor familiarizado com os costumes e tradições da comunidade (item VII.7).

Em sentido semelhante, a Resolução CNS n.º 304/2000, no item III, 2.4:

Ter a concordância da comunidade alvo da pesquisa que pode ser obtida por intermédio das respectivas organizações indígenas ou conselhos locais, sem prejuízo do consentimento individual, que em comum acordo com as referidas comunidades designarão o intermediário para o contato entre pesquisador e a comunidade. Em pesquisas na área de saúde deverá ser comunicado o Conselho Distrital;

O consentimento livre e esclarecido de povos indígenas poderá ser obtido de forma coletiva uma vez que estes tendem a priorizar o coletivo em detrimento do individual, o que não impede, todavia, que seja buscado, posteriormente, o consentimento individual. O consentimento coletivo, de todo modo, seria mais congruente diante da multiplicidade étnica e linguística dos povos indígenas, considerando, ainda, a variabilidade histórica e valorativa de cada um desses povos (SCHIOCCHET, 2013, p. 168-169).

Não obstante a atual Resolução CNS n.º 466/2012 também adote exigências acerca do processo de consentimento livre e esclarecido das pessoas com liberdade restrita ou com limitação dos esclarecimentos, deixou de fazer menção expressa à categoria “comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas” como se grupo vulnerável fosse, mas manteve, para o adequado consentimento dos povos indígenas, a obtenção da autorização do líder ou do coletivo sobre o indivíduo, em comunidades que reconheçam essas autoridades, sem prejuízo do consentimento individual, quando possível e desejável.

O processo de consentimento livre e esclarecido, em consonância com a Convenção n.º 169 da OIT (artigo 2º, 2, b), deverá fortalecer os povos indígenas, suas identidades, linguagens e religiões, cabendo ao Estado promover a plena efetividade dos direitos desses povos, respeitando a sua identidade, crenças, tradições e instituições.

Sobre o papel do Estado na afirmação dos direitos dos povos indígenas, a Constituição Federal, em seu artigo 215, § 1º, impõe-lhe o dever de proteger, apoiar, valorizar e difundir as manifestações culturais dos povos indígenas.

Aos pesquisadores, ainda na fase de planejamento da pesquisa, impõe-se o dever de capacitar a população vulnerável para que esta saiba avaliar os riscos e os benefícios oriundos da pesquisa, sopesando-os em conformidade com os seus valores e interesses, viabilizando, assim, efetivo consentimento livre e esclarecido. Sugere-se, ainda, a integração de representantes das comunidades envolvidas também no planejamento da pesquisa, de modo a participarem ativamente na execução da pesquisa, assegurando que esta atenderá às necessidades dos participantes envolvidos (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 38-40).

A capacitação, sem prejuízo de outras atividades, deverá incluir abordagem ética, fortalecendo a capacidade de pesquisa, a partir do desenvolvimento de tecnologias apropriadas com correspondente treinamento da equipe de pesquisa e, claro, a educação da comunidade local de onde serão convidados os sujeitos a participar da pesquisa (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 37).

Desse modo, o consentimento livre e esclarecido transborda a mera concepção de prestar informações ao convidado para que este anua ou não com a realização da pesquisa, tornando-se participante; ao revés, como um verdadeiro processo democrático, o consentimento livre e esclarecido inclui o empoderamento dos participantes vulneráveis para que, compreendendo e assimilando as informações prestadas de forma culturalmente adequada, possam até mesmo propor ajustes na execução da pesquisa em consonância com os seus saberes tradicionais, exigindo que os benefícios da pesquisa sejam revertidos em prol da comunidade em que inserido, assegurando seus direitos individuais e podendo, a qualquer tempo, retirar-se da pesquisa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A principal normativa acerca das pesquisas científicas envolvendo seres humanos é a Resolução CNS n.º 466/2012, em revisão da anterior Resolução CNS n.º 196/1996, assegurando direitos aos participantes da pesquisa, ao tempo em que lista preceitos éticos a serem adotados durante a realização dessa, desde o seu planejamento, com vistas a conciliar o progresso científico e a dignidade humana do participante da pesquisa.

Internacionalmente, outras normativas foram pioneiras na regulamentação das pesquisas científicas envolvendo seres humanos, como o Código de Nuremberg, em 1947, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, sendo, inclusive, esses documentos base para a atual Resolução CNS n.º 466/2012.

A pesquisa científica envolvendo seres humanos poderá ter a participação de pessoas e/ou grupos vulneráveis, ou seja, sujeitos que se encontram com dificuldade ou impossibilitados de opor resistência à realização da pesquisa, tais como povos indígenas, sobretudo quando estes vivem isolados, ou, ainda, aqueles que tenham capacidade de autodeterminação reduzida, quaisquer que sejam os motivos ou as razões.

A existência de povos indígenas vulneráveis e o relato de casos nos quais a participação acarretou a violação de direitos desses, levou ao surgimento da Resolução CNS n.º 304/2000, a

qual regula a participação de povos indígenas em pesquisas científicas, sem prejuízo de outras normativas que igualmente assegurem direitos aos índios, como o Decreto n.º 98.830/1990, a Instrução normativa 01/PRESI/1995 da FUNAI, a Constituição Federal e a Convenção n.º 169 da OIT.

Essa vulnerabilidade pode se dar tanto por fatos inerentes ao próprio indivíduo, tais como doença mental e idade, quanto a fatores externos, relacionados às condições socioeconômicas ou à falta de poder, esta associada sobretudo ao abismo informacional entre pesquisadores e participantes das pesquisas.

Informação é a palavra-chave no contexto da pesquisa científica, porquanto é a partir dela, da sua assimilação, que o participante exercerá, de forma plena, a sua autodeterminação, consentindo ou não com a participação na pesquisa, e, se participante, agir autonomamente dela podendo retirar-se sem quaisquer sanções.

Também a partir do recebimento de informações amplas, de qualidade e em linguagem adequada, conjugada com a capacitação dos convidados a participar da pesquisa, é que se viabilizará a redução da assimetria informacional que já entre pesquisador e participante da pesquisa científica, de modo que este será dotado de condições de discutir o projeto de pesquisa e de reivindicar em prol da sua comunidade os benefícios da pesquisa, livre de quaisquer coerções ou indevidas induções.

Diante disso, o consentimento livre e esclarecido, amparado nas informações que foram prestadas de forma clara e adequada ao participante da pesquisa, possui relevante papel na proteção dos direitos deste, sobretudo quando em posição de vulnerabilidade, uma vez que o TCLE condensará, dentre outras informações, os direitos do participante da pesquisa, além de explicar-lhe noções básicas da pesquisa, como seus elementos estruturantes, até a divulgação dos resultados da pesquisa, que deverão também ser revertidos em benefício da comunidade local envolvida.

Em relação aos povos indígenas, quando convidados a participar da pesquisa científica, sem prejuízo do consentimento individual, poderá ser obtido em um primeiro momento apenas o consentimento coletivo ou do líder cuja autoridade seja assim reconhecida, garantindo a confidencialidade da pesquisa e os recursos necessários para a atenção aos riscos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina Hespanha. **Investigação científica em seres humanos: a experiência de voluntários nos ensaios clínicos de uma nova vacina.** 2009. Dissertação (Mestrado em Saúde e Enfermagem) – Escola de Enfermagem, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, D.O.U de 05.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, D.O.U de 20.04.2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n.º 196 de 10 de outubro de 1996.** Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_inicial.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm)>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n.º 304 de 09 de agosto de 2000.** [...] Resolve aprovar as seguintes Normas para Pesquisas Envolvendo Seres Humanos - Área de Povos Indígenas. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_inicial.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm)>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n.º 340 de 08 de julho de 2004.** Aprova as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_inicial.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n.º 466 de 12 de dezembro de 2012.** Aprova as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_inicial.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2019.

GUSMAN, Christine Ranier; RODRIGUES, Douglas Antonio; VILLELA, Wilza Vieira. Trâmites éticos, ética e burocracia em uma experiência de pesquisa com população indígena. **Saúde Social.** São Paulo, v. 25, n. 4, p. 930-942, 2016.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. **RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde.** Rio de Janeiro, v. 2, Sup. 1, p. 31-41, dez., 2008.

SCHIOCCHET, Taysa. Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisas genéticas envolvendo os índios karitianas. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe (org.). **Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional.** 2 ed. Rio Grande: Editora da FURG; 2013. p. 161-182.

**Josiane Pantoja Ferreira**

Mestra em Planejamento e Políticas Públicas (UECE). Técnica em Assunto Educacionais (UNIFAP).

**Maria Helena de Paula Frota**

Doutora em Sociologia (UFAL). Professora (UECE).

### INTRODUÇÃO

A oferta da educação escolar no ambiente carcerário é uma garantia legal e um direito humano fundamental, que também precisa ser respeitado e efetivado. O ensino é capaz de contribuir com a transformação da pessoa privada de liberdade, pois conforme os levantamentos nacionais do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN o grau de escolaridade dos presos é baixo. O direito a escolarização da pessoa presa está diretamente conectado ao princípio basilar da Constituição Federal de 1988 que é o primado da dignidade da pessoa humana.

A escolarização abre portas para a qualificação profissional, bem como para melhores condições de sobrevivência, redução do analfabetismo, elevação da autoestima e outros. É na perspectiva de ampliação e melhoria da oferta da educação no ambiente penitenciário que o Governo Federal publicou o Decreto 7.626 de 2011, que cria o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional – PEESP, os Estados que aderirem voluntariamente ao PEESP receberão apoio técnico e financeiro, para execução de seus planos.

Portanto, a elaboração e execução dos planos estaduais de educação prisional, além de ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos penais serve para garantir a efetivação dos direitos humanos as pessoas encarceradas, pois ainda que elas estejam privadas de liberdade, o seu direito a educação deve ser preservado e efetivado com qualidade.

### A GARANTIA LEGAL DO DIREITO A EDUCAÇÃO PENITENCIÁRIA

A construção de políticas públicas para a educação de pessoas privadas de liberdade no Brasil sofre grande influência das normativas internacionais. A ONU é a principal organização que luta pela garantia do direito a educação aos encarcerados, por compreender que a educação além de direito humano, é uma ferramenta capaz de contribuir com a transformação pessoal e social das pessoas.

O nascimento da ONU “(...) intensificou o processo de internacionalização dos direitos humanos. A busca da cooperação internacional demarca o surgimento de uma nova era em que o indivíduo passou a ser reconhecido como sujeito de direitos internacionais” (BARROS FILHO 2008, p. 114 APUD BOAIGO, 2013, p. 30).

No plano internacional além da ONU temos: A Organização dos Estados Ibero-americanos para a Educação, Ciência e Cultura (OEI), Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), além de outras leis e instrumentos regulamentares que buscam assegurar a educação para pessoas em conflito com a lei.

Verifica-se que a comunidade internacional tem empreendido esforços para que os Estados criem e implementem políticas públicas educacionais para o ambiente prisional. Segundo as agências internacionais, como exemplo: ONU e UNESCO, uma nação somente consegue se

desenvolver e amenizar suas desigualdades sociais, se investir em educação, nesse sentido o ensino para pessoas privadas de liberdade é imprescindível.

No Brasil, o direito a educação prisional vem expressamente reconhecida em diversas leis, pareceres, portarias, resoluções e decretos, quais sejam: à Lei de Execução Penal de 1948, Constituição da República Federativa de 1988, Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional - LDB, Plano Nacional de Educação (PNE), Resolução nº 3, de 11 de março de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Resolução CNE/CEB 2/2010 e outras normativas. Nesse momento, abordaremos a LEP, CF e o Decreto nº 7.626 de 2011, na tentativa de buscar entender a realidade da educação no ambiente penitenciário (BRASIL, 1948, 1988, 1993, 2009, 2010, 2011).

A Lei nº 7.210 de 1984 instituiu os preceitos da Execução Penal, a qual estabelece as garantias e deveres atribuídos aos presos. Segundo Mirabete (2007, p.32): “A justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas realiza-se principalmente na execução”. A LEP tem o escopo de garantir as pessoas presas que os seus direitos não atingidos pela sentença sejam assegurados, o desrespeito a esses direitos representa a imposição de uma pena suplementar não prevista em lei.

A LEP, em seu artigo 1º informa que sua finalidade é “(...) efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, através desse dispositivo, depreende-se que a pena carrega dupla finalidade: repressão e reeducação (BRASIL, 1984).

A função educativa da pena é prevista não só pelo anseio da reintegração social, mas pela previsão expressa da lei que garante a pessoa presa e a pessoa submetida à medida de segurança o direito a educação, conforme o art. 41, VII da lei de execução penal (BRASIL, 1984).

A LEP, em sua seção V, nos artigos 17 a 21-A preconiza que:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos.

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Art. 21-A. O censo penitenciário deverá apurar:

I - o nível de escolaridade dos presos e das presas;

II - a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos;

III - a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos;

IV - a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo;

V - outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas.

O art. 83 da LEP prevê que os estabelecimentos penais necessitam de espaço adequado para ofertar a educação. A pessoa presa que participa do processo educacional no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade tem o direito ao abatimento de sua pena pelo instituto da remição, conforme o art. 126 da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”, o art. 126 menciona que somente os presos do regime fechado ou semiaberto podem ser beneficiados com tal instituto, ocorre que o § 6º do referido artigo relata que o condenado que cumpre pena em regime aberto também faz jus a remição da pena (BRASIL, 1984).

O direito a educação na Constituição Federal de 1988 está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, a educação é capaz de conferir dignidade as pessoas por possibilitar a ascensão econômica e social, bem como ser a chave de acesso a outros direitos, além de colaborar para que os objetivos da CF art. 3 possam ser efetivados, observemos:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A Carta Magna anuncia que a educação é um direito social e que todas as pessoas têm direito, incluído, portanto as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, a CF em seu art. 205 legitima:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A CF ao declarar no art. 208, I, que a educação é obrigatória e gratuita, inclusive para as pessoas Jovens e Adultas que a ela não tiveram acesso na idade própria, veio reforçar e ampliar a garantia dos encarcerados ao ensino. Segundo Boiago (2013, p.107) a educação ofertada no ambiente penitenciário é garantida pela Carta Magna, “(...) visto que, ao perder o direito a sua liberdade, o preso não deve ser restrito dos demais direitos considerados humanos e fundamentais, como é o caso da educação, uma vez que todos são iguais perante a lei”.

## **O DECRETO Nº 7.626, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2011**

Com o objetivo de ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos prisionais, o Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011, estabelece o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional- PEESP, que será coordenado e executado pelos Ministérios da Justiça e da Educação. O PEESP abordará a educação básica na modalidade de EJA,

a educação profissional e tecnológica, e a educação superior, conforme o art. 3º suas diretrizes são:

- I - promoção da reintegração social da pessoa em privação de liberdade por meio da educação;
- II - integração dos órgãos responsáveis pelo ensino público com os órgãos responsáveis pela execução penal; e
- III - fomento à formulação de políticas de atendimento educacional à criança que esteja em estabelecimento penal, em razão da privação de liberdade de sua mãe (BRASIL, 2011).

O Plano Estratégico de Educação, no âmbito do Sistema Prisional, Visa assegurar os locais adequados às atividades educacionais, culturais e de formação profissional, bem como possui segundo o art. 4º os seguintes objetivos:

- I - executar ações conjuntas e troca de informações entre órgãos federais, estaduais e do Distrito Federal com atribuições nas áreas de educação e de execução penal;
- II - incentivar a elaboração de planos estaduais de educação para o sistema prisional, abrangendo metas e estratégias de formação educacional da população carcerária e dos profissionais envolvidos em sua implementação;
- III - contribuir para a universalização da alfabetização e para a ampliação da oferta da educação no sistema prisional;
- IV - fortalecer a integração da educação profissional e tecnológica com a educação de jovens e adultos no sistema prisional;
- V - promover a formação e capacitação dos profissionais envolvidos na implementação do ensino nos estabelecimentos penais; e
- VI - viabilizar as condições para a continuidade dos estudos dos egressos do sistema prisional (BRASIL, 2011).

O Decreto nº 7.626 tem grande relevância para as ações educacionais no sistema penitenciário, porque elencou de forma expressa as atribuições do Ministério da Educação e Ministério da Justiça, segundo o art. 6 na execução do PEESP é atribuição do Ministério da educação:

- I - equipar e aparelhar os espaços destinados às atividades educacionais nos estabelecimentos penais;
- II - promover a distribuição de livros didáticos e a composição de acervos de bibliotecas nos estabelecimentos penais;
- III - fomentar a oferta de programas de alfabetização e de educação de jovens e adultos nos estabelecimentos penais; e
- IV - promover a capacitação de professores e profissionais da educação que atuam na educação em estabelecimentos penais (BRASIL, 2011).

Já as responsabilidades do Ministério da Justiça, na execução do PEESP, serão:

- I - conceder apoio financeiro para construção, ampliação e reforma dos espaços destinados à educação nos estabelecimentos penais;
- II - orientar os gestores do sistema prisional para a importância da oferta de educação nos estabelecimentos penais; e
- III - realizar o acompanhamento dos indicadores estatísticos do PEESP, por meio de sistema informatizado, visando à orientação das políticas públicas voltadas para o sistema prisional (BRASIL, 2011).

As competências foram delegadas buscando a integração dos órgãos da justiça e educação. A execução do PEESP, de acordo com o comando imperativo do art. 8: “será executado pela União



em colaboração com os Estados e o Distrito Federal, podendo envolver Municípios, órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta e instituições de ensino” (BRASIL, 2011).

Desse modo, o arcabouço jurídico que regulamenta a educação no ambiente penitenciário traz a perspectiva de que os gestores seguindo os caminhos traçados no PEESP consigam pôr em prática o que a lei determina, bem como buscar parcerias objetivando a ampliação e melhoria das oportunidades educativas, e assim ter melhores condições de contribuir com o processo de reintegração social da pessoa presa.

## **O PLANO ESTRATÉGICO DE EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL AMAPAENSE E A EXCLUSÃO DA SECADI**

O Decreto nº 7.626/2011, ao instituir o Plano Estratégico de Educação no Âmbito do Sistema Prisional (PEESP), objetiva a ampliação e qualificação da oferta da educação no ambiente carcerário, para isso estabelece que deva ser criado plano estratégico estadual, por meio de ação conjunta do setor de educação e de execução penal, nos Estados e Distrito Federal, e apresentado aos Ministérios da Educação e da Justiça (BRASIL, 2011).

O decreto visa de acordo com o art. 4, II: “incentivar a elaboração de planos estaduais de educação para o sistema prisional, abrangendo metas e estratégias de formação educacional da população carcerária e dos profissionais envolvidos em sua implementação” (BRASIL, 2011).

Nesse momento, é importante destacarmos que, antes da promulgação do referido decreto, a sociedade já estava debatendo a oferta de uma educação de qualidade para o ambiente carcerário. A UNESCO por meio do projeto Educando para a Liberdade promoveu diversos eventos referentes a educação em espaços de privação de liberdade. Entre inúmeros eventos, destacaremos o I e o II Seminários Nacionais pela Educação nas Prisões. No período de 12 a 14 de julho de 2006, aconteceu em Brasília, o I Seminário Nacional pela Educação em Prisões. No qual as discussões foram separadas em três eixos: 1º gestão, articulação e mobilização; 2º formação e valorização dos profissionais envolvidos na oferta; e o 3º aspectos pedagógicos. No terceiro eixo ficou estabelecido que: “Cada Estado elaboraria uma proposta curricular e um projeto político pedagógico voltado para a educação prisional” (BOIAGO, 2013, P.128).

O II Seminário Nacional pela Educação em Prisões aconteceu em Brasília, no ano de 2007, com o objetivo de discutir e apresentar propostas para a implementação de políticas educacionais para jovens e adultos em privação de liberdade. O evento teve a participação de gestores, agentes, educadores e sociedade interessada na temática (BOIAGO, 2013).

Com a promulgação do decreto, e visando a elaboração dos planos estaduais de educação para o sistema prisional, aconteceu em nível nacional, o 3º Seminário Nacional pela Educação nas Prisões, no período de 14 a 17 de maio de 2012, em Brasília. O objetivo principal do evento foi auxiliar os Estados na elaboração dos Planos Estaduais, por meio de palestras e grupos de trabalho que trataram da temática da educação nas prisões. Nesse seminário, foi estabelecido que as unidades federativas elaborassem o PEESP estadual, de forma conjunta entre a Secretaria de Estado da Educação e a Secretaria de Administração Penitenciária, com a ampla participação da sociedade (ESPIRITO SANTO, 2016).

A organização do 3º Seminário Nacional, a partir de junho de 2012, enviou para as Secretarias dos Estados de Educação e Secretarias de Justiça e demais representações sociais que solicitassem a proposta de estrutura do Plano Estadual de educação junto com outros documentos direcionadores e as normativas legais que embasam a elaboração da construção dos PEESP, em âmbito estadual (ESPIRITO SANTO, 2016).

Devemos ressaltar que as discussões públicas são úteis à criação de uma proposta de Política Educacional para Educação Prisional, como por exemplo, o PEESP Estadual, considerando que o seu planejamento pode em longo prazo, se reconhecido em projeto de lei pela Assembleia Legislativa de cada Unidade Federada ou Distrito Federal, bem como contribuir com a qualificação da oferta de cursos pela modalidade Educação de Jovens e Adultos, programas e projetos que envolvam a população carcerária, os profissionais da educação, agentes penitenciários, educadores penitenciários e comunidade interessada.

Assim, no âmbito da educação formal para pessoas em privação da liberdade, buscamos informação no Núcleo de Jovens e Adultos da Secretaria de Estado da Educação – NEJA-SEED, no 1º Semestre de 2019, com fim de ter acesso aos documentos produzidos pela I e II Comissão responsáveis em elaborar a 2ª, 3ª e 4ª versão do Plano Estadual de Educação para Sistema Penitenciário Amapaense e seus desdobramentos entre a Secretaria de Estado da Educação, Conselho Estadual de Educação e Assembleia Legislativa do Estado do Amapá, momento em que protocolamos o 1º Requerimento em 10 de janeiro de 2019, e a 2º solicitação em 15 de março de 2019.

Com relação à coleta de dados por meio das solicitações supracitadas, não recebemos nenhuma resposta formal do NEJA-SEED, nem tão pouco através do correio eletrônico. Esse fato revela o descompromisso com a educação ofertada no ambiente penitenciário, a inobservância dos princípios administrativos, bem como a desobediência a lei nº 12.527 de 2011, que regulamenta o acesso às informações no âmbito da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público. A subordinação aos preceitos da presente lei é extensiva a administração Indireta: autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos controlados direta ou indiretamente pela administração direta (BRASIL, 2011).

Os órgãos ou entidades públicas da administração direta ou indireta das unidades federativas, segundo o art. 11, § 1, deverão autorizar ou conceder acesso imediato à informação disponível, caso não seja possível o acesso imediato, deverá no prazo máximo de 20 (vinte) dias:

- I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;
- II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou
- III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (BRASIL, 2011).

Nesse enfoque, fica claro que o não cumprimento das legislações no Brasil se estende desde um pedido simples de acesso à informação até as violações mais cruéis, como exemplo, a oferta de educação de qualidade na prisão. Porém, o que parece simples, como a informação pode se tornar algo danoso, por inviabilizar uma análise, avaliação ou até mesmo a criação de uma política pública condizente com a realidade.

Ao pesquisar a educação penitenciária, o acesso a dados e informações é fundamental para estarmos confrontando a retórica com a realidade. Haja vista o conjunto de leis da área da Educação, Execução Penal e Direitos Humanos que normatizam e orientam a oferta da escolarização para as pessoas presas, por isso, é necessário que as autoridades cumpram as legislações e trabalhem com planejamento (ONU, 1948; BRASIL, 1996; 1984; 2011).

Ainda, na tentativa de complementarmos os dados relacionados aos trabalhos realizados pelas I e II Comissão do Plano Estadual de Educação para Sistema Penitenciário Amapaense, realizamos uma entrevista com a representante da Universidade Federal do Amapá-UNIFAP, que

fez parte de todas as comissões da elaboração do PEESP estadual, onde indagamos: O Plano Estadual de Educação para o Sistema Penitenciário Amapaense, foi aprovado? O que você sabe informa? A resposta transcrevemos abaixo:

Se tomarmos como base o Decreto nº 7626/2011, que instituiu o Plano Estratégico de educação no âmbito do Sistema Prisional, compreende-se no Brasil, se deseja implementar uma política educacional, com foco na formação dos professores que trabalham com a oferta de cursos a população carcerária ou para garantir os estudos aos egressos do sistema penitenciário, e ainda as crianças que estão em estabelecimentos penais, em razão da privação de liberdade de sua mãe.

Anteriormente, ocorreram no Brasil, o I, II, III e IV Seminário Nacional de Educação em Prisões, que foram importantes eventos, onde os participantes discutiram os problemas e apresentaram as experiências de cada Estado, culminando com a pactuação da necessidade de elaboração do Plano Estadual de Educação nas Prisões, cujas primeiras versões completas ou em andamento, quando a sua elaboração postarem no site do Ministério da Justiça. Em versão atualizada de 2014, o Estado do Amapá, por intermédio da Comissão, optou pelo título de: Plano Estadual de Educação para o Sistema Penitenciário Amapaense.

Os Estados que estiveram representados, nestes eventos, posteriormente receberam as orientações através das Secretarias de Estado da Educação, quanto aos tópicos que deveriam ter o Plano Estadual de Educação nas Prisões e o prazo para envio do mesmo a Brasília. No Estado do Amapá, os trabalhos para discussão e redação do documento iniciou por meio de um Grupo de Trabalho e duas Comissões, designados por portarias emitidas pelas órgãos relacionadas com a referida demanda da política educacional, é o que sei a respeito.

O Grupo de Trabalho e as Comissões tiveram muitas dificuldades para elaborar esse documento, por se tratar de um planejamento de política educacional, que estava sendo pensando, discutido e redigido a primeira vez no Estado do Amapá, me refiro aqui, ao período de 2012 até 2014, quando tivemos a primeira versão do PEESP/AP concluído, com resultado da II Comissão, que contou com representantes da SEED, SEJUSP, IAPEN, EESJ, UNIFAP, TJA-AP/VEP e posteriormente da equipe técnica da NEJA/SEED, que era responsável pela revisão final do documento e demais providências.

Os trabalhos desenvolvidos pelos Grupo de Trabalho e as Comissões, ocorreram tanto presencialmente, como virtual. Entretanto, para obtermos o resultado, foi bastante demorado, considerando que a carga horária que tínhamos disponível para o que estávamos designados pela portaria, não era suficiente para o cumprimento dos prazos. A primeira versão do PEESP/AP (2014) só foi concluído após a realização do I Seminário de Políticas Públicas para Educação Penitenciária no Estado do Amapá (2013), pois neste evento foram discutidas as propostas de CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS E NORTEADORAS DA OFERTA EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL, sendo aprovada as seguintes concepções: Cultura de Paz, Inclusão Social, Direito Humano, Cidadania e Direito Social e depois foi entregue esta versão ao Núcleo de Educação de Jovens e Adultos da Secretaria de Estado da Educação - NEJA/SEED.

Em seguida, os ex-membros das duas Comissões ficaram na expectativa, que a SEED tomasse as providências para encaminhamento do PEESP/AP aos próximos órgãos, que eram necessários para que o Estado do Amapá pudesse vir a se tornar um voluntário e colaborador do MEC e MJ, quanto a implementação das ações deste Plano.

Como até no início de 2015, não obtivemos nenhuma resposta quanto a continuidade dos trabalhos do Grupo de Trabalho e duas Comissões, pela SEED, é que, mais uma vez, a UNIFAP realizou o II Seminário de Políticas Públicas para Educação Penitenciária no Estado do Amapá, com finalidade de sabermos o que estava acontecendo, e neste evento, os participantes foram informados por representante da SEED, que o PEESP/AP ainda estava sendo revisado.

Como participei das três fases de elaboração do Plano, recorro de todos esses momentos e trabalho desenvolvido. Já em 2017, quando estava exercendo a função de coordenadora

do Núcleo de Acessibilidade e Inclusão - NAI/UNIFAP, recebi um Ofício da diretora da Escola Estadual São José – EESJ/SEED, onde a diretora escolar solicitou uma cópia do PEESP/AP. Na época a solicitação foi deferida e encaminhamos uma cópia, sendo o documento salvo em PDF, entregue a servidora que foi receber a resposta no Campus Marco zero do Equador. Nesse período, a diretora da escola tinha como meta encaminhar novamente, o PEESP/AP à SEED para solicitar as devidas providências, mas não sei se ela chegou a despachá-lo formalmente.

Em termos práticos, o que temos de positivo no Estado do Amapá, foi a aprovação da Resolução Normativa nº 057/2015 do Conselho Estadual de Educação - CEE/AP, que dispõe sobre a oferta de Educação para Jovens e Adultos e da Educação Profissional e Tecnológica às pessoas privadas de liberdade, além de normatizar outras providências correlatas, publicado em Macapá, no Diário Oficial Estadual, nº 6134, em 10 de fevereiro de 2016.

Pra finalizar, cabe a pergunta que continua e não temos resposta deste 2015: Quando o Estado do Amapá se tornará um voluntário e colaborador do MEC e MJ na implementação do PEESP/AP? O que ainda o Estado do Amapá necessita planejar para aplicação do Decreto nº 7626/2011 na política educacional? É com essas palavras e reflexão que desejo concluir a entrevista cedida à Josiane Pantoja Ferreira. (ELIANE LEAL VASQUEZ, 2019).

Dessa forma, constatamos que o Estado do Amapá, ainda não é um colaborador voluntário do PEESP. Analisando os períodos citados pela entrevistada e a conjuntura do Estado no período, verificamos que o PEESP se encontra paralisado desde o período da troca do Governo Estadual, nesse período houve mudança nos cargos devido as eleições, e com a mudança da gestão a pasta da implementação do PEESP não teve andamento, logo fica claro que as ações iniciadas em um Governo não têm continuidade no outro, seja por falta de planejamento ou interesse.

Ocorre que a descontinuidade dos serviços públicos é sistêmico e latente no Brasil, se estende dos Governos Municipais, Estaduais e Federais, pois os representantes e trabalhadores do povo que deveriam trabalhar em prol de uma sociedade mais justa e lutar pela continuidade e aperfeiçoamento do cumprimento do amplo conjunto normativo, preferem desconstruir os trabalhos de governos anteriores, um exemplo é a extinção da SECADI por meio do Decreto nº 9.465, de 02 de janeiro de 2019, essa e outras medida de viés neoliberal, tomadas pelo atual Presidente representam um retrocesso para diversos setores sociais, incluindo a EJA e consequentemente a educação prisional (BRASIL, 2019).

A SECADI, quando foi criada em julho de 2004, denominava-se Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD), criada em julho de 2004, foram reunidas nessa secretária, pela primeira vez na história do MEC, temas como alfabetização e educação de jovens e adultos, educação do campo, educação ambiental, educação escolar indígena, e diversidade étnico-racial, temáticas que anteriormente ficavam em pastas diferentes (MEC, 2008).

A SECADI era detentora segundo o recente decreto nº 9.005 de 2017, art. 23, das seguintes atribuições:

I - planejar, orientar e coordenar, em articulação com os sistemas de ensino e as representações sociais, a implementação de políticas para a alfabetização e educação de jovens e adultos ao longo da vida, a educação do campo, a educação escolar indígena, a educação em áreas remanescentes de quilombos, a educação para as relações étnico-raciais, a educação em direitos humanos e a educação especial;

II - viabilizar ações de cooperação técnica e financeira entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e organismos nacionais e internacionais, voltadas à alfabetização e à educação de jovens e adultos, à educação do campo, à educação dos povos indígenas, à educação em áreas remanescentes de quilombos, à educação para as relações étnico-raciais, à educação em direitos humanos e à educação especial;

III - coordenar ações educacionais voltadas à diversidade sociocultural e linguística, aos direitos humanos e à inclusão, visando à efetivação de políticas públicas transversais e intersetoriais de que trata a Secretaria, em todos os níveis, etapas e modalidades; e

IV - desenvolver e fomentar a produção de conteúdos, de programas de formação de professores e de materiais didáticos e pedagógicos específicos (BRASIL, 2017).

Com a extinção da SECADI até o momento não foi estabelecido onde as unidades federativas que ainda não aderiram como colaborador voluntário do Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional - PEESP poderão dar seguimento a seus planos estaduais. Será que a Educação de Jovens e Adultos, onde está presente a Educação Prisional passará novamente por um longo, temeroso e sombrio período, como foi outrora no período ditatorial do Brasil, a essas inquietações somente o tempo será capaz de responder.

Desse panorama, observamos a falta de reconhecimento pelas iniciativas de gestores anteriores e o descompromisso com a sociedade mais pobre. Sendo que esse é o público que tanto precisa de políticas públicas que atendam aos anseios sociais, pois como as estatísticas nacionais do DEPENDÊNCIA e a presente pesquisa revelam, são as pessoas das classes populares, sem acesso à educação e outros direitos sociais que preponderam no ambiente prisional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos inferir a aprovação de leis, decretos e portarias, que tentam direcionar e ampliar a educação penitenciária, ainda não significa que serão bem aplicadas, enquanto os cargos públicos não forem ocupados por pessoas que tenha o conhecimento técnico necessário para desempenhar as funções que o cargo necessita. Gramsci (2018) aponta que o problema da educação é técnico e político, uma vez que os governantes trocam cargos por favores políticos.

Nesse enfoque, é imprescindível que a administração pública trate as políticas públicas com compromisso e responsabilidade, onde seja respeitado o planejamento, organização e que de fato haja um controle a respeito do trabalho dos servidores públicos. Pois a efetivação da política pública, envolve um diagnóstico, formulação, implementação e avaliação, ciclo esse que não vem sendo cumprido na elaboração do PEESP Estadual do Amapá, uma vez que o mesmo foi construído e entregue pela comissão a SEED em 2015 e até o momento está parado nessa secretária.

Portanto, diante do exposto, é preciso reconhecer todo o trabalho e esforço das comissões que foram instituídas para a elaboração do Plano Estadual de Educação para o Sistema Penitenciário Amapaense. Registramos que apesar do Estado do Amapá ainda não ser colaborador voluntário do Planejamento Nacional, o trabalho realizado pelas comissões mobilizou o Conselho Estadual de Educação do Amapá-CCE a criar a resolução nº 57/2015 – CEE/AP, que trata especificamente da oferta da educação nos estabelecimentos penitenciários do Amapá, pois anteriormente não existia instrumento normativo a esse respeito (AMAPÁ, 2015).

## REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Conselho estadual de Educação do. **Resolução Normativa nº 057 de 2015**. Dispõe sobre a oferta da educação de jovens e adultos e da educação profissional e tecnológica para pessoas privadas de liberdade, nos estabelecimentos penais do Estado do Amapá e dá outras providências correlatas. Amapá: Conselho Estadual de Educação.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jul.1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília: Senado Federal, 2001. 407p.

BRASIL. **Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011**. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Brasília, 20011b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm). Acesso em 04 de jul. 2019.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em 28 jul. 2017.

BRASIL. **Resolução CNE/CEB Nº 02 de 19 de maio de 2010**. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. Brasília: MEC, 2010. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&id=14906&Itemid=866](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=14906&Itemid=866)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. **Resolução Nº 03, de 11 de março de 2009**, do Conselho Nacional de Política Criminal – CNPCP. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a oferta de Educação nos Estabelecimentos Penais. 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/resolucao\\_3\\_2009\\_secadi%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/resolucao_3_2009_secadi%20(2).pdf). Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 9.465, de 2 de janeiro de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Educação, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e transforma cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 02 jan.2019. Disponível em: <[http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57633286/do1e-2019-01-02-decreto-n-9-465-de-2-de-janeiro-de-2019-57633269](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57633286/do1e-2019-01-02-decreto-n-9-465-de-2-de-janeiro-de-2019-57633269)>. Acesso em: 02 mar. 2019

BRASIL. **SECAD: Redimensionando a Educação**. Brasília: MEC, 2008. Disponível em: <<http://contee.org.br/noticias/educacao/nedu449.asp>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

BOIAGO, Daiane Leticia. **Políticas públicas internacionais e nacionais para a Educação em estabelecimentos penais a partir de 1990: regulação social no contexto da crise Estrutural do capital**. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Estadual de Maringá. Maringá, 2013. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/8778444-Politicass-pubblicas-para-educacao-prisonal-no-estado-do-parana-pos-1990.html>>. Acesso em: 17 de out. 2018.

ESPÍRITO SANTO. **Plano Estadual de Educação nas Prisões**. Vitória, 2016. Disponível em: [https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Arquivos%20PDF/SJA\\_0002\\_16\\_CL\\_EDUCACAO\\_PRISOES\\_148X21cm\\_I\\_WEB%20\(2\).pdf](https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Arquivos%20PDF/SJA_0002_16_CL_EDUCACAO_PRISOES_148X21cm_I_WEB%20(2).pdf) . Acesso em: 02 de jan. de 2019.

ESPIRITO SANTO. **Plano Estadual de Educação nas Prisões**. 2016. Disponível em: [https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Arquivos%20PDF/SJA\\_0002\\_16\\_CL\\_EDUCACAO\\_PRISOES\\_148X21cm\\_I\\_WEB%20\(2\).pdf](https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Arquivos%20PDF/SJA_0002_16_CL_EDUCACAO_PRISOES_148X21cm_I_WEB%20(2).pdf). Acesso em: 15 de dez. 2018.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

# A DISJUNÇÃO ENTRE O DIREITO À EDUCAÇÃO E O DIREITO AO TRABALHO: O RELATÓRIO (MERCOSUL) DO DESENVOLVIMENTO HUMANO (PNUD/ONU) ACERCA DAS PERSPECTIVAS EDUCACIONAIS E LABORAIS DE LIDERANÇAS JUVENIS

**Maria José de Rezende**

Doutora em Sociologia (USP). Programa de Pós-graduação em Sociologia (UEL).

## INTRODUÇÃO

A coexistência do direito à educação com a vulnerabilidade laboral, segundo os feitores do RDHM (Relatório MERCOSUL do Desenvolvimento Humano) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é sentida e vivenciada de maneira distinta pelos diversos estratos sociais. Os jovens mais abastados têm percepção das dificuldades, mas possuem a expectativa de que é possível encontrar saídas. Ainda que difícil, eles veem a constituição de campos de trabalho como possível. “Las TICs brindarían nuevas oportunidades para los más integrados, vedadas para los sectores populares”<sup>1</sup> (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122)<sup>2</sup>. Os jovens excluídos e os incluídos precariamente percebem, de modo muito preocupante, essa disjunção entre o direito à educação e o direito laboral. Para eles, ter direito à educação, mas não ter direito ao trabalho digno, é algo impactante. A situação de não terem saída para o mundo do trabalho atinge com muita força os jovens mais pobres do limiar do século XXI. “El desasosiego los acerca a las preocupaciones de los excluidos” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122).

No entanto, os achados da pesquisa que compõem o RDHM<sup>3</sup> (2009-2010) trazem algo que merece destaque: a junção atual do acesso à educação com a vulnerabilidade laboral e todo o desassossego que ela gera não significa que diminuiu o peso da educação nos intentos de adentrar o mercado de trabalho. A escolarização, os diplomas e os certificados ainda são tidos como essenciais.

Educação e trabalho permanecem como feixes de fios que devem ser reconectados; porém, a escola parece, no entendimento dos jovens pesquisados, não ter mais o papel que tinha nos processos de socialização cultural. Ou seja, “su rol como agente de socialización cultural se diluye” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122). Assim, as TICs (tecnologias informacionais e comunicacionais) são apontadas, segundo os produtores do RDHM, pelos jovens, como o lócus, por excelência de suas sociabilidades e de suas formações culturais. Temos aí uma disjunção complexa em múltiplos níveis, para utilizar uma expressão de Norbert Elias (1998):

Por un lado, la demanda al sistema educativo que brinda las credenciales que darán las oportunidades de inclusión, o de ascenso social y, por otro lado, la constitución de un universo cultural que se define, en casi todos los sectores, por fuera de la escuela, más ligado a los medios audiovisuales, a las nuevas tecnologías y a distintas formas de expresividad (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122).

<sup>1</sup> Não é possível, no âmbito deste texto, entrar no debate sobre o papel da escola e da educação no processo de formação, atual, de capacidades e oportunidades. Sobre isto, ver: (CROZIER, 1988; DIONÍSIO, 2010, DUBET, 2004, 2012; RESENDE, 2005; ESTEVÃO, 2002, 2016).

<sup>2</sup> Muitos outros relatórios regionais voltados para a América Latina discutem as denominadas novas tecnologias e seus efeitos atuais. Ver: (PNUD/RRDH, 2009-2010; 2010a., 2013-2014, 2016).

<sup>3</sup> Os Relatórios do Desenvolvimento Humano estão divididos em: Globais; Regionais e Nacionais. Os relatórios regionais correspondentes ao continente Latino Americano têm de ser lidos à luz dos relatórios globais, tais como: (PNUD/RDH 1990; 1991; 1992; 1993; 1994; 1996; 1997; 1998; 2000; 2001; 2002; 2003; 2005; 2010; 2015).

## OS DADOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS, LEVANTADOS PELOS ELABORADORES DO RELATÓRIO REGIONAL (MERCOSUL), REVELANDO A DISJUNÇÃO ENTRE DIREITO À EDUCAÇÃO E DIREITO AO TRABALHO

O levantamento dos dados objetivos e subjetivos acerca da relação entre educação e trabalho na faixa etária juvenil, o que exigiu pesquisas quantitativas e qualitativas, visava subsidiar governantes, técnicos, gestores, organizações diversas da sociedade civil e a própria equipe produtora do RDHM e de demais equipes produtoras de outros relatórios regionais encomendados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Tais dados objetivos e subjetivos ajudariam a construir diagnósticos e prescrições não só de políticas de efetivação do direito à educação, mas também de combate à exclusão<sup>4</sup> e à inclusão precária, tanto no âmbito escolar quanto no âmbito laboral, e de participação social e política.

A equipe do RDHM assinala a necessidade de que as políticas educativas (e também outras) levem em consideração os muitos elementos subjetivos que obstam o acesso à educação. Faz-se necessário considerar o quanto a pobreza extrema fomenta discriminações e preconceitos que atrapalham a escolarização dos jovens. Como diz A. Sen (1981; 1988; 2001; 2006; 2011), não estar nutrido, vestido, adequadamente, já funciona como barreiras que travam o desenvolvimento humano<sup>5</sup>. Ele extraiu de Adam Smith (1999) a orientação de que o primeiro passo rumo à formação de “capacidade de realizar funcionamentos [é] ‘poder aparecer em público sem se envergonhar’ (...) e participar da vida da comunidade”<sup>6</sup> (SEN, 2005, p.103).

A discriminação, os preconceitos e o desprezo, em decorrência da situação de pobreza extrema, vividos pelos mais pobres aparecem, no RDHM (2009-2010), como responsáveis pela não-efetivação do direito à educação como preparação, de fato, para o mundo cívico e o mundo do trabalho. Ao sentirem-se rejeitados, de modo constante e contínuo, os jovens pobres não veem, muitas vezes, sentido em permanecer na escola. Ocorrem, assim, dois processos: o da deserção escolar ou da inclusão precária, a qual é também perversa porque encobre o fato de que a vulnerabilidade e a marginalização<sup>7</sup> continuam criando e recriando mecanismos de exclusão.

As pesquisas feitas e sistematizadas pela equipe produtora do RDHM (2009-2010) detectaram que os jovens dos estratos mais abastados tendem a considerar a situação educativa muito relevante para a sua vida social e laboral. De modo distinto, os jovens mais pobres tendem a considerar como menos importantes os desafios educacionais que os demais problemas que enfrentam. Sua subsistência no mundo do trabalho não aparece atrelada, inteiramente, à escolarização. “Los jóvenes de estratos bajos, los más afectados por los problemas de acceso, finalización del ciclo y calidad, tienden a percibir la situación educativa como menos importante que otros problemas” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.76).

Constatou-se que os jovens (entre 56% e 70%), que vivem na região do MERCOSUL, apreciam consistentemente as instituições escolares e, vendo-as como fundamentais, atribuem-lhes expressiva confiabilidade. Obviamente, levantam problemas diversos (discriminações, desigualdades de aprendizado, diferenças no acesso, *deficit* de capital cultural, entre outros) atinentes a elas, mas ainda assim “cuando se consulta por el nivel de confianza en las

---

<sup>4</sup> Sobre isto ver: (KLIKBERG, 1997; 2002).

<sup>5</sup> A perspectiva das capacidades sociais e políticas de A. Sen tem distinções e aproximações com a perspectiva das capacidades de Luc Boltanski. Ver: (BOLTANSKI, 2009; BOLTANSKI E THÉVENOT, 1991, 1999). Há dois autores que auxiliam neste debate: (CELIKATES, 2012; CAMPOS, 2016).

<sup>6</sup> Sobre o modo como se dá a operacionalização das ideias de Sen no interior dos Relatórios do Desenvolvimento Humano, ver: (FUKUDA-PARR, 2002).

<sup>7</sup> Vários documentos do PNUD e da UNESCO estão empregando a noção de marginalização como forma de definir processos profundos de exclusão multidimensional.



instituciones, los establecimientos de enseñanza aparecen en primer lugar” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.76).

E por que os elaboradores do RDHM dão destaque ao alto grau de confiabilidade conferido pelos jovens às instituições públicas? Dão pelo fato de que “(...) la opinión favorable sobre las instituciones educativas, y la confianza en los centros públicos, son elementos potencialmente favorables para el diseño de las políticas educativas” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.76). Essa confiança expressada pode ser convertida em elementos positivos para fixar as bases da educação como direito de todos e como forma de preparar as pessoas para o mundo cívico e o mundo do trabalho. Ou seja, trata-se de indivíduos voltados para a defesa de direitos amplamente compartilhados.

A pesquisa valorizou a condição de liderança dos jovens; boa parte da pesquisa qualitativa e quantitativa foi realizada com jovens que já exercem alguma forma de liderança e, portanto, já são partícipes ativos do mundo cívico, de algum modo. A pesquisa envolveu essas lideranças porque partiu da pressuposição de que, em tais condições de participação e envolvimento com a formulação de demandas sociais, já estão formadas capacidades reflexivas para sugerir práticas, ações e políticas que seriam, quando possível, encampadas como parte das prescrições feitas dentro dos relatórios regionais voltados para a América Latina.

É interessante dizer que a pesquisa constatou que os jovens tanto desejam alcançar graus mais altos de escolarização quanto têm convicção de que isto é um direito que eles possuem. A diretora regional para a América Latina e Caribe, Rebeca Grynsman, no prólogo ao RDHM (2009-2010, p.5), considera relevante essa capacidade reflexiva que os leva a exigir mudanças. Como todo relatório, dessa natureza, há uma orientação para valorizar, enfaticamente, toda e qualquer indicação de posturas participativas e geradoras de demandas no mundo cívico. Com esse documento referente à região do MERCOSUL isso não é diferente, ou seja, também ele está orientado para a exaltação de um tipo de participação dos diversos grupos sociais no mundo cívico.

A própria pesquisa é realizada com jovens que participam da vida social, política e comunitária. Reitera-se a ideia de que a intervenção e o envolvimento no mundo cívico geram posições otimistas quanto à efetivação de direitos, de diálogos e de participação ativa e democrática. Segundo Rebeca Grynsman (RDHM (2009-2010, p.5), os jovens pesquisados não são conservadores nem antiglobalização. Pelo contrário, são entusiastas de um mundo mais e mais tecnológico e interconectado sem que com isso haja uma desistência de construir participações diversas nos espaços públicos (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.5). “Los jóvenes no se perciben a sí mismos como agentes pasivos, sino como sujetos con derechos, que aspiran al empoderamiento tanto individual como colectivo” (GRYNSMAN in PNUD/RDHM, 2009-2010, p.4). Em vista dos dados recolhidos diretamente com os jovens, a equipe produtora do RDHM destaca que “las nuevas demandas culturales de gran parte de los jóvenes buscan articular identidades múltiples con derechos individuales y colectivos” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.21).

Não se deve esquecer que Rebeca Grynsman está se referindo a um grupo específico de jovens: estes que já participam de alguma maneira da esfera pública. E não dos jovens em geral, principalmente aqueles que são alijados de todo e qualquer direito e são raramente partícipes no mundo cívico e no mundo do trabalho. Por meio dos relatos, nos grupos focais, apareceram inúmeros depoimentos e narrativas sobre uma tensão constante “entre la conciencia del derecho a la educación y el progresivo acceso a las TIC, y la incertidumbre con respecto a la inclusión laboral” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p. 28).

Evidentemente, a incerteza em relação à possibilidade de obter um trabalho gera angústias e sofrimentos individuais e coletivos enormes. Isso foi demonstrado por Bauman (2007, p.7) em *Vida líquida*, ou seja, que ocorre, na atualidade, uma transformação das “capacidades em incapacidades”. As incertezas e os riscos tornam-se prevaletentes e desencadeadores de angústias insuperáveis. Ter consciência do direito à educação é estar capacitado e habilitado para atitudes reflexivas acerca da importância do saber, do conhecimento e do aprendizado. Isso pode converter-se em sofrimento, uma vez que se tem igualmente a capacidade de analisar e compreender o quanto o mundo do trabalho não é mais gerador de possibilidades empregatícias como no passado. Os elaboradores do RDHM constataam um mal-estar que permeia os diversos segmentos sociais e envolve também os mais pobres para quem a educação é como uma porta de acesso a melhores condições de trabalho.

A pesquisa realizada com as lideranças juvenis atuantes na região do MERCOSUL, e que se constituiu no pano de fundo do RDHM, trouxe à tona a visão que os jovens possuem do sistema educativo, das chances, ou não, de empregabilidade, das vulnerabilidades a que estão submetidos e da falta de opção em relação ao trabalho que lhes cabe realizar (isso no caso dos entrevistados em situação de pobreza). É interessante, ainda, o que foi mapeado e registrado, pelos elaboradores do referido relatório, em relação à perspectiva de tempo que possuem os jovens.

A urgência de conseguir um emprego para sobreviver a cada dia e, ainda, ajudar a família faz com que os jovens pobres operem com uma ideia de “futuro (...) de corto plazo” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.28). Por sua vez, os que vivem em estado de exclusão e de vulnerabilidades extremas relatam que sua preocupação não é com o futuro, mas sim com o presente. Derivam daí muitas dificuldades, pois para que as políticas públicas, em geral, e as educativas, em particular, falem a eles é preciso ter em vista a urgência que o trabalho possui na sua vida. O significado da escola e da frequência escolar está sempre balizado pelo mundo do trabalho; se este dá sinais de esgotamento, assomam muitas angústias e ocorrem muitas deserções escolares.

Sem adentrar nos parâmetros (concentração de poder, renda, riqueza, oportunidades e habilidades), que estruturam a expansão tecnológica atual e são altamente excludentes e redutores da empregabilidade, os elaboradores do RDHM passam a destacar a importância do seguinte achado da pesquisa com os jovens: sua disposição para o aprendizado tecnológico. Eles dizem que os governantes e os técnicos encarregados de políticas públicas deveriam levar em conta tais disposições em seus investimentos em políticas educativas. Somente assim haveria possibilidade de os mais pobres terem acesso ao conhecimento tecnológico e desenvolverem capacidades e habilidades empregatícias no mundo de hoje.

A capacitação laboral e a “inserción en la redes de tecno-sociabilidad” (RDHM, 2009-2010, p.28) seriam um grande desafio a ser enfrentado pelas políticas públicas voltadas para os segmentos mais pobres e que não possuem as ferramentas necessárias para o aprendizado técnico-informacional fora da escola. Entre os mais pobres que vivem na região do MERCOSUL, somente “(...) 2 de cada 10 jóvenes [tenían] computadora” em casa (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.29), em 2009.

La gran cuestión para el futuro del desarrollo humano de los jóvenes consiste en articular las demandas de educación con las dinámicas y disposiciones hacia la tecno-sociabilidad e incidir en cambios en la calidad del trabajo y el desarrollo. Se trata de uno de los principales retos para el futuro próximo (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.29).

Ancorados nos dados constituidores do RDHM, os elaboradores desse documento chamam a atenção para a capacidade reflexiva dos jovens participantes da pesquisa. Eles têm ciência de que a educação é um direito e o emprego, uma incógnita. “Aproximadamente la mitad de los jóvenes

estima difícil o muy difícil conseguir un empleo que les permita progresar en la vida” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.29). E este tipo de consideração é feito não somente por jovens de baixa escolaridade, mas também por aqueles que possuem, até mesmo, pós-graduação. A dotação de capacidade reflexiva vem à tona quando eles externam que sabem dos desafios que têm pela frente (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.29).

Os elaboradores do RDHM dizem que a ampliação do direito à educação não é mais problema para os quatro países que compunham, como membros efetivos, o MERCOSUL em 2010. Mas parece haver uma confusão entre aquilo que os jovens pesquisados entendiam por isso e o que, de fato, ocorria no sul da América Latina. Para tentar resolver isso, eles insistem que, para os mais pobres, a inclusão nesses direitos era, porém, precária. Sabe-se que o direito à educação para todos é, no limiar do século XXI, uma promessa no continente. Promessa maior ainda é a de expansão da igualdade de capacidades. O RDHM opera com a noção de capital humano. E opera da seguinte maneira: os jovens de classe média têm melhores condições de obter e gerenciar o capital humano, ao passo que os pobres não têm as mesmas facilidades e, por isso, eles dependem de políticas que garantam sua permanência nas instituições escolares “mediante transferencias, becas y políticas educativas que flexibilicen las condiciones para que los jóvenes puedan acumular capital humano”<sup>8</sup>(PNUD/RDHM, 2009-2010, p.36).

Ganha proeminência no RDHM (2009-2010) a prescrição de políticas de ampliação do capital humano apresentado como um antídoto contra a não-empregabilidade dos jovens. Gosta Esping-Andersen (2007, p.194), refletindo sobre as condições europeias, dizia ser uma temeridade a insistência em mostrar uma significativa organicidade entre educação e mercado de trabalho. Diz ele: “A educação, o treinamento e o aprendizado vitalício podem não ser o bastante. Uma economia intensiva em habilidades produzirá novas desigualdades”.

Tendo como pano de fundo o contexto latino-americano, José Luís Corragio<sup>9</sup> (1998, p.5), na década de 1990, já tecia críticas severas às expectativas que formariam os prognósticos presentes no RDHM. E afirmava: “A educação por si só não contribui para melhorar a condição competitiva dos trabalhadores em seu conjunto frente ao capital”, o qual tece uma lógica, como dizia Bauman (2007, 2008), altamente destruidora das habilidades e capacidades, por mais atualizadas e recém-adquiridas que fossem. Por esse caminho, em *Educação: sob, para e apesar da pós-modernidade*, Bauman (2008<sup>a</sup>) vai indicar que os desafios à educação não se explicam por razões somente pedagógicas, mas sim por muitas razões sociais, econômicas, políticas e culturais.

Nota-se que os elaboradores do RDHM (2009-2010) insistem que a inexistência de organicidade entre educação e trabalho deve-se à dificuldade de atualização dos conteúdos exigidos no mundo atual pela expansão tecnológica e informacional e pela ausência de capacidades e habilidades mais condizentes com as circunstâncias atuais e com as experiências vivenciadas pelos jovens. Com inspiração em Bauman (2008<sup>a</sup>) pode-se dizer que os produtores do relatório, voltado para os jovens que vivem na região do MERCOSUL, estão fazendo um exercício de fuga dos desafios de grande monta que se colocam à educação e que vão muito além dos referentes à inclusão precária incapaz de garantir a inclusão laboral<sup>10</sup>.

Os produtores do RDHM (2009-2010) afirmam que a consciência acerca da possibilidade de inclusão educativa e da contínua vulnerabilidade laboral apareceu com muita força na pesquisa que deu base ao referido relatório. Essa consciência gera preocupações em todos os segmentos

---

<sup>8</sup> Entre os vários cientistas que questionam esse otimismo em relação ao combate à pobreza por meio da geração ao capital humano, ver: (PARADAS, 2002; ESPING-ANDERSEN, 2007).

<sup>9</sup> Ver ainda: (CORRAGIO, 1996).

<sup>10</sup> Sobre isto, ver: (SIERRA, 2018).

sociais, porém os jovens pobres demonstram que veem seu cotidiano e seus planos, a cada dia, mais afetados pela insegurança laboral que vivenciam no presente e preveem vivenciar no futuro. Ainda assim, as lideranças juvenis pesquisadas consideram a educação como um “direito pleno” (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122).

De um lado tem-se, então, a educação como direito pleno e de outro a vulnerabilidade laboral. Os construtores do RDHM consideram que estava havendo, em favor das populações mais pobres, avanços na extensão do acesso ao direito à educação. Todavia, isso não ocorria no campo laboral que demonstrava tendências de encolhimento dos postos de trabalho e dos direitos trabalhistas, fator de preocupação dos diversos segmentos de jovens.

Si la educación es un territorio de expansión de derechos, el trabajo lo es de vulnerabilidades y de ausencia de ciudadanía. Si las marcas de la expansión educativa de las dos últimas décadas son indelebles, también lo son las de los procesos de flexibilización y retracción de derechos laborales (PNUD/RDHM, 2009-2010, p.122).

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. Ascensão e queda do trabalho. In: **A sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. P.27-43.

BAUMAN, Zygmunt. Educação: sob, para e apesar da pós-modernidade. In: **A sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008<sup>a</sup>. P.158-177.

BOLTANSKI, Luc. **De la critique** :precis de sociologie de l' émancipation. Paris: Gallimard, 2009.

BOLTANSKI, Luc. E THÉVENOT, L.aurent. **A sociologia da capacidade crítica**. 1999. Disponível em: <https://xa.yimg.com> Acesso em 2/02/18.

BOLTANSKI, Luc e THÉVENOT, L.aurent. **De la justification**. Les économies de la grandeur. Paris: Gallimard, 1991.

CAMPOS, L. A. Qual capacidade crítica? Relendo Luc Boltanski à luz de Margaret Archer. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, V.31, n.3, p.719-740, set.dez. 2016.

CELIKATES, R. O Não reconhecimento sistemático e a prática da crítica. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n.93, p.29-42, 2012.

CORRAGIO, J. L. El trabajo desde la perspectiva de la economía popular. **Seminario Impactos territoriales de la estructuración laboral**. San Carlos de Bariloche, Argentina, 1998. P.102.

CORRAGIO, José Luís. Propostas do Banco Mundial para a educação: sentido oculto ou problemas de concepção? In: TOMMASI, L. De; WARDE, J. M.; HADDAD, S. (Orgs.) **O Banco Mundial e as políticas educacionais**. São Paulo: Cortez/Ação Educativa/PUC-SP, 1996. p. 75-124.

CROZIER, Michel (1988). Estratégias de mudança à luz de processos sociais de aprendizagem. In: FOXLEY, A; MCPHERSON, M E O'DONNELL, G. (orgs.). **Desenvolvimento e política**. São Paulo: Vértice, 1998. P.228-242.

DIONÍSIO, B. O paradigma da escola eficaz entre a crítica e a apropriação social. **Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP**, Portugal, v.XX, p.305-316, 2010.

DUBET, F. O que é uma escola justa? **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 539-555, set./dez. 2004.

DUBET, F. Los límites de la igualdad de oportunidades. **Nueva Sociedad**, Buenos Aires, n. 239, p.42-50, mayo-junio 2012.

ELIAS, Norbert. **Envolvimento e Alienação**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1998.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. Um Estado de bem-estar social para o século XXI. In: GIDDENS, A. (org.) **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo, Unesp, 2007. P.193-224.

ESTEVÃO, C. V. Justiça social e modelos de educação: para uma escola justa e de qualidade. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v.16, n.47, p.37-58, jan-abr. 2016.

ESTEVÃO, C. V. Justiça complexa e educação. Uma reflexão sobre a dialectologia da justiça em educação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n.64, p.107-134, 2002.

GRYNSPAN, Rebeca. Prólogo. In: **PNUD/RDHM - Regional sobre o desenvolvimento humano para o Mercosul (2009-2010)**. Nova York, PNUD/ONU. 2010. Disponível em: <<http://www.latinamerica.undp.org>> Acesso em: 28 jul.2018.

FUKUDA-PARR, Sakiko. **Operacionalizando as ideias de Amartya Sen sobre capacidades, desenvolvimento, liberdade e direitos humanos – o deslocamento do foco das políticas de abordagem do desenvolvimento humano**. 2002. Disponível em: [www.soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com\\_docman...70](http://www.soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com_docman...70) Acesso em 11/08/19.

GRYNSPAN, Rebeca. Desenvolvimento, crescimento e superação da pobreza: desafios impostos pela crise internacional. In: **Políticas sociais para o desenvolvimento: superar a pobreza e promover a inclusão: simpósio internacional sobre desenvolvimento social** Brasília: MDS, 2010. P.27-44.

KLIKSBERG, Bernardo. **O desafio da exclusão**. São Paulo: Fundap, 1997.

KLIKSBERG, Bernardo (2002). Mitos e realidades em educação. In: **Desigualdade na América Latina: o debate adiado**. São Paulo: Cortez/Unesco, p.49-61.

PARADAS, Miguel. Educação e pobreza: uma relação conflitiva. In: ZICCARDI, A. (org.) **Pobreza, desigualdad social y ciudadanía**. Buenos Aires: Clacso, 2002. P. 65-81.

PNUD/RDH (1990): **Relatório do desenvolvimento humano: Definição e medição do desenvolvimento humano**. Nova York, PNUD/ONU, 1990. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1990>>. [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1991): **Relatório do desenvolvimento humano: Financiamento do Desenvolvimento Humano**. Nova York, PNUD/ONU, 1991. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1991> [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1992): **Relatório do desenvolvimento humano: Uma nova visão sobre o desenvolvimento humano internacional**. Nova York, PNUD/ONU, 1992. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1991> [Acessado em 03/03/2018]

PNUD/RDH (1993): **Relatório do desenvolvimento humano: Participação popular**. Nova York, PNUD/ONU, 1993. Disponível em: Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1993>> [Acessado em 02/03/2018]

PNUD/RDH (1994): **Relatório do desenvolvimento humano: Um programa para a cúpula mundial sobre desenvolvimento humano**. Nova York, PNUD/ONU, 1994. Disponível em: Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1994>> [Acessado em 20/01/2018]

PNUD/RDH (1996): **Relatório do desenvolvimento humano: Crecimiento económico para propiciar el desarrollo humano?** Nova York, PNUD/ONU, 1996. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1996> [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1997): **Relatório do desenvolvimento humano: desenvolvimento humano para erradicar a pobreza.** Nova York, PNUD/ONU, 1997. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1997> [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1998): **Relatório do desenvolvimento humano: Mudar as pautas atuais de consumo para o desenvolvimento humano do futuro.** Nova York, PNUD/ONU. 1998. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1998> [Acessado em 02/07/2018]

PNUD/RDH (2000): **Relatório do desenvolvimento humano: Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano.** Nova York, PNUD/ONU, 2000. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2000/download/pt>. [Acessado em: 11/01/2015].

PNUD/RDH (2001): **Relatório do desenvolvimento humano: Fazendo as novas tecnologias trabalhar para o desenvolvimento humano.** Nova York, PNUD/ONU, 2001. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2001/download/pt>. [Acessado em: 11/08/2018].

PNUD/RDH (2002): **Relatório do desenvolvimento humano: Aprofundar a democracia num mundo fragmentado.** Nova York, PNUD/ONU, 2002. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2002/download/pt>. Acessado em 02/08/18

PNUD/RDH (2003): **Relatório do desenvolvimento humano: Um pacto entre nações para eliminar a pobreza humana.** Nova York, PNUD/ONU, 2003. Disponível em <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2003/download/pt>. Acessado em: 11/02/18

PNUD/RDH (2005): **Relatório do desenvolvimento humano: Cooperação internacional numa encruzilhada.** Nova York, PNUD/ONU, 2005. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2005/download/pt>>Acessado em: 08/07/2018

PNUD/RDH (2010): **Relatório do desenvolvimento humano: A verdadeira riqueza das nações: caminhos para o desenvolvimento humano.** Nova York, PNUD/ONU. 2010. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2010/download/pt>.> Acessado em: 11/06/2018

PNUD/RDH (2015): **Relatório do desenvolvimento humano: O Trabalho como Motor do Desenvolvimento Humano.** Nova York, PNUD/ONU, 2015. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf). Acesso em 01/08/2018

PNUD/RDHM (2009-2010): **Informe sobre desarrollo humano para Mercosul: Innovar para incluir: jóvenes y desarrollo humano.** Buenos Aires: Libros del Zorzal, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2009. Disponível em: <http://www.idhalcabrirespaciosparalaseguridad.org.com>>Acesso em 20 ago. 2018

PNUD/RRDH (2009-2010): **Informe sobre desarrollo humano para américa central: IDHAC, 2009-2010: Abrir espacios para la seguridad ciudadana y el desarrollo humano.** Colômbia, PNUD/ONU, Outubro de 2009. Disponível em <http://www.idhalcabrirespaciosparalaseguridad.org.com>> Acesso em 20 ago. 2018

PNUD/RRDH (2010<sup>a</sup>): **Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010: Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad.** San José da Costa Rica. PNUD/ONU, 2010. Disponível em:< [www.idhalc-actuarsobreelfuturo.org](http://www.idhalc-actuarsobreelfuturo.org)> Acesso em 10 ago 2018.

PNUD/RRDH (2013-2014): **Informe regional de desarrollo humano 2013-2014: Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina.** Panamá, PNUD/ONU, 2013. Disponível em: <<http://www.latinamerica.undp.org>> Acesso em 10 ago. 2018.

PNUD/RRDH (2016): **Informe regional de desarrollo humano para América Latina y Caribe: Progreso multidimensional.** Colômbia, PNUD/ONU, 2016. Disponível em: <<http://www.latinamerica.undp.org>> Acesso em 03 ago. 2018.

RESENDE, J. M. e DIONÍSIO, B. M. Escola pública como “arena” política: contexto e ambivalências da socialização política escolar. **Análise Social**, v. XI, n.176, p.661-680, 2005.

SEN, Amartya. **Poverty and famines: na essay on entitlement and deprivation.** Oxford, Clarendon Press, 1981.

SEN, Amartya. Racionalidade, interesse e identidade. In: FOXLEY, A; MCPHERSON, M E O’DONNELL, G. (Orgs.) **Desenvolvimento, política e aspiração social** (pp.355-365). São Paulo: Vértice, 1988. P.355-365.

SEN, A. Entrevista programa Roda Vida da TV Cultura. 2001. **Memória Roda Vida.** Extraído em 02 de janeiro de 2011 de <http://www.rodaviva.fapesp.br>

SEN, Amartya. **El valor de la democracia.** Madrid: El Viejo Topo, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Cia das Letras, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SIERRA, L. F. M. ¿Una “APP” para los derechos sociales? **Nueva Sociedad**, n.276, Fundación F. Ebert, p.1-2, jul.ago.2018. Disponível em: <http://www.nuso.org/articulo> . Acesso em 14 ago. 2018.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais.** São Paulo, Martins Fontes, 1999.

# POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À EDUCAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO: RECIFE-PE-BRASIL

**Talita Maria Pereira de Lima**

Mestranda (PPGDH/UFPE). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil (UNINABUCO). Advogada (OAB/PE).

**Aida Maria Monteiro Silva**

Pós-doutorado em Educação (U. Porto). Especialista em Direitos Humanos (IIDH). Professora Titular (CE/UFPE), atuando nas Licenciaturas (PPGEdu/UFPE) e no Mestrado (PPGDH/UFPE). Coordenadora (RedLaCEDH).

## INTRODUÇÃO

A educação é um direito de todos, sendo dever do Estado e da família garantirem o seu ingresso e permanência, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e outros dispositivos legais. No entanto, esse direito não tem sido assegurado para todas as pessoas com deficiências, que há várias décadas lutam para terem os direitos materializados, tendo em vista que as mesmas não eram consideradas sujeitos de direitos, sendo excluídas da sociedade. Conforme Costa e Silva (2015), os movimentos sociais iniciados em 1980 voltados para a questão da inclusão, vêm contribuindo significativamente para mudar essa realidade, influenciando na elaboração das políticas públicas e nas legislações referentes à educação inclusiva, de modo a repercutir nas escolas e na sociedade como um todo.

Contudo, não basta, apenas, construir uma política pública educacional bem definida, é necessário trabalhar para que a política aconteça de forma efetiva, daí a importância dos movimentos sociais como agentes de indução das políticas públicas e do controle social. O presente trabalho tem como pergunta central: Qual a contribuição do Programa Pacto pela Inclusão, como política pública de educação inclusiva, na garantia do Direito à educação de pessoas com deficiência na cidade de Recife-PE? A presente pesquisa tem como objetivo: identificar os avanços, dificuldades e desafios do Programa Pacto pela Inclusão, como políticas públicas de educação inclusiva na garantia do direito à educação de pessoas com deficiência, na cidade de Recife-PE. O referido Programa objetiva monitorar as ações desenvolvidas pelos municípios no que se refere à Educação Inclusiva, sendo um pacto realizado entre o Estado de Pernambuco e municípios, visando efetivar o acesso dos alunos com deficiência à escola (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO-GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013).

A fim de responder à pergunta orientadora da pesquisa e o objetivo optamos pela abordagem da pesquisa qualitativa, utilizando estudo empírico bibliográfico e documental no intuito de coletar informações. Como instrumentos utilizamos entrevistas com os atores que desenvolveram o Programa Pacto pela Inclusão. As considerações finais apontam que a Secretaria de Educação da Cidade do Recife-PE vem realizando medidas para efetivar a inclusão de pessoas com deficiência, conforme os objetivos do “Programa Pacto pela Inclusão”.

Desta forma, o referido Programa apresenta característica de uma política pública, onde se percebe “o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade” (HÖFLING, 2001, p.31). Costa e Silva (2015) defendem que é necessário estabelecer políticas públicas nos sistemas de ensino, com ênfase na educação em Direitos humanos como eixo norteador e transversal dos Projetos Pedagógicos Institucionais e como parte do currículo escolar.



## **POLÍTICAS PÚBLICAS NA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

O acesso à educação, conforme Lamonier (2016) é uma garantia presente nas legislações, contudo existem diversos empecilhos na efetivação da educação de pessoas com deficiência, que impossibilita a diversidade nas escolas. A educação inclusiva tem universalmente o seu movimento voltado para “uma ação política, social, cultural, educacional e pedagógica”, desenvolvida como paradigma educacional baseado no entendimento dos direitos humanos e a procura da salvaguarda do direito de todos os indivíduos (LAMONIER, p.32, 2016).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foi que os debates sobre a inclusão das pessoas com deficiência nas escolas se destacaram, visto que proclama o Atendimento Educacional Especializado (AEE) para as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (LAMONIER,2016). A partir de 1990 a educação inclusiva teve seus avanços, os seus principais marcos históricos são: “a Convenção de Jomtien (1990), a Conferência Mundial sobre Educação (1994), a Lei de Diretrizes e Bases (1996), a Convenção da Guatemala (1999), Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) e a Lei Brasileira de Inclusão (2015)” (LAMONIER,p. 32, 2016). Através do arcabouço legislativo advém a garantia do direito à educação de qualidade para todas as pessoas (ibid).

Importante destacar e analisar, com intuito de aprofundar o entendimento sobre efetivação do Direito à Educação das pessoas com deficiência, o Relatório de 2018 do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação (PNE) sobre a Meta 4 que dispõe da universalização do acesso à Educação Básica e do Atendimento Educacional Especializado para as pessoas que são Público alvo da Educação especial, que estão na idade escolar e matriculados em classes comuns da educação básica (BRASIL, INEP, 2018). Nesse documento constam as seguintes informações: as pessoas com deficiência nas idades de 4 a 17 anos, com base no Censo Demográfico (IBGE) de 2010, são um total de 1.087.617 alunos, onde 82,5% (897.116) fazem uso de escola ou creche (ibid). Destaca-se que os números do ano de 2010 sobre a universalização do ingresso das pessoas com deficiência, em idade escolar, encontram-se longe da meta que seria instituída em 2014, pois 17, 5% (190.501) desses indivíduos estavam fora da escola (ibid). Conforme Brasil, INEP (2018) o objetivo é até 2024 atingir a meta de alcançar 100% dos alunos com deficiência

Segundo Costa (2015) ao tratar da implementação das políticas públicas de educação na perspectiva inclusiva defende que atualmente a sociedade vem se esforçando para combater as barreiras na efetivação da educação inclusiva e a garantia dos direitos humanos, aumentando a procura para que as minorias historicamente excluídas da sociedade e bens culturais passem a participar.

Conforme entrevistas semiestruturada feita com os atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão”, da Gerência De Políticas Educacionais em Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania (GEIDH), da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, foi constatado que o Estado de Pernambuco tem Políticas Públicas de Educação Inclusiva. Desde as Diretrizes Nacionais pra Educação inclusiva que dispõe sobre a educação especial, devendo ser trabalhada na perspectiva inclusiva (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019). Dessa forma, todo estudante com deficiência deve ser incluído nas salas comuns da rede regular de ensino e na medida em que o estudante necessitar, desejar, como também a sua família, ele será atendido no Atendimento Educacional Especializado (AEE) (ibid). O AEE pode ser desenvolvido nas salas de Recursos Multifuncionais, que são salas com tecnologia Assistiva que possui o professor especialista (ibid). Esse professor é capacitado para atender as diversas deficiências. A partir daí ele vai fazer um Plano de desenvolvimento Individual desse estudante e buscar atender, desenvolver as suas

necessidades e desenvolver as suas potencialidades para quando esse estudante retornar a sala comum esteja em condições de assimilar os conhecimentos desenvolvidos e desenvolver o processo de ensino-aprendizagem (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Durante a entrevista também foi informado que as salas de recursos têm o objetivo de realizar esse Atendimento Educacional Especializado para os estudantes com deficiência (ibid). Em Pernambuco tem cerca de 500 salas de recursos, 1.052 escolas. Caso a escola do estudante não tenha esse atendimento, ele pode se dirigir a escola mais próxima e realizar-lo. Pernambuco também possui cerca de 5 Centros de Atendimento Educacional Especializado os CAEEs. Esses Centros também prestam o Atendimento Educacional Especializado e a Secretaria de Educação busca fazer com que o professor da sala comum, os que estão desenvolvendo os componentes curriculares, estejam em permanente interlocução com o professor especialista das salas de recurso multifuncionais, onde desenvolve atendimento Educacional Especializado, para que nessa interlocução seja discutido os resultados desse estudante, para contribuir com o desenvolvimento escolar desse estudante (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

O Estado de Pernambuco, através da Secretária de Educação de Pernambuco (SEE/PE) realiza formação continuada dos professores do Atendimento Educacional Especializado, trabalhando as várias deficiências como o Autismo, Síndrome de Down e dentre outras, com esses professores a melhor maneira de atender a esses estudantes e compreendê-los (ibid).

Além dessa ação a Secretaria realiza diversas parcerias para essas formações, a exemplo das Universidades Públicas, a própria equipe da SEE/PE também se prepara para essa área da Educação Inclusiva visando dar esse suporte. Desenvolve formação continuada dos professores das salas comuns, sendo essencial que eles saibam como deve se dirigir a esses estudantes com deficiência (ibid), visto que, muitas vezes esse estudante com deficiência não tem comprometimento cognitivo ou outro que impacta na aprendizagem, mas por questão de estigma, existem professores que se espantam com a ideia de ensinar a esses alunos (ibid). Por isso, a SEE/PE desenvolve um trabalho de envolvimento, de subsídios com esses professores, para que eles saibam como trabalhar com esse estudante e entender a partir da Educação em Direitos Humanos, que antes de enxergar a deficiência tem que olhar um ser humano, e que a deficiência não é doença, ela é uma característica inerente a pessoa (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Políticas Públicas de Educação Inclusiva no Estado de Pernambuco destacam-se: a formação continuada, as salas de recursos multifuncionais, o atendimento educacional especializado, o “Programa Pacto pela inclusão” que são formações que a SEE oferta nos Municípios que solicitam a SEE através de sua equipe de apoio da Educação Inclusiva (ibid).

Assim, o Estado todo vai atendendo na medida em que os Municípios vão solicitando. O Pacto pela inclusão é uma política realmente inclusiva que a SEE/PE entende a necessidade de que “está além dos muros da secretaria de educação”, visto que não adianta preparar apenas a rede estadual e deixar os municípios fora desse processo (ibid). Nos Centros de Atendimento Educacional Especializado existem diversos cursos voltados para o estudante cego, surdo, e nesse caso se a comunidade, a sociedade precisar que a SEE/PE transcreva um livro para braile, esse procedimento é feito nos Centros de Atendimento Educacional Especializado com intuito incluir a sociedade (ibid). Também é ofertados cursos de Libras na Secretária e/ou qualquer outra instituição pública ou privada que precise de um curso de Libras para subsidiar funcionários (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019). Assim, foram ofertadas essas formações para o Ministério Público, Colégio Militar do

Recife, órgãos ligados a hospitais à medida que solicitaram à SEE/PE (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Para os atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão”, estes entendem que a educação inclusiva está extremamente avançada, visto que em Pernambuco praticamente não tem salas especiais (ibid). O Estado tem professores interpretes, instrutores e toda a sala que tiver um aluno surdo, ele tem direito a um interprete, e esses procedimentos fazem parte da política da Secretaria de Educação (ibid).

Durante a entrevista foi informado que estavam naquele momento com o edital para ser publicado referente a contratação do profissional de apoio escolar para atender a Lei Brasileira de Inclusão e o direito do estudante. Esse profissional consta na Lei Brasileira de Inclusão (LBI) de 2015, ao qual dispõe que todo estudante com deficiência que possua a necessidade de um profissional de apoio escolar, deve solicitar na rede de ensino ao qual está matriculado (ibid). A SEE/PE traçou o perfil desse profissional sendo de ensino médio que tem habilitações para poder atender as necessidades desses estudantes (ibid). Na LBI consta que é obrigatório ter esse profissional e ele vai realizar as atividades de locomoção, alimentação quando o estudante não tem condição de fazer sozinho (ibid). Contudo, não quer dizer que todos os estudantes com deficiência precisem de um profissional de apoio escolar, pois tem que ser dada autonomia, empoderar esses alunos (ibid). Porém, existem estudantes que necessitam desse apoio e a família tem outras atribuições, em interlocução com a escola (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Dessa forma, a SEE/PE entende que a política pública de educação inclusiva está extremamente avançada, que o estudante com deficiência tem que está nas salas comuns para aprender a conviver com os estudantes sem deficiência e o estudante sem deficiência também aprender a conviver com o estudante com deficiência. A escola é lugar de socialização, é lugar de aprender, ensinar, mas também de aprender a convivência ética e cidadã para quando esse estudante estiver no mundo do trabalho ele ter mais condições de saber como lidar com as várias diferenças, saber como se comportar, respeitar e reconhecer as diferenças que são inerentes ao ser humano (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

A Secretaria de Educação/PE entende que as salas especiais são um retrocesso, porque esse estudante tem o direito humano de estar nas salas comuns com os demais estudantes (ibid). Na medida em que esses alunos são inseridos na sala especial ou classe especial estará segregando, estigmatizando, e retira o direito de convívio desses indivíduos com os demais colegas, pois existe um aprendizado nessa troca, nessa interlocução, nessa convivência com todos os colegas e a própria pesquisa evidencia que eles se sentem mais estimulados quando estão com estudantes que tenham outras deficiências e estudantes que não tem deficiência (ibid). Os entrevistados destacaram que a escola deve de atender essa especificidade dos estudantes com deficiência com apoio do Atendimento Educacional Especializado nas salas comuns (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Os atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão” destacam que a Gerência de Políticas Educacionais em Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania (GEIDH) atua na Educação em Direitos Humanos e na Educação Inclusiva, na perspectiva inclusiva com objeto próprio, diretrizes próprias. Elas dialogam, visto que não é possível trabalhar educação em direitos humanos sem incluir na perspectiva inclusiva (ibid).

É dever da escola estar apta a acolher todo estudante e garantir a permanência deles através da educação pública de qualidade e que tenha esse viés transversal dos direitos humanos

(ibid). No caso da GEIDH trabalha de maneira disciplinar a educação profissional e nas salas regulares é trabalhada na forma transversal, a educação em direitos humanos em todos os componentes curriculares (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019). As inserções pedagógicas são realizadas ouvindo os professores, estudantes a compreender que cada escola tem a sua especificidade (ibid). A educação em direitos humanos priorizando as relações interpessoais, o respeito às diferenças, o respeito à diversidade (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

## **PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO E O QUANTITATIVO DE 2018 DOS MUNICÍPIOS QUE O ADERIRAM NÃO**

A versão do “Projeto Pacto pela Inclusão” de 2013, fornecida por um dos atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão”, apresenta que a maior dificuldade da Gerência de Política de Educação Especial foi como realizar o aumentada assistência dos alunos com deficiência através da ampliação de oferta. Como também, disponibilizar educação e garantir o direito a frequentar à escola para os estudantes que estão em lugares longes dos centros Urbanos e de difícil acesso (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013).

Para responder esses questionamentos, os idealizadores do Projeto repensaram as questões da função diretiva e responsabilidade voltada para o Estado, principalmente os municípios (ibid). Ao iniciar a execução projeto foi constatado que dentre os 186 municípios do Estado, apenas 32 tinham alguma forma de atendimento a alunos com deficiência, desses, somente 9 tinham uma política municipal na esfera da Educação Especial (ibid).

Com intuito de incluir os municípios nesse processo educacional, criou-se o “Projeto Pacto à Diferença”, depois foi denominado de “Projeto Pacto pela Inclusão”, que trata de um pacto entre o Estado e os Municípios com intuito de garantir o acesso dos alunos com deficiência à escola (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013). A base de sua filosofia é sensibilizar a comunidade escolar e sociedade civil para que se mobilizem combatendo a discriminação e o preconceito sofrido pelas pessoas com deficiência (ibid).

Os princípios, necessidades e constatações do projeto são: os direitos humanos no entendimento de que a todas as pessoas seja “garantido o acesso, a apropriação do saber de forma sistematizada, a construção do conhecimento, o exercício da cidadania e do saber pensar”; “a diferença enquanto condição humana”; compreender que é uma realidade escolar e na sociedade a discriminação e o preconceito; a pedagogia da diferença deve ser a pauta do processo educativo, reconhecendo os “saberes históricos, filosóficos, antropológicos na afirmação do sujeito da alteridade”; a Educação Especial contrapondo os desafios da formação de uma escola crítica tendo como base a singularidade das pessoas e seus grupos sociais; “A Educação Especial não participa de forma pontuada das agendas políticas e do debate geral de educação”; O entendimento equivocado que a Educação Especial é uma educação inferior e que as pessoas são enxergadas de maneira rebaixada, “infantilizadas e homogeneizados nas suas diferenças”; é essencial garantir uma participação maior dos Estados na construção de políticas públicas nacionais; a obrigação do Município, Estado e União, de “garantir a todos o acesso, permanência e a terminalidade educacional em todos os níveis de ensino”; as demandas características dos Estados não são atendidas pelos recursos destinados a ele; é fundamental que seja estabelecido interfaces “com políticas de saúde, assistência social e trabalho”; “a necessidade de socialização de informações e experiências entre as políticas estaduais e municipais de Educação Especial”; que

as políticas públicas estaduais sejam fortalecidas com intuito de atender às pessoas com deficiência; “a importância da divulgação do Braille e Língua Brasileira dos Sinais- LIBRAS, como bens culturais que enriquecem a humanidade” (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, p.3 e 4, 2013).

A justificativa do “Projeto Pacto pela Inclusão” está pautada nas ações positivas entre as esferas estadual e municipal das Secretarias de Educação, os movimentos sociais olharem na educação fatores essenciais à criação de formas para terem condições de convivência social na diferença, a escola é um espaço para o exercício coletivo da cidadania e formação de saberes (ibid). São fundamentais os compromissos para garantir o atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, levando em consideração as suas especificidades (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013).

Em Pernambuco o atendimento educacional especializado acontece nas “Salas de Atendimento Educacional Especializado”, conforme o Decreto nº 29.914/2006. Todas as vezes que o Projeto fizer menção a “Sala de Recursos Multifuncionais”, denominação do Ministério da Educação (MEC) foi usada a nomenclatura “Sala de Atendimento Educacional Especializado” (ibid).

O Educacenso em 2011 publicou os seguintes dados: em Pernambuco existem cerca de 8.493 alunos público-alvo da Educação Especial (estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação). No que tange as especificidades dos estudantes com deficiência temos: 109 estudantes cegos; 355 com Baixa visão; 1.066 Surdos; 798 com Deficiência visual; 04 Surdoscegos; 551 com Deficiência física; 248 com deficiência intelectual; 212 com deficiência múltipla; 18 com Altas Habilidades/ Superdotação; 91 com Autismo; 10 com Síndrome de Asperger; 14 com Síndrome de Rett; 436 com Transtorno Desintegrativo da Infância (Psicose infantil)(SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, p.5 2013).

O objetivo geral do “Projeto Pacto pela Inclusão” é orientar e acompanhar as atividades realizadas pela rede municipal de ensino nas questões das implementações fundamentais para que se oferte o atendimento educacional especializado dos alunos que são público-alvo da Educação Especial, como também, a ação de inclusão na rede regular de ensino Em sua diretriz tem a intenção de apoiar os municípios para que se forme uma Política de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência. As suas ações são de sensibilizar e mobilizar a sociedade para que ocorra a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência; Capacitar os profissionais conforme as especificidades dessas pessoas e acompanhar as ações com intuito de criar, junto com o município, um modelo de gestão que vise à inclusão sócio-educacional da pessoa com deficiência (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013).

Nas competências a Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco Gerência de Políticas de Educação Especial (GEDE) / SE busca realizar essa articulação e efetivar o contato com o município; coordenar a ação de implementação do referido Projeto; garantir que sejam liberados os formadores; definir junto com o município o Plano de Ação e metas que devem ser alcançadas, conforme os indicadores qualitativo e quantitativo já estabelecidos que são:

Quantitativos

-Nº de alunos matriculados nas classes especiais

-Nº de alunos incluídos no ensino regular

-Nº de alunos matriculados nas Salas de Atendimento Educacional Especializado

- Nº de alunos atendidos na Itinerância
- Nº de classes especiais
- Nº de professores de Classes especiais
- Nº de professores de Sala de Atendimento Educacional Especializado
- Nº de professores Itinerantes
- Nº de intérprete de Libras
- Nº de Instrutor de Libras
- Nº de professor Brailista
- Qualitativos
- Escolas adaptadas:
- Projeto Político Pedagógico
- Acessibilidade- rampa, banheiros, portas etc.
- Adaptações curriculares, sistemas de avaliação etc.
- Serviços de Apoio:
- Psicólogo, Pedagogo, Fonoaudiólogo etc.
- Sala de Atendimento Educacional Especializado Itinerância
- Parcerias com outras Secretarias Municipais e Instituições (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, p.7, 2013).

Também é competência da GEDE/SE assegurar a realização do acompanhamento sistemático, através de Reuniões Colegiadas, Formações Continuidas e monitoramento nos locais e realizar parceria de atendimento aos alunos público-alvo da Educação Especial, todas as vezes que for necessário, em Salas de Atendimento Educacional Especializado. O município deve se comunicar com os secretários de saúde e assistência social para que participem da semana que ocorrerá debate sobre a implantação do “Projeto Pacto pela Inclusão” e nas futuras demandas que são fundamentais para essa interação (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, 2013).

A competência das Gerências Regionais de Educação (GRE) é: “1. Participar da articulação e implantação do Projeto” e “2. Participar dos encontros de acompanhamento” (SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, PERNAMBUCO, BRASIL, p.8, 2013). Os Municípios competem solicitar adesão ao Projeto através de ofício ao Secretário de Educação do Estado; coordenar a sua implantação nas seguintes questões: local, na divulgação, assegurando que as autoridades municipais e a comunidade participem. Como também, selecionar os professores para que realizem a capacitação de 40 horas; reproduzir o material didático e os recursos audiovisuais (ibid).

Compete aos municípios também, conversar com as outras Secretarias Municipais e instituições afins, públicas ou privadas e Ministério Público com a intenção de assegurar o cumprimento das metas estabelecidas, listar a demanda, no município, de pessoas com deficiência e organizar o Plano de Ação do município, junto com a Secretaria de Educação, com intuito da implantação de uma Política Municipal de Inclusão, a avaliação do projeto ocorrerá de forma contínua por meio do monitoramento do desenvolvimento das ações e averiguação da abrangência das metas anuais instituídas (ibid).

De acordo com a relação de 2018 dos municípios que aderiram e os que ainda não aderiram ao “Projeto Pacto pela Inclusão” a situação é: 31 municípios ainda não fazem parte do

programa e, em 153 municípios foi implantado o Programa. No Recife Norte, o Arquipélago de Fernando de Noronha não possui o Pacto Em 2019 a meta é a implantação do projeto em 06 municípios (A SECRETARIA EXECUTIVA DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO GERÊNCIA DE POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO ESPECIAL REGIONAIS DE EDUCAÇÃO E SEUS RESPECTIVOS MUNICÍPIOS, BRASIL, PERNAMBUCO, 2018).

Para compreender melhor as questões da efetivação do direito a educação inclusiva, foi realizado um levantamento de estudos nessa área, como a pesquisa realizada por Silva e Silva (2017) tendo uma abordagem qualitativa, tipo descritivo-analítica, com observações e diálogos com os atores escolares de uma escola de Recife-PE, que possui alunos com deficiência. Ocorreu à observação nas salas de aulas e aplicação de questionário aos gestores educacionais e professores. Verificou-se a questão do sucesso da inclusão escolar para os gestores e professores: 20 pessoas responderam o questionário, e desse número o percentual 65%, concordaram com o sucesso da inclusão nas escolas para os alunos com deficiência em salas comuns da educação regular, e 15% não concordaram e 20% resolveram não opinar (SILVA E SILVA, 2017).

Na conclusão do estudo de Silva e Silva (2017) as mesmas destacam que o Estado vem realizando ações para garantir a inclusão nas escolas das pessoas com deficiência, contudo é possível verificar desarmonia entre as políticas públicas de inclusão e a prática educacional. Assim, é fundamental uma relação que garanta a eficiência entre elas, para que se possa oferecer um ensino inclusivo de qualidade.

Alves, Oliveira e Silva (2019) defendem que para efetivar a inclusão com base no disposto nas políticas públicas de educação da atualidade, é fundamental a escola criar espaços de formação para todas as pessoas, transformando em um espaço realmente inclusivo. Na pesquisa foram entrevistados 60 professores que tiveram contradições nos resultados sobre a inclusão. Alguns revelam que as atuações sociais são positivas na questão da inclusão. Contudo, a maioria deles necessita de uma capacitação para que atue de forma eficiente (ALVES, OLIVEIRA E SILVA, 2019).

A implementação exige mais do que a criação de Políticas Inclusivas, visto que é fundamental a ruptura de barreiras atitudinais, e que as instituições sejam mais estruturadas, com a criação de “redes de compartilhamento e de solidariedade” para que se tenha uma maior qualificação dos professores (ALVES, OLIVEIRA E SILVA, p. 392, 2019). Fortalecer as práticas que enalteçam os valores humanos e políticas públicas que promova a inclusão como maneira de efetivar o respeito à cidadania. Os autores têm a preocupação de que as dificuldades que surgem no processo de inclusão sejam tidas como empecilhos antes de se ter a experiência, devido a ações preconceituosas (ALVES, OLIVEIRA E SILVA, 2019).

É fundamental que o governo tenha um compromisso maior com a efetivação das legislações voltadas para a educação, para que realmente refaça os sistemas de ensino, ofertando “os recursos estruturais, tecnológicos, pedagógicos e humanos” essenciais para a realização da prestação educacional que englobe todos os estudantes, combatendo todos os tipos de exclusão (ALVES, OLIVEIRA E SILVA, p.393, 2019).

Outra pesquisa analisada é a de Santos (2017) que tem como objetivo verificar o efeito do “Programa Escola Acessível” na escola, com base nos cinco pilares: arquitetônico, comunicação, informação, didático e o pedagógico. Essa pesquisa revelou que a implementação do Programa teve respostas na questão arquitetônica na escola Polo. Porém, no que se referem às outras quatro dimensões, os efeitos do Programa não foram de forma geral, percebidos pela comunidade escolar como forma de contribuir na melhoria didático- pedagógico, comunicação e informação. O principal fator para esse acontecimento são as mínimas repercussões do programa nas escolas

que possuem apoio didático-pedagógico da escola Polo. O autor concluiu também, que é fundamental um aumento na inter-relação nas responsabilidades dos entes envolvidos na efetivação do programa (SANTOS, 2017).

Após esse levantamento bibliográfico, ao analisar a entrevista semiestruturada realizada com os atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão”, na Gerência de Políticas Educacionais em Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania (GEIDH), da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, percebemos um engajamento e sensibilidade em promover de forma efetiva a inclusão escolar e na sociedade das pessoas com deficiência, atendendo as necessidades específicas de cada estudante, de forma a promover a sua autonomia e o empoderamento (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Ainda foi constatado que o “Programa Pacto pela Inclusão” desenvolve parcerias do Estado de Pernambuco com os municípios, divulgando, realizando um trabalho de informação. A SEE/PE provoca os municípios nas reuniões sobre adesão ao pacto, verificando as dificuldades, o quantitativo de estudantes com deficiência incluídos nas salas regulares. A SEE/PE possui um colegiado, onde os municípios que aderiram ao Programa Pacto pela Inclusão participam e relatam as dificuldades, as barreiras arquitetônicas, atitudinais e a SEE/PE em conjunto procuram trabalhar para superar essas dificuldades, e contribuir para aumentar a inclusão (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

Os resultados da pesquisa também mostram que não houve dificuldade na implementação do Programa, porque quando o município contactava a SEE/PE, já era para aderir ao pacto. Os pontos positivos do referido Programa são: a ampliação da inclusão, porque na medida em que o estudante é acolhido, são empoderados, para que estejam em pé de igualdade com os demais estudantes não deficientes. A inclusão pela SEE/PE é trabalhada amplamente, cada vez que um município adere ao pacto pela inclusão a SEE/PE leva a sua equipe para formação, interação, e discussão de como pode atender a esses estudantes com deficiência. A grande barreira discutida pela SEE/PE é em relação às atitudes (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

A barreira arquitetônica tem como a engenharia resolver; a matrícula tem legislação como suporte, pois o estudante tem direito de sua matrícula ser efetivada na escola, através das salas de recursos, os municípios são mobilizados para montar seus projetos multifuncionais. Contudo, a grande barreira é a atitudinal, o comportamento, preconceito, estigma com o estudante com deficiência de achar que todos são incapazes. O desconhecimento da pessoa em relação à pessoa com deficiência, antes de enxergar a deficiência tem olhar o ser humano, essa pessoa tem direito a todos os direitos como todos da sociedade (ibid).

Esse direito tem que ser garantido através de ferramentas trabalhadas com esses profissionais e o Pacto pela Inclusão tem também essa função. O ponto negativo é quando os municípios têm dificuldades nessa inclusão, quando ocorrem barreiras atitudinais, falta de compreensão muitas vezes por parte da política pública. Mas, essas questões, conforme os entrevistados vêm sendo superadas na medida em que acontece a interlocução da SEE/PE e eles buscam o mecanismo para superar essas barreiras que dificultam a inclusão da pessoa com deficiência na escola e na sociedade (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEID, PERNAMBUCO, 2019).

Nessa linha, segundo as entrevistas, existe entre a SEE/PE e Secretaria de Educação do Recife um diálogo, parcerias, produção de documento em comum, a exemplo da Instrução normativa produzida junto com a Secretaria de Educação do Recife, para a rede privada dispo



que todos os estudantes com deficiência na rede privada têm direito a efetivação da sua matrícula e direito ao Atendimento Educacional Especializado com professor especialista, preferencialmente nas salas de recursos multifuncionais. Na interlocução com a secretaria do recife ocorreu apenas avanço e existe uma interlocução permanente (ENTREVISTA, ATORES QUE DESENVOLVERAM O PROGRAMA PACTO PELA INCLUSÃO, GEIDH, PERNAMBUCO, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência foram historicamente excluídas da sociedade, segregadas e marginalizadas, e segundo Costa (2015) as pessoas que se encontram distantes dos padrões “impostos” pela sociedade acabam saindo do controle social, sendo consideradas inaptas para realizar a produção do capital. Esses indivíduos considerados limitados nas questões da convivência, da atuação social, dos bens culturais e do direito à educação na escola, eram ameaçados de segregação, e ao direito à educação na escola pública em sua perspectiva inclusiva e universal (COSTA, 2015).

Entendemos que as Políticas de Educação Inclusiva são essenciais na garantia do direito à educação das pessoas com deficiência. Contudo, não é suficiente a criação dessas Políticas, é fundamental que trabalhem para que elas aconteçam na prática e que ocorra um monitoramento. De acordo com o levantamento bibliográfico constatamos o engajamento das Secretarias de Educação na criação de Políticas Públicas Inclusivas, porém na prática, muitas vezes, esse monitoramento não acontecia. Existiam nas escolas pesquisadas pelos autores neste trabalho, barreiras arquitetônicas, atitudinais e dentre outras, o que traz empecilhos na efetivação da inclusão desses indivíduos. Essas barreiras também foram reconhecidas em entrevistas com os atores que desenvolveram o “Programa Pacto pela Inclusão”, ressaltando que a mais difícil de combater é a atitudinal, por causa do estigma, preconceito que essas pessoas com deficiência sofrem no ambiente escolar, o que resulta em entraves na efetivação da Inclusão Escolar.

O “Programa Pacto pela Inclusão” é uma política pública voltada para garantir o Direito à Educação das pessoas com deficiência, evidenciando através dos dados coletados das entrevistas, que há engajamento, sensibilidade e um vasto entendimento sobre Educação Inclusiva e Direitos Humanos. Sempre com cuidado de ouvir os alunos, professores e municípios sobre as suas experiências com a Educação Inclusiva e pensar em alternativas para solucionar as dificuldades que são apresentadas. Entendendo que cada estudante com deficiência possui as suas especificidades que precisam ser respeitadas e atendidas, como também procuram empoderá-los para que tenham autonomia. Trabalhar para que a sociedade enxergue esses estudantes como seres humanos e sujeitos de direitos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Aparecida Oliveira; OLIVEIRA, Gislene Farias de; SILVA, Maria Odete Emygdio da. **As Concepções e Práticas de Educação Inclusiva nas Escolas Estaduais da Sede do Município de Exu – PE.** *Id on Line Rev. Mult. Psic.* V.13, N. 45. p. 373-397, 2019 - ISSN 1981-1179.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018.** Brasília, DF: Inep, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2019.

COSTA, Valdelúcia Alves da Costa e SILVA, Aida Maria Monteiro. **Educação inclusiva e direitos humanos: perspectivas contemporâneas/** Aida Maria Monteiro Silva, Valdelúcia Alves da Costa, (orgs.). – São Paulo: Cortez, 2015- (Coleção educação em direitos humanos).

COSTA, Valdelúcia Alves da Costa. **As demandas da formação e da prática docente inclusiva sob égide dos direitos humanos.** In: COSTA, Valdelúcia Alves da Costa e SILVA, Aida Maria Monteiro. Educação inclusiva e direitos humanos: perspectivas contemporâneas/ Aida Maria Monteiro Silva, Valdelúcia Alves da Costa, (orgs.). – São Paulo: Cortez, 2015- (Coleção educação em direitos humanos).

HÖFLING, ELOISA DE MATTOS. **Estado e políticas (públicas) sociais.** Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, novembro/2001.

LAMONIER, Elisangela Leles. **Políticas públicas inclusivas: direitos e garantias à pessoa com deficiência.** Revista EIXO, Brasília – DF, v. 5, n. 2, julho-dezembro de 2016.

PERNAMBUCO, Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco Gerência de Políticas de Educação Especial-GEDE. **Projeto Pacto pela Inclusão (Versão-2013).** Pernambuco, 2013.

PERNAMBUCO, Secretaria Executiva de desenvolvimento da Educação Gerência de Políticas de Educação Especial Regionais de Educação-GRE'S e seus respectivos Municípios. **Relação dos Municípios com Adesão e os que ainda não aderiram ao Pacto pela Inclusão.** Pernambuco, 2018.

RECIFE, Pernambuco. **Entrevista Semiestruturada para os atores que desenvolveram o Programa Pacto pela Inclusão da Gerência de Políticas Educacionais em Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania-GEIDH, da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco.** 2019.

SANTOS, Maviael Leonardo Almeida dos. **Política de inclusão escolar: uma análise do programa escola acessível.** Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Pernambuco, CE. Programa de Pós-graduação em Educação, Recife, Brasil, 2017.

SILVA, Anderson Felipe Pereira da; SILVA, José Dayvid Ferreira da. **A educação especial em uma escola Municipal do Município de Recife – PE.** Anais IV CONEDU. Realize Eventos Científicos& Editora, Campina Grande – PB, v. 1, 2017, ISSN 2358-8829.



**Coordenação:**

José Antonio Callegari (UFF)  
Rosalice Pinto (UNL-Portugal)  
Virgínia Leal (UFPE)



## POR UMA SEMÂNTICA-PRAGMÁTICA DOS ESTUDOS QUALITATIVOS NO DIREITO

**Antônio Lopes de Almeida Neto**

Graduando em Direito (UPE-Arcoverde).

**Fernando da Silva Cardoso**

Doutor em Direito (PUC-RJ). Professor Adjunto do Curso de Direito (UPE-Arcoverde).

### INTRODUÇÃO

Com a crise da epistemologia clássica na produção de conhecimento, as estruturas criadas na modernidade começam a ser sucateadas com o aparecimento de novas problemáticas no período histórico-cultural pós-moderno (ou modernidade tardia). A ideia de crise do classicismo (racionalismo, cartesianismo, positivismo) nas ciências em geral traz como consequências as dissoluções dos sistemas, dos conceitos e das metodologias até então aplicadas às produções de conhecimento (BITTAR, 2009; SALDANHA, 2001; WARAT, 1982).

De forma mais específica, esses sintomas são sentidos na pesquisa social através da bricolagem dos métodos de pesquisa. Este termo consiste em uma analogia tirada do *bricoleur*, ou seja, aquele que faz colchas de retalho (DENZIN; LINCOLN, 2006). Portanto, o pesquisador utiliza múltiplos métodos de várias disciplinas para chegar a resultados mais profundos e dialógicos em um contexto de alta complexidade. É, por si só, um movimento dentro da pesquisa qualitativa que corrobora com essa pluralidade e descontinuidade de métodos e técnicas aplicados hoje.

Entretanto, para a área do Direito, não houve uma estruturação de suas produções tal qual as ciências sociais perfazem no ambiente acadêmico (ou da pesquisa social). A seara jurídica produz, ainda, um discurso voltado para a decidibilidade dos conflitos normativos que ingressam na seara forense (FERRAZ JÚNIOR, 2015). É essa dogmatização das suas estruturas que, por exemplo, dificulta a superação do déficit da criação dos estudos empíricos no direito, pois a produção bibliográfica mais se alinha a um parecer jurídico do que a uma pesquisa *bricouler* (BARROS; BARROS, 2018; BITTAR, 2003; NOBRE, 2004).

A partir disso, o presente estudo se constitui a partir da seguinte problemática: qual a importância de uma perspectiva semântico-pragmática na elaboração da produção de conhecimento do direito direcionado a um viés qualitativo (e empírico)? A pesquisa é fruto de uma iniciação científica do Projeto 'Pesquisa e Produção do Conhecimento sobre Gênero e Direito no Brasil' em andamento na Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. O objetivo geral da pesquisa foi: demonstrar a importância de uma perspectiva semântico-pragmática na elaboração da produção de conhecimento do direito direcionado a um viés qualitativo (e empírico).

O primeiro objetivo específico foi descrever a decidibilidade jurídica como eixo epistemológico da pesquisa jurídica. Essa parte contou com a eleição de algumas características que rondam a pesquisa científica no Direito, demonstrando, assim, a relação entre o ambiente forense e a produção de conhecimento jurídica. O segundo objetivo específico apresentou algumas críticas nietzscheana aos modelos básicos de linguagem que permeiam o *modus operandi* do conhecimento e até mesmo as formas como as pessoas se relacionam. O último objetivo específico consistiu em relacionar as críticas nietzscheanas da linguagem com a pesquisa qualitativa no direito para um movimento científico que vá além da decidibilidade jurídica.

Recorremos, para o nosso estudo, a um gênero textual que estivesse entre a estética e a epistemologia, ou melhor, uma escrita que ainda fosse aceita pelo nosso mundo acadêmico, mas que tivesse expressividade artística: o ensaio. Esse estilo de escrita, por sua vez, não pode ser significado apenas pela sua etimologia: *essayer* (no francês) que já foi uma tradução do *exagiu* (no latim) como um sinônimo de exercício, treino ou prova. Por outro lado, também não é um simples exame de um problema. O ensaio, por excelência, é um gênero textual que medita e expõe um problema de forma exercitada, isto é, uma ginástica reflexiva que analisa e experimenta as diversas maneiras que se indaga uma problemática ou um objeto de pesquisa (BONACCINI, 1994).

Assim, a confluência da nossa investigação até então nos permitiu ver o ensaio como um modo adequado para expressar os exames relacionados à decidibilidade jurídica como paradigma da pesquisa jurídica, aos apontamentos (não fechados) que fazemos sobre um estudo jurídico-qualitativo que vá além da dogmática jurídica ou das pesquisa zetéticas tradicionais. Além disso, uma escrita que nos permita colocar os verbos em primeira pessoa do plural para enfatizar essa experimentação nos próprios autores.

Segundo Londoño (2011), esse gênero possui algumas ressalvas. A primeira é que o ensaio não é um simples monólogo ou uma narrativa autobiográfica. Ou seja, o ensaio é uma descrição, mas um ato descritivo que pretende ser comunicado aos outros, não se confundindo com uma disposição de crenças. A segunda ressalva, conectada a anterior, é que o ensaio é um estilo onde os(as) outros(as) possam ler e apreender os motivos que levaram aquela escrita, isto é, a experiência sensível do(a) autor(a) que perpassou o texto. Por último, numa busca dialética, o ensaio se perfaz entre a matéria epistêmica explorada e o estilo a ser utilizado.

O método utilizado foi o dedutivo (GERHARDT; SOUZA, 2009). A abordagem foi qualitativa por causa da complexidade presente nos dados e a forma como estes foram validados (ALAMI; DESJEUX; GARABUAU-MOUSSAOUI, 2010; NOREÑA *et al.*, 2012). Tal tratamento qualitativo se concretizou pela direta coleta bibliográfica, pois este tipo nos abriu a possibilidade de uma postura interpretativa (SCHWANDT, 2006). Já o processo de validade se inscreveu numa perspectiva pragmática da pesquisa, ou seja, a própria descrição exaustiva dos procedimentos metodológicos, acesso aos dados e as dificuldades no tratamento destes que por si só explicam as condições de produção dos resultados.

Os tipos de pesquisa empreendidos foram: exploratório e descritivo (SILVEIRA; CORDOVA, 2009). O estudo foi exploratório porque se familiarizou com a prática dos pesquisadores, pouco observada nas produções de conhecimento na área do Direito, no intuito de refletir algumas ausências presentes nas metodologias jurídico-sociais. Para mais, é um estudo descritivo porque demanda uma série de informações dos dados bibliográfico e seu processo de escolha, mas não só isso, já que a descrição de alguns conceitos e teorias usadas na pesquisa se fizeram presentes.

A técnica de coleta de dados utilizadas no estudo foi: a bibliográfica (LIMA; MIOTO, 2007). Tal técnica é utilizada em estudos exploratórios e descritivos, isto é, em casos pouco estudados e que não permitem criar hipóteses precisas e operacionais. Ademais, a pesquisa bibliográfica irá

reunir estudos esporádicos já publicados para tentar concentrar categorias ou conceitos do fenômeno observado. Diante da abordagem qualitativa e o tipo exploratório-descritivo empregado na atual pesquisa, a pesquisa bibliográfica em base de dados digitais foi imprescindível para se chegar aos resultados desse estudo.

A primeira estratégia usada no banco de dados digital, o 'Portal de Periódico da CAPES', foi em relação ao tema da decidibilidade jurídica. Na aba de 'Assuntos' foram escritas as seguintes palavras-chave intermediadas pelos operadores booleanos: 'Sistema Jurídico', 'Direito Dogmaticamente Organizado', 'Direito Moderno', 'Ensino Jurídico', 'Pesquisa Jurídica', 'Produção de conhecimento no Direito', 'Produção de conhecimento jurídica'.

A segunda estratégia ligada ao assunto da filosofia nietzscheana, também no 'Portal de Periódico da CAPES', foi: 'F NIETZSCHE' 'NIETZSCHE' 'NIETZSCHE F' 'Trágico' 'tragédia grega' 'Dionísio' 'dionisíaco' 'homem gregário' 'estética' 'linguagem' 'metáfora'. Tal correlação de descritores se deu pelos operadores booleanos disponibilizados pelo próprio banco de dados digital. Já a terceira e último planejamento de palavras-chave aplicadas a mesma base foi: 'pesquisa qualitativa', 'pesquisa de campo', 'pesquisa etnográfica' e 'etnografia'.

## UMA CRÍTICA À DECIDIBILIDADE JURÍDICA COMO EIXO EPISTEMOLÓGICO DO DIREITO

Em uma leitura pragmático-retórica, Ferraz Júnior (2014) descreve a ciência jurídica como um estatuto epistemológico que pensa suas investigações sob o problema da decidibilidade jurídica. É patente, para os(as) leitores(as) da área do direito, que esta perspectiva é quase um lugar-comum ou um *topos* nas produções de conhecimento. Isso porque a sua institucionalização, como último arcabouço racional na sociedade, o reduziu a pensar conflitos sociais e obrigatoriamente resolvê-los.

O direito dogmaticamente organizado, grosso modo, poderia ser sintetizado por meio de dois princípios: a inegabilidade dos pontos de partida e o *non liquet* (FERRAZ JÚNIOR, 2015). O primeiro princípio consiste na impossibilidade do sistema jurídico recorrer a outros axiomas que não sejam validamente constituídos/decididos por um procedimento anterior, no qual este se sujeita. Assim, aquele que tem competência para decidir em um determinado procedimento que o agregue, deve argumentar e justificar sua resposta a partir de dados já fixados pelo próprio sistema.

O princípio do *non liquet*, em uma função diferente, constitui a obrigatoriedade de resposta daquele que tem competência para decidir em um procedimento jurídico. Dessa maneira, todos os conflitos que chegaram as instâncias de decisão jurídica deverão ter uma resposta adequada por meio dos dados que compõem o próprio sistema. Essa característica é tão forte que o próprio operador do direito, em sua aprendizagem e prática, têm contato com técnicas integradoras do sistema quando o conflito se mostra inédito: conflitos que não possuem aproximação com nenhum fato hipotético imaginado pelos doutrinadores<sup>1</sup> ou semelhanças por algo julgado pela jurisprudência<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A doutrina aqui mencionada é o conjunto de literaturas produzidas no direito para ensinar e auxiliar os seus operadores para a prática (julgamento, pareceres e proposições de ações) no âmbito forense.

<sup>2</sup> Essa palavra pode ter duas acepções: a primeira é relativa a um caso em particular decidido por um juiz, um desembargador (sua turma e plenário no tribunal) ou um ministro (sua turma e plenário no tribunal); a segunda remete a uma coletânea de casos julgados classificada por temas ou subáreas do direito.

Embora o autor mencionado (Ferraz Júnior), ainda em sua obra, diferencie as investigações dogmáticas e as zetéticas<sup>3</sup> no direito, sua propositura está cercada pelo ou direcionada para o âmbito forense. O termo forense, em sua acepção usual, é relacionado aos tribunais e a todos(as) que possuem uma atividade neste. Porém, essa metáfora no sentido desse estudo é muito mais ampla: ela se refere às instâncias (ou aos espaços) institucionalizadas(os) na sociedade e conectadas(os) aos elementos do direito dogmaticamente organizado.

É lendo esse panorama, que houve a preocupação nossa sobre a pesquisa jurídica. As perspectivas de transversalidade das investigações jurídicas se tornaram horizontes limitados, porque os(as) juristas ainda se acomodam, ou não se arriscam, em sair da cúpula do direito dogmaticamente organizado. Na maioria das vezes, quando uma pesquisa busca uma dimensão interdisciplinar, ela comuta uma teoria advinda de outro campo do saber, reduzindo-a, muitas vezes, à dogmática jurídica.

Um exemplo dessa redução são as pesquisas de gênero produzidas no direito. Em um estudo realizado no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) entre os anos de 2007 e 2016 (em fase de elaboração)<sup>4</sup>, as pesquisas envolvendo gênero se preocupavam, em grande medida, com os institutos jurídicos no sentido exegético ou doutrinário: constitucionalidade, vigência, eficácia e outros aspectos; partindo de uma realidade institucional para um fim institucional.

Nessa perspectiva, a pesquisa jurídica, por mais que contenha uma proposta zetética, como descreve Ferraz Júnior (2012, 2014, 2015), ainda se perfaz por esse cercamento científico. Reduzindo, por exemplo, uma categoria de estudo importante: gênero; às questões ainda pertinente a uma grande metafísica tecnológica: a dogmática para decidir bem o direito. Obviamente, essa metafísica cerceadora da pesquisa incorpora dualidades antagônicas: o bom direito e o mal direito; o jurídico e o não jurídico; o justo e o injusto.

Não é uma finalidade nossa expurgar a juridicidade moderna dos estudos dos(as) juristas. É patente, para nós, que para continuar os cursos de Direito da maneira que estão dispostos em seus componentes curriculares, precisa-se dos manuais jurídico e outras bibliografias que auxiliem os estudantes e os tecnocratas no dia a dia. Entretanto, a crítica referente à pesquisa jurídica está na individualização ou na linearidade de tais estudos jurídico-universitários. Procura-se primeiro, a título de exemplo, fontes formais do Direito, doutrinas, decisões judiciais ou qualquer elemento do ambiente forense, para posteriormente formular um problema de pesquisa ou os objetivos específicos num plano de trabalho. Isso quando já não começam com uma defesa prévia de um suposto bom direito.

É como se a vida/o corpo/o mundo, ou seja, a imanência fora do ambiente forense fosse relegada aos dados secundários, isto quando se tornam secundários! É como se a baixa complexidade que a dogmática jurídica construiu para o ambiente forense se estendesse para a pesquisa jurídica, quando na verdade, este campo deveria ser fluído, pela vida, pela complexidade e ambiguidade. Em suma, sem os pontos de partida produzidos pelo sistema jurídico, mas pela própria intuição, inspiração ou afeto do(a) pesquisador(a).

---

<sup>3</sup> Ferraz Júnior (2012, 2014, 2015), menciona dois tipos de investigação na ciência jurídica pensada a partir do problema da decidibilidade: dogmática e zetética. A primeira pensa o direito de forma dogmática, isto é, não questionando seus pontos de partida sistêmico, mas problematizando ou tentando solucionar as aplicações desses axiomas. Já a zetética, por outro lado, pensa a investigação jurídica questionando o próprio pontos de partida. De toda forma, o autor expressa que há uma correlação fundante entre as duas.

<sup>4</sup> Almeida Neto e Cardoso, Pode o Direito ser Interdisciplinar? Dimensões da Produção Científica sobre Gênero na Pós-graduação em Direito no Brasil (2007-2016) a ser publicada pela Revista Eletrônica de Direito e Sociedade (REDES).

Oliveira (2003), por exemplo, consegue detectar alguns sintomas acadêmicos dessa cultura científico-jurídica. O primeiro deles é o manualismo, onde os autores fazem capítulos ou tópicos destinados a repassar de forma didática conceitos, efeitos e a história dos próprios institutos jurídicos pesquisados. Em outras palavras, a pesquisa jurídica, por este traço linear, só trabalha com exposições que seguem as mesmas características causalistas dos manuais jurídicos. É um aspecto de duplo efeito que se dirige a ensinar (como se introduzir conceitos) e a ligar os institutos jurídicos a uma história de causa e efeito.

Outro sintoma é o reverencialismo (OLIVEIRA, 2003) que consiste em uma escrita típica de pareceres ou petições iniciais endereçadas ao juiz com o intuito de demonstrar que o autor possui o “melhor direito” ou a “melhor doutrina”. Este reverencialismo tem uma característica intrínseca: a lógica dos pareceres (NOBRE, 2004). Isto é, os juristas produzem conhecimento como se estivessem escrevendo uma petição inicial ou um parecer jurídico: copiando e colando diversos julgados e legislações (ROCHA; PEREIRA, 2017).

É essa defesa, ou melhor, é esse credo (para)teológico-dogmático nas pesquisas jurídicas que cria obstáculos a fluidez da própria escrita, a inovação das chaves de leitura nas análises dos dados e até a forma de como se articula a exposição dos resultados. O reverencialismo e a lógica dos pareceres se comportam tal qual uma exortação aos santos, colocando em altares determinadas pessoas para promover uma linha retilínea de pensamento que vai do mundo para o além-do-mundo-jurídico: o ambiente forense.

O costume é tão reiterado e cristalizado, que muitos discentes de graduação e de pós-graduação (lato e stricto sensu) quando escrevem seus trabalhos finais, não fazem citações, por exemplo, de legislação. É como se esta fosse um elemento tão naturalizado na escrita e na linguagem, que prescinde as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), mais especificamente, a norma 10520 (ABNT, 2002).

Outro sintoma encontrado são as confusões epistemológica (OLIVEIRA, 2003). Ou seja, os autores colocam visões ou discursos já conhecidos de outras ciências para tentar criar um contorno interdisciplinar no trabalho. Melhor dizendo, uma incursão multidisciplinar má feita. Quando não fazem isso, misturam escolas ou linhas de pensamentos de determinada área para criticar ou ratificar (nas suas produções) argumentos e frases de forma descontextualizada. O que, para nós, é fruto de uma tentativa de individualidade na pesquisa, se livrando, ou não percebendo, as diferentes tensões e múltiplos que existem no conhecimento.

Isso que foi apresentado, não é, de modo algum, diferente do que a metafísica filosófica e a moral judaico-cristã criaram para construir os seus arquétipos culturais. Japiassu (2016), a título de exemplo, observando esse mesmo movimento na filosofia, utilizou o termo “capelas científicas” para criticar os credos teológico-científicos rezados nos eventos acadêmicos, de maneira a anunciar e se apropriar da verdade, como se tal teoria ou escola teórica fossem a representação linguística do mundo real.

## **A PESQUISA COMO EXPRESSÃO DA IMANÊNCIA E DA VIDA**

Descrita a prática massiva da pesquisa jurídica, resolvemos então acolher uma das propostas da filosofia nietzscheana: o experimentalismo na escrita. Experimentar a si mesmo(a), aquele(a) que escreve, e também o(a) leitor(a). É um processo que gira em torno de um devir, ou melhor, uma passagem de um fragmento reflexivo nosso que se inscreve em um dado contexto no(a) autor(a). Dessa maneira, o convite à leitura deste ensaio não é direcionado aos(as) leitores(as) dogmáticos(as), mas àqueles(as) que compreendem a fluidez crítica ou as dissoluções lineares que foram realizadas.



Nietzsche, caro(a) leitor(a), não escreveu, de forma especializada, sobre o direito e muito menos sobre a pesquisa jurídica. Porém, por um processo experimental, nosso e do público-alvo, resolvemos utilizar das marteladas nietzscheanas para criticar a pesquisa tal qual muitos(as) fazem. Por ironia, mesmo que ele não tenha escrito sobre o nosso objeto de pesquisa, nós nos apropriamos da sua prática: “Eu me transformo depressa demais: meu hoje contraria meu ontem. Com frequência pulo degraus ao subir – isso nenhum degrau me perdoa” (NIETZSCHE, 2011, Da árvore na montanha).

Observado isso, podemos prosseguir para uma das excentricidades da filosofia do Nietzsche, a linguagem, que se conectou com o nosso experimentalismo ensaísta relacionado aos estudos qualitativos na pesquisa jurídica. Porém, alguns tópicos dessa linguagem em Nietzsche devem ser explorados para uma melhor problematização da seção anterior. No seu livro ‘*A gaia ciência*’, Nietzsche (2001, Livro V Nós, os impávidos, §354)<sup>5</sup> descreve:

O ser humano, como toda criatura viva, pensa continuamente, mas não sabe; o pensar que se torna consciente é apenas a parte menor, a mais superficial, a pior, digamos: pois apenas esse **pensar consciente ocorre em palavras, ou seja, em signos de comunicação, com o que se revela a origem da própria consciência. Em suma, o desenvolvimento da linguagem e o desenvolvimento da consciência (não da razão, mas apenas do tomar-consciência-de-si da razão) andam lado a lado** (grifo nosso).

O filósofo nega essa diferenciação entre os animais por racionalidade ou irracionalidade. Para ele, a consciência ou tomar-consciência-de-si é uma estratégia para a manutenção da espécie. Ou melhor, é um órgão da espécie humana que se desenvolveu por causa da sobrevivência. Esse ‘eu’ linear, sem fissuras, dominador, individual e transcendental é, de acordo com Nietzsche, um mal da cultura ocidental. Primeiro porque não leva em conta as tensões dos múltiplos que habitam em nós, negando, por assim dizer, o vir-a-ser<sup>6</sup> tão caro a filosofia nietzscheana. Por outro lado, se associa a linguagem, fazendo desta um sinônimo de representação da realidade/verdade/coisa em si<sup>7</sup>.

Segundo Melo de Neto (2017), este traço não se deu apenas nos significados das palavras, mas nos usos lógicos dos elementos que compõe a linguagem (a sintaxe). Assim, a sintaxe e a semântica, (in)conscientemente, disseram, por anos a fio, o uso “correto” da língua, mas não só isso, pois também educaram os(as) indivíduos(as) para a correspondência com o mundo real. É como se a verdade discursiva ou a realidade estivessem subordinadas as regulamentações ou pré-compreensões da língua local. Deste modo, reduzir a linguagem à verdade e criar uma impossibilidade de juízos falsos é negar a vida.

Nietzsche (2000, §11), em ‘*Humano, demasiado humano*’, também reforça essa crítica da linguagem essencialista marcada como preconceituosa:

---

<sup>5</sup> As citações diretas autor-data de Nietzsche, por uma questão prática, foram do seguinte modo: sobrenome do autor, ano, título do capítulo e parágrafo. Por que tiramos o tradicional elemento ‘página’ da citação direta? De acordo com a ABNT (2002), Norma 10520, item 5.1: “Especificar no texto a(s) página(s), volume(s), tomo(s) ou seção(ões) da fonte consultada, nas citações diretas.” (p. 2). Portanto, as páginas podem ser trocadas por títulos das seções e complementadas pelos seus parágrafos (§). Além disso, como as obras de Nietzsche possuem várias editoras e edições (e por consequência uma variação de páginas), então, foi útil citar por aquilo que não muda. Outro ponto é que muitos E-books são usados, logo, não existe uma numeração de páginas nesse tipo publicação.

<sup>6</sup> Esse vir-a-ser é negado porque a consciência ou o ‘eu’ linear põe um início e um fim na existência, negando os traços de multiplicidade, efemeridade e de instintividade presente no(a) indivíduo(a).

<sup>7</sup> “Falar não se limita a nomear (tarefa adâmica); ao relacionar uma palavra com uma coisa algo já deve estar pronto na linguagem e nas atitudes e intenções. Formular frases e utilizar sentenças com conteúdo proposicional, não é uma pura atividade mental, do pensamento, e sim uma atividade lingüística, a qual, em meio às diversas atividades não lingüísticas, possibilita as várias operações mentais.” (ARAÚJO, 2007, p. 13).

A importância da linguagem para o desenvolvimento da cultura está em que nela o homem estabeleceu um mundo próprio ao lado do outro, um lugar que ele considerou firme o bastante para, a partir dele, tirar dos eixos o mundo restante e se tornar seu senhor. **Na medida em que por muito tempo acreditou nos conceitos e nomes de coisas como em a *eternae veritates* [verdades eternas], o homem adquiriu esse orgulho com que se ergueu acima do animal: pensou ter realmente na linguagem o conhecimento do mundo** (grifo nosso).

Para nós, essa vontade de verdade que se expressa na linguagem é a primeira martelada para os(as) juristas que pesquisam. Acreditar que suas pesquisas tecem relatos profundos sobre o mundo nos causa uma dupla reflexão. A primeira é que não há, e nem faz sentido, chegar à realidade das coisas como algo que transcende a nós mesmos(as). Pesquisar, em sintonia com as marteladas nietzscheanas, é unir múltiplos diálogos em uma unidade para apresentar um sentido temporário de reflexão. Para mais, dentro das pesquisas jurídicas, de viés dogmático principalmente, não seria possível se aprofundar sobre o mundo, porque o que está em cena é o mundo forense, isto é, um recorte epistemológico do social para diminuir a complexidade no momento da decisão.

Além disso, na seção anterior, vimos muitos(as) pesquisadores(as) do direito utilizarem-se da lógica dos pareceres, o que para nós, é uma expressão da vontade de verdade. Primeiro porque o(a) jurista que faz, não admite uma tese em contrário, afirmando seu “bom direito” no credo do Estado Democrático de Direito. O segundo motivo é que eles cristalizam, de maneira fechada, a sua ideia, mascarando-a, muitas vezes, com uma atitude multidisciplinar. No entanto, é um movimento que converge as categorias analíticas ou as chaves teórico-metodológicas no intuito de afirmar aquilo que ele(a) pensou, quando, por uma questão ética na ciência, deveria testabilizar suas hipóteses.

Essa ontologização da linguagem, esboçada por Nietzsche anteriormente, como uma correspondência do real ou meio para a verdade é típica do homem gregário. Segundo Bittencourt (2017), O “homem gregário”, mencionado pelo filósofo, é aquele que se seduziu pela correspondência ontológica da linguagem com as coisas. Para Nietzsche (2007), este tipo de indivíduo é um fraco por procurar, de forma incessante e nociva, uma segurança ou um conforto da linguagem como representação do mundo. Logo, ele não se dar conta das reduções que a linguagem faz das vivências individuais dos sujeitos.

Então, para o nosso exame crítico, este tipo de jurista seria, por excelência, o(a) gregário(a). Ou seja, aquele(a) que faz pesquisa acreditando na representação dos problemas que ele(a) observa. Ou melhor, o(a) pesquisador(a) que por uma investigação acredita exaurir todas as discussões referentes ao seu objeto de estudo. Essas ideias ou as extensões dela são também um desejo de verdade na pesquisa, como se os processos linguísticos se caracterizassem de maneira cumulativa, linear e representacionista.

É por isso que o nosso ensaio buscou um ângulo diferente da pesquisa: a semântica-pragmática. É caro para nós, leitores(as), uma pesquisa que se entregue à complexidade, à multiplicidade e ao caráter descontínuo da linguagem e daqueles que residem nela: autores(as) e atores(atrizes) de uma pesquisa sóciojurídica. Não é, por acaso, que o título desta seção é: a pesquisa como expressão da imanência e da vida. É um apelo para um novo olhar que observe menos os processos de decidibilidade jurídica e as teses doutrinário-jurisprudenciais que os acompanham.

Mas, você deve está se perguntando: o que é a pragmática? Embora haja acepções diferentes, por Marcondes (2005) vemos a pragmática como um dos três eixos da linguagem, ficando ao lado da sintaxe e da semântica. A última, por exemplo, direciona seus esforços para saber os objetos que correspondem aos signos da linguagem, a sintaxe, de modo complementar,

quer buscar a relação lógica dos signos entre si. Por último, a pragmática se relaciona ao uso concreto da linguagem, isto é, quais são as circunstâncias ou o contexto em que os usuários empreenderam determinado uso linguístico.

A partir daí, é possível estender o uso dessa perspectiva pragmática com o que foi um dos produtos das reflexões nietzscheanas: a verdade. Se não há uma absoluta verdade correspondida pela linguagem, o que nos motiva para continuar a escrever na pesquisa científica? Em resposta a isso, e de modo momentâneo, é claro a nós que, se eliminada a vontade de verdade, o que nos resta é uma postura interpretativa e localizada. Seria, portanto, a compreensão, entre as várias compreensões possíveis, do ambiente em que estamos, ou dos(as) outros(as) que estudamos, das ações observadas e até das apropriações linguísticas diante dos contextos em que atores(atrizes) sociais estão.

Não queremos, de forma alguma, excluir a decidibilidade jurídica como possível eixo de pesquisa, todavia, ampliamos esse campo para longe do ambiente forense e mais próximo a vida. Ou seja, um olhar para as afetividades, as sensibilidades, aos(as) sujeitos(as) e suas formas de vida. É uma subversão, iniciada pela crítica linguística, para além dos procedimentos tecnocratas que o direito e seus(suas) operadores(as) nos obrigam. É também, ir além das pesquisas zetéticas tradicionais que, na maioria das vezes, estudam aspectos inerentes à Hermenêutica e à Teoria Geral do Direito para saber o que é norma, o que é fonte e outros traços do direito dogmaticamente organizando.

Portanto, nossa leitura se perfaz por um afastamento da dogmática e das disciplinas zetéticas que acabam por se dogmatizar, justamente pela aproximação e dependência dos pontos de partida do dito sistema jurídico ou direito moderno dogmaticamente organizado que essas possuem. É sair da zona de conforto e se aventurar em teorias, em cartografias do pensamento nunca (ou pouco) utilizadas pelo Direito ou muito estranha à seara jurídica. Concretizando, por assim dizer, uma investigação semântico-pragmática: novos sentidos ou novos ambientes linguísticos para transversalizar os saberes, confundindo-se, em certa medida, com a complexidade e a multiplicidade da vida/imanência.

É por isso, que nesse aspecto, concordamos com Deleuze quando esboça um pouco da colagem, técnica artístico-filosófica usada por ele:

Devemos ser bilíngües mesmo em uma única língua, devemos ter uma língua menor no interior de nossa língua, devemos fazer de nossa própria língua um uso menor. O multilingüismo não é apenas a posse de vários sistemas, sendo cada um homogêneo em si mesmo; é, antes de tudo, a linha de fuga ou de variação que afeta cada sistema impedindo-o de ser homogêneo (DELEUZE, 1998, p. 12).

## **QUAL A RELAÇÃO DA PESQUISA QUALITATIVA COM TUDO ISSO?**

Produzir conhecimento científico, principalmente na pesquisa jurídicosocial, é desvincular-se do modelo estrutural de conhecimento. Ou seja, é ir além da lógica linear entre a ciência e o seu tradicional objeto de investigação. É óbvio que essa perspectiva ainda é muito presente por causa da herança moderna de Descartes (2001), no entanto, tratar do humano e suas relações como ponto de investigação é valer-se de uma lógica da complexidade: várias lentes teórico-metodológicas apontadas para diferentes lócus com o objetivo de captar ambiguidades, contradições, descontinuidades e peculiaridades.

Porém, a produção de conhecimento em direito ainda se perfaz voltada a tecnologia epistêmica da decisão, trazendo sempre à tona objetos de estudo encadeados com o direito dogmaticamente organizado. De modo metafórico, esse movimento nas produções de

conhecimento jurídico é uma repetição de um constante verbete jurídico em uma estrutura linear para, no final, deixar de lado espectros dos afetos, da sensibilidade, do simbólico, dos sentidos na linguagem comum (e conseqüentemente do senso comum), da vivência e da experiência tão importantes e caros aos(as) sujeitos(as) e suas relações intersubjetivas e transubjetivas.

Interpretar a ciência do direito, na nossa perspectiva, não é buscar um objeto de estudo ou uma concepção sintático-semântica adequada e totalizadora. Contudo, envolve pensar a construção de um domínio de conhecimento capaz de perpassar diversos territórios investigativos. É ler e compreender diversos jogos de linguagem constituintes e constituídos dos lócus de pesquisa. Ademais, é se tornar um pesquisador(a)/artesão(ã) das técnicas e dos procedimentos com o objetivo de manufacturar uma colcha de retalhos.

Assim, baseando-se na crítica de Castro Júnior (2011) contra a constitucionalização do direito civil e sua virada copernicana, o nosso experimentalismo se apropria da ideia por ele ressaltada: o universo, nos moldes metafóricos concebidos hoje, é infinito, multiverso, está em expansão e não há um centro determinado. Logo, isso se aplicaria a ciência do direito e suas investigações, pois centralizá-la na decidibilidade jurídica é declarar a morte da metáfora: universo jurídico.

O(A) leitor(a), pode então se perguntar: como conceber uma ciência jurídica a partir de uma metáfora do plano espacial e a partir dela praticá-la? Já que uma conceituação, pelos moldes aqui trabalhados, está fora de cogitação. Sobra o recurso estilístico da linguagem (mais especificamente a metáfora), isto é, uma ciência jurídica incorporando ou se fazendo em um plano espacial de vários territórios capazes de serem conhecidos e visitados pelos(as) pesquisadores(as).

Na extensão da metáfora, esses territórios podem permanecer dentro do tempo (onde há várias temporalidades, ou seja, percepções de tempo), mas também podem desaparecer ou até surgirem novos territórios. Além disso, há uma interação direta entre território e pesquisador(a). O primeiro de forma mais calma (mas não estável), oferecendo dados (por vezes ambíguos e contraditórios) para o(a) pesquisador(a). O segundo (o próprio pesquisador ou pesquisadora e por vezes os atores e atrizes sociais), por outro lado, mais ágil no intuito de provocar o território para obter respostas, entender sua lógica interna e até aprender com este.

Além disso, há os processos de territorialização e desterritorialização. O primeiro se constitui quando o(a) investigador(a) por interesse, sugestão ou *insight* mapeia (localiza) um campo de pesquisa através das ações dos(as) sujeitos(as) e dos artifícios produzidos por estes(as). Já o segundo é uma postura permanente do(a) pesquisador(a) em ser um nômade na pesquisa sociojurídica, portanto, ele(ela) não pode cercar ou se habituar a uma residência no plano espacial da pesquisa. Para mais, quando houver a necessidade de mudança para a coerência do projeto de pesquisa ou para a obtenção de resultados, o(a) sujeito(a) deverá se despir das antigas coordenadas de localização (desterritorialização) por ele(a) criada.

É aí que há o alerta do presente texto: o território e o(a) pesquisador(a) estão numa dinâmica tão forte de interação que não há como separá-los nos processos de territorialização e desterritorialização. Isso faz com que o presente estudo não caia na dualidade maniqueísta do construtivismo (sujeito constrói tudo) e do realismo (o objeto emite todo o conhecimento) como imagens de conhecimento.

Logo, observar a pesquisa social e/ou a ciência do direito tornou-se, neste ensaio, combater perspectivas sintático-semânticas como: a criação de regras de pesquisa *a priori*, o cercamento da prática científica e das ferramentas metodológicas em conceitos ou cosmovisões de mundo e a busca de enunciados ou verdades a partir dos fatos ou dos axiomas intuitivos do

racionalismo. Essas características são típicas da lógica linear do cartesianismo (DESCARTES, 2001) e dos positivistas (REALE; ANTISERI, 2005).

Em um contexto que evita as causalidades, as linearidades e até uma interpretação dos fenômenos de forma cumulativa<sup>8</sup>, a pesquisa qualitativa abre portas para pensar o(a) humano(a) e suas interações cotidianas. É patente que a pesquisa jurídica, na linha do ambiente forense, já realizava a apresentação qualitativa de dados, principalmente através de documentos jurídicos e outros de natureza distinta, como também a própria pesquisa bibliográfica. Todavia, isso é um campo reduzido dessa abordagem, que desde sua criação foi pensada na compreensão de fenômenos muito mais instáveis.

Por isso, tornou-se importantíssimo pensar a pesquisa qualitativa como uma oportunidade de ir além da técnica de coleta de dados documental e bibliográfica ratificadoras da decidibilidade jurídica, como, por exemplo, o modelo etnográfico<sup>9</sup>. Por isso, fazer pesquisa, lembrando aos(as) leitores(as) desatentos(as), é buscar a migração entre os diversos territórios. Em outras palavras, é se desterritorializar e territorializar-se no intuito de diluir as díades: sujeito-objeto e realismo-construtivismo. Logo, ler, interpretar e analisar as práticas dos grupos vulneráveis ou dos processos de vulnerabilidade que se manifestam nestes é sair do *habitat* da decidibilidade jurídica e ir ao encontro do(a) humano(a)<sup>10</sup> em seu contexto, ou de forma mais metafórica, do demasiadamente humano<sup>11</sup>.

Por último, esse experimentalismo entre a pesquisa qualitativa, a noção semântico-pragmática de investigação e a busca pela vida/imanência afeta diretamente os processos de validade das produções de conhecimento. Posto que as maneiras de triangulação ou validação da pesquisa estão relacionadas diretamente com o contexto de descoberta (HOYNINGEN-HUENE, 1987; NOREÑA *et al.*, 2012; OLLAIK; ZILLER, 2012; RAICIK; PEDUZZI, 2015), logo, ganhar reconhecimento da comunidade acadêmica é tentar descobrir o contexto linguístico que uma dada ciência em um dado período histórico está inserida.

Em outras palavras, validar a pesquisa qualitativa interseccionada com a complexidade e a multiplicidade da vida, com um tratamento qualitativo de seus dados e circundada pela noção semântico-pragmática, é fazer uma descrição detalha, mas não rígida, de todos os empreendimentos teórico-metodológicos, dos recortes do objeto de pesquisa e das dificuldades que os(as) pesquisadores(as) tiveram<sup>12</sup>. De outra maneira, é entender que a avaliação ou a

---

<sup>8</sup> A perspectiva por-acumulação anteriormente citada traz alguns problemas aos historiadores da ciência, pois marcar temporalmente a primeira pessoa ou o primeiro experimento de algo fica cada vez mais desafiador com a quantidade de dados que se tem. Além disso, a separação entre ciência e crença/mitos/erros (elencados pela ciência hoje) está também atrapalhando a pesquisa histórica por-acumulação, não é fácil estabelecer critérios absolutos sobre isso. Dessa maneira, Kuhn (1998) traz a crítica em relação a esse tipo de produção de conhecimento e diz que a separação entre ciência e crença é só uma questão de escolha, pois métodos e teorias também podem tornar ciência os mitos.

<sup>9</sup> Fazer pesquisa qualitativa, principalmente pesquisa de campo, é buscar compreender o lócus investigado a partir do ponto de vista encontrado, tentando remontar a lógica daquilo que é interpretado ou significado pelo recorte social/epistemológico: pessoas entrevistadas ou documentos lidos (MINAYO, 2010).

<sup>10</sup> Isso é observado como um ato político do próprio pesquisador. O autor e a autora Denzin e Lincoln (2006) já falam da pesquisa qualitativa em um viés democrático, estudando as principais categorias frutos de injustiças sociais: etnia, gênero e classe.

<sup>11</sup> O intertexto realizado é inspirado na obra de Nietzsche (2000) '*Humano, demasiado humano*', onde o filósofo critica a vontade de verdade existente na cultura ocidental, indo em busca de verdade(s) que transcendem a própria imanência.

<sup>12</sup> Para algumas áreas do conhecimento, isso aparece como algo óbvio, entretanto, para a área do Direito não é muito comum, até porque a maioria das justificações acontecem a partir de uma ideia que o(a) autor(a) teve frente as discussões "tribunalescas" ou doutrinárias, esquecendo, por assim dizer, explicar o caminho metodológico que percorreu.

interpretação dos resultados em um plano de trabalho acadêmico, inscritos nesses moldes, é apreender as condições, as possibilidades e os alcances que um(a) autor(a) tem (ou pode ter) na hora de comunicar ou publicar o seu estudo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso ensaio, grosso modo, trouxe, como os primeiros resultados, a intersecção presente entre o ambiente forense e a pesquisa jurídica. Esses campos, sem dúvidas, estão relacionados, mas não de forma equilibrada. O que há, na verdade, é uma preponderância da tecnologia de decisão jurídica, ou o programa de decidibilidade jurídica, como eixo central das produções de conhecimento no Direito. Isso é ratificado, como observamos, pelos seguintes sintomas: lógica dos pareceres, confusão epistemológica, linearidade na escrita, formulações descontextualizada de teóricos(as) ou escolas de pensamento e naturalizações dos elementos do sistema jurídico na escrita científica.

Outro ponto importante, também resultado da nossa investigação, foram as marteladas da filosofia do Nietzsche como ponto de partida crítico a pesquisa jurídica. É óbvio, como já falamos anteriormente, que o autor nunca pensou sobre o nosso objeto de pesquisa. Entretanto, nos apropriamos das suas reflexões sobre linguagem e do seu modo experimentalista para relatar a vontade de verdade nos juristas gregários. Tal contexto é uma redução do mundo ou da própria vida para as elaborações sintático-semânticas que muitos(as) pesquisadores(as) fazem a partir do direito moderno dogmaticamente organizado.

Por último, e não menos importante, vem os estudos qualitativos como uma ponte para pensar a pesquisa jurídica por um viés complexo, múltiplo e pela imanência (ou pelos próprios problemas sociais). É um fazer semântico-pragmático para apreender sentidos, cria-los ou reinventá-los a partir do que o campo de pesquisa, os(as) atores(atrizes) sociais e os documentos (expressões de sensibilidade) possam apresentar em suas condições e circunstâncias. Portanto, é ler pragmaticamente os vários objetos de pesquisa, presentes nos mais diversos territórios, para (re)criar os(as) autores(as) dos estudos e também afetar o que se entende por direito ou se ver no Direito.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 10520**. Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT Normas Técnicas, 2002. Disponível em: <https://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/nbr10520-original.pdf>. Disponível em: 13 nov. 2019.

ALAMI, Sophie; DESJEUX, Dominique; GARABUAU-MOUSSAOUI, Isabelle. **Os métodos qualitativos**. Trad. de Luis Alberto S. Peretti. Petrópolis: Vozes, 2010.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem**, [s. l.], v. 5, n. 8, mar., 2007.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. BARROS, Matheus de. Os desafios e os novos caminhos da pesquisa em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 5, n. 1, p. 25-48, mar. 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica** – teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade** (e reflexões frankfurtianas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BITTENCOURT, Renato Nunes. Nietzsche, a contestação do realismo platônico da linguagem e a constatação da comunicabilidade usual como sinal da gregariedade discursiva. **Pensando – Revista de Filosofia**, Teresina, v. 8, n. 15, p. 315-337, 2017.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato de. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição. In: STAMFORD DA SILVA, Arthur. **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011.
- DELEUZE, Gilles. **Diálogos**. Gilles Deleuze e Claire Parnet. Tradução de Eloisa Araújo Ribeiro. São Paulo: Escuta, 1998. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x51sc>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- DESCARTES, René. **O discurso do método**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DENZIN, Norman K; LINCOLN, Yvonna S. Introdução – a disciplina e prática da pesquisa qualitativa. In: DENZIN, Norman K; LINCOLN, Yvonna S. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GERHARDT, Tatiana Engel; SOUZA, Aline Corrêa. Unidade 1 – aspectos teóricos e conceituais. In: GERHARDT, Tatiana Engel (org.); SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- HOYNINGEN-HUENE, Paul. Context of discovery and context of Justification. **Studies in History and Philosophy of Science Part A**, Grã-Bretanha, v. 18, n. 4, p. 501-515, 1987.
- JAPIASSU, Hilton. O sonho transdisciplinar. **Revista Desafios**, Palmas, v. 3, n. 01, p. 3-9, 2016.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 10, n. esp., p. 37-45 2007.
- LONDOÑO, Ana María Gómez. Hacia la codificación de un centauro de los géneros "el ensayo" como la práctica de escritura en artes. **(Pensamiento), (palavra)... y obra**, Bogotá (Colômbia), v. 5, n. 5, p. 22-29, jan./jun. 2011. DOI 10.17227/ppo.num5-535
- MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. **ALCEU – Revista de Comunicação, Cultura e Política**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 38-46, jul./dez. 2000.
- MELO NETO, João Evangelista Tude de. **10 lições sobre Nietzsche**. Petrópolis: Vozes, 2017. *E-book*.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Los conceptos estructurante de la investigación cualitativa. **Salud Colectiva**, Buenos Aires, v. 6, n. 3, p. 251-261, set./dez. 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia da Letras, 2011. *E-book*.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia da Letras, 2000. *E-book*.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira em sentido extramoral**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007. *E-book*.
- NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil**. São Paulo: Publicações EDESP/FGV, 2004.
- NOREÑA, Ana Lucía; ALCARAZ-MORENO, Noemi; ROJAS, Juan Guillermo; REBOLLEDO-MALPICA, Dinora. Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa. **Aquichan**, Chía (Colombia), v. 12, n. 3, p. 263-274, dez., 2012.
- OLLAIK, Leila Giandoni; ZILLER, Henrique Moraes. Concepções de validade em pesquisas qualitativas. **Revista Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.38, n.1, 229-241, 2012.
- OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do Código de Hamurábi! a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.
- RAICIK, Anabel Cardoso; PEDUZZI, Luiz O. Q. Uma discussão acerca dos contextos da descoberta e da justificativa: a dinâmica entre hipótese e experimentação na ciência. **Revista Brasileira de História da Ciência**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 132-146, jan./jun., 2015.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, D. **História da filosofia**, 5: do romantismo ao empiriocriticismo. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.
- ROCHA, Maria Vital da; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. A pesquisa jurídica em um contexto pós-moderno: uma abordagem sociológica. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 37, n.2, jul./dez., p. 281-297, 2017.
- SALDANHA, Nelson. Sobre o “direito civil constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 36, p. 87-92, 2001.
- SCHWANDT, Thomas A. Três posturas epistemológicas para a investigação qualitativa: interpretativismo, hermenêutica e construcionismo social. *In*: DENZIN, Norman K; LINCOLN, Yvonna S. (org.). **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. Unidade 2 – a pesquisa científica. *In*: GERHARDT, Tatiana Engel (org.); SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982.



# ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS REFERENTES AO CORPO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E À PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE: CASOS DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Camila Almeida Andrade Velloso

Graduanda em Direito (UPE)

## INTRODUÇÃO

A autonomia da vontade da pessoa, um dos princípios mais importantes do sistema normativo privado, refere-se à faculdade do indivíduo de poder decidir conforme o seu querer. Indissociável a esse conceito está a liberdade, configurando-se nos atuais Código Civil de 2002 e Constituição Federal de 1988 a noção de que a pessoa é capaz de tomar decisões a respeito da sua própria vida, determinando seu destino, inclusive sobre seu corpo, de forma livre e de acordo com suas concepções, desde que isto não implique ofensa ao direito à vida ou à esfera jurídica de terceiros.

Isto posto, torna-se relevante explorar alguns aspectos concernentes à autonomia da vontade da pessoa em relação à disposição do próprio corpo sob a ótica dos direitos fundamentais, pois vê-se que tal temática ganha relevância diante da elevação de alguns direitos humanos à estatura constitucional, dentre eles a liberdade, ocasionando reflexos em todo o ordenamento jurídico.

A partir da concepção de que “a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, 2002. p. 29), é possível observar que o direito ao corpo, após uma longa trajetória histórica, é regulamentado e protegido legalmente a fim de impedir ofensas por parte do Estado e dos próprios particulares, principalmente em relação ao corpo alheio, revelando-se imprescindível o estudo da sua evolução e como isso afeta atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em contrapartida com os direitos supracitados, o atual quadro de garantias fundamentais por parte do próprio Estado diverge bastante com o que está previsto na legislação, conforme dissertar-se-á durante o estudo do “Caso Janaína”<sup>1</sup> no presente texto, em que a vítima representa diversas mulheres socialmente marginalizadas e oprimidas, fazendo-se imprescindível abordar a pessoa no ordenamento jurídico, demonstrar a fundamentação da autonomia do particular tanto como direito fundamental quanto como direito de personalidade, além de trazer à reflexão as limitações legais da disponibilidade do corpo e de suas partes destacáveis durante a vida.

Destarte, a pesquisa em questão tem como propósito analisar decisões judiciais que violem o “corpo” como direito fundamental e não considerem a preservação da autonomia da vontade, configurando assim violência institucional, com a finalidade de observar os componentes ideológicos, culturais e as relações de poder e opressão social que compõem representação discursiva feminina e as intervenções da ideologia patriarcal nas relações de gênero nesses textos judiciais.

A fim de concretizar o intuito planejado, analisou-se a Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e os Autos da Sentença judicial nº 1001521-57.2017.8.26.0360 (processo eletrônico). Assim, com a intenção

---

<sup>1</sup> Referência ao ‘nome-fantasia’ dado ao caso pelo juiz em questão.

de investigar tais aspectos, objetiva-se cotejar as teorias da Análise Crítica do Discurso Jurídico e da Criminologia Crítica e investigar a tessitura da superfície textual quanto à estrutura dos constituintes sintáticos supracitados; além disso, foi realizada a aplicação dos Operadores Argumentativos, com o objetivo de detectar os “Modos de Operação da Ideologia”, descrito por John B. Thompson.

A partir do que foi exposto, tais análises foram feitas por meio do método de pesquisa qualitativo em que, conforme Viviane Resende (2009, p. 97): “lida com descrições e interpretações da realidade social a partir de dados interpretativos; é uma forma de pesquisa potencialmente crítica: por meio da pesquisa em ciências sociais críticas identificam estruturas de poder naturalizadas em um contexto sócio – histórico definido”. A abordagem de caráter “quali” considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o ator social, que não pode ser traduzido em números, ratificando-se que o *corpus* da pesquisa tem como mote o crime com mais alta taxa de subnotificação do Brasil, logo, não seria adequado aplicar uma abordagem que busque números e índices exatos.

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, tem um cunho bibliográfico, com o objetivo de ter acesso direto ao material já escrito sobre o assunto, além de documental e de fonte de “primeira mão”, que não receberam qualquer tratamento analítico, ou seja, são totalmente inéditos. Classifica-se, ainda, quanto a sua Natureza, como aplicada - que se propõe a desenvolver conhecimentos para aplicação prática com a finalidade de encontrar a solução de problemas específicos - e explicativa, pois também traz à luz dos porquês dos discursos e orientações ideológicas que culminaram a inversão da criminalização agressor/vítima.

## CONTEXTUALIZAÇÃO TÉORICA

A partir do contexto supracitado, primeiramente serão expostos conceitos chaves para a pesquisa em questão, como o da Autonomia da Vontade e o do Direito ao Corpo, em que ambos se revelam intrinsicamente ligados ao presente caso, além do da Dignidade da Pessoa Humana, a qual será pesquisada em trabalho posterior. Assim, além da explicação do caso em relação a esses termos, será feita a análise por meio dos “Modos de Operação da Ideologia” de Thompson, os quais serão explicitados e investigados com base nos discursos da Ação de Obrigação de Fazer e da Sentença.

*A priori*, é relevante destacar quem é a participante do processo e porque sua figura representa tanto, conforme afirmado anteriormente. Ela é uma mulher de 37 anos, negra, ex dependente química, mãe de oito filhos, em que todos foram afastados da sua tutela e que, após o parto da sua oitava filha, foi separada dela e submetida a uma laqueadura sem autorização, contra sua vontade.

Assim, o processo em questão envolve o Ministério Público de São Paulo, que entrou com uma ação por meio da Ação de Obrigação de Fazer, e o Judiciário, o qual determinou, em sua Sentença, que a Prefeitura de Mococa realizasse a esterilização compulsória no sujeito em questão. É relevante salientar que além das violências citadas, segundo a Defensoria Pública, não houve intimação do órgão ou nomeação de advogado dativo para atuar na defesa de Janaína, o que também fere gravemente seus direitos.

Destaca-se, ainda, que a administração municipal recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), mas a decisão que anulou a Sentença só foi dada três meses depois de o procedimento de esterilização ter sido feito, o qual foi visto como uma “lesão à integridade física e um procedimento médico invasivo”. Nessa perspectiva, o presente trabalho investiga a violência que a instituição “Judiciário” impõe àquelas que estão localizados à margem sócio econômica da

sociedade, apresentando contrapontos em relação aos argumentos expostos, e observando como o princípio da Autonomia da Vontade e o Direito à não violação do Corpo foram gravemente desrespeitados pelo Estado, conforme a própria nota do TJ-SP constatou.

### **Autonomia da Vontade**

Primeiramente, vê-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana orienta todos os Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira, pois este se consagra como fonte primária por excelência do Direito; conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 451): “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”.

Nessa concepção, demonstra-se que a autonomia e a liberdade integram a dignidade, assim, cada direito fundamental contém uma expressão da dignidade; portanto, o Princípio da Autonomia da Vontade é decorrente do da Dignidade da Pessoa Humana e especifica uma das maneiras de seu exercício ou exteriorização. É válido ressaltar que é indissociável a relação entre liberdade e vontade, em que por meio do exercício da liberdade o ser humano coloca em prática sua autonomia da vontade e é capaz de exercer toda a gama de direitos - inclusive os de personalidade -, que integram sua esfera jurídica.

Destarte, é relevante pontuar que, de acordo com Barroso (2010, p. 10), dentre os muitos aspectos envolvidos na noção de autonomia, dois deles, mutuamente implicados, são especialmente interessantes; o primeiro é a capacidade de autodeterminação, que constitui o próprio núcleo da autonomia e o segundo é a exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo.

Assim, a autonomia da vontade possui uma estreita relação com o direito que o indivíduo possui de realizar suas próprias escolhas existenciais e morais, traçando os rumos de sua vida, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade e assumindo os riscos das decisões tomadas. Para isso, é preciso que sejam asseguradas as mínimas condições para que a possibilidade de se autodeterminar, por fazer escolhas livres, seja real.

A partir da análise do artigo 15 do Código Civil de 2002 visualiza-se o princípio da Autonomia da Vontade de maneira explícita: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002). Não há dúvidas de que tal dispositivo é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, porquanto prima pela autonomia da vontade em que, conforme Álvaro Villaça Azevedo, o texto é claro ao respeitar a oposição do paciente frente a um tratamento médico, principalmente se este apresentar risco à sua saúde ou à sua vida. (AZEVEDO, 2010, p. 22)

Assim, por fins exemplificativos, observa-se o artigo 15 do Código Civil de 2002, que contém uma regra pela qual, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 165), obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de recusar a sua submissão a um tratamento perigoso, em que a sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vale ressaltar, *in casu*, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre seu estado de saúde e o tratamento a ser observado para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes.

Desse modo, na análise acima, a autonomia do paciente possui uma relação íntima com a obrigação que o médico tem de fornecer informações, as quais devem ser prestadas de forma clara. Isso porque, caso o paciente não tenha acesso a todas as informações necessárias, sua autonomia será restrita e, em consequência, o seu poder de escolha será limitado. Portanto, além de todos os esclarecimentos acerca do procedimento proposto pelo médico, o paciente precisar estar ciente, inclusive, da existência ou não de tratamentos alternativos. (MOURA, 2019)

Ainda é importante ressaltar que o referido artigo 15, CC/2002, não trouxe nenhuma exceção ao consentimento do paciente; assim, sua vontade não pode ser desconsiderada pelo médico quando o paciente estiver em estado de inconsciência ou nas hipóteses de iminente perigo de vida. Em outras palavras, consoante o que sugere Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 24), a enfermidade do paciente, por mais grave que seja, não lhe retira o status de ser humano e, conseqüentemente, sua autonomia para agir com dignidade.

Nesta esteira, o médico, como profissional responsável pelo tratamento da pessoa enferma, deve exercer seus deveres nos termos do ordenamento vigente, dentre elas o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009); contudo ele deverá respeitar à vontade e, conseqüentemente, as decisões que vierem a ser tomadas pelo paciente. Ensina, por sua vez, Maria Garcia (2012, p. 73), que “o princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a obrigatoriedade do consentimento livre e informado para evitar que o enfermo possa representar um simples objeto.”

Dessa forma, conclui-se que o princípio da Autonomia da Vontade baseia-se na premissa de que o homem é livre para tomar suas escolhas, sem forças coatoras pressionando suas decisões, ou forçando-as. Em face oposta a esse quadro, tem-se a violência estatal, ou seja, quando o Estado - por meio da coação - obriga o indivíduo à realização ou não de certas práticas que não deveriam ser tuteladas por ele, mas sim pela esfera pessoal e particular, conforme será exemplificado e demonstrado no caso em questão.

Por fim, conciliando o princípio da autonomia da vontade com a legislação civil a respeito do corpo, percebe-se que o Código Civil se limitou a regulamentar somente os atos de disposição do corpo humano. Em outras palavras, como observa Anderson Schreiber (2013, p. 33), “a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa ‘dispor’ no todo ou em parte, do seu próprio corpo.”

## **Direito ao corpo**

Em primeira análise, destaca-se a visão histórica de Schreiber (2013, p. 43) de que o tratamento jurídico ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso, pois era visto como uma dádiva divina, intocável, mas que, ao longo do tempo, o pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Nesse sentido, passou-se a falar em “direito ao próprio corpo”, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado.

Assim, no século XX, reforçou-se a necessidade de instituir fortes garantias legais contra interferências externas no corpo humano, especialmente diante das atrocidades cometidas pelos regimes autoritários, por meio da tortura e da experimentação científica, em que um vasto leque de normas jurídicas internacionais e nacionais veio assegurar proteção à integridade física e psíquica do ser humano contra as intervenções do Poder Público e de outros particulares.

Em contrapartida, observa-se que o Código Civil de 2002 poderia ter contribuído de modo mais significativo para esse propósito, visto que se limitou a contemplar o direito à integridade psicofísica sob um único aspecto: o dos atos de disposição do corpo humano. Em outras palavras, ainda conforme a análise de Schreiber (2013), nota-se que a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa “dispor”, no todo ou em parte, do seu próprio corpo. Assim, a abordagem restritiva da codificação merece críticas, já que a tutela da integridade psicofísica da pessoa humana transcende em muito a questão dos atos de disposição do próprio corpo, em que as principais ameaças provêm, nesse campo, da atuação do Estado, como é observado no “Caso Janaína”.

A partir desse contexto, vê-se que direitos da personalidade, como bem indica sua denominação, são os direitos que decorrem da personalidade, preenchendo-a e conformando-a ao primado da dignidade da pessoa humana. São, enfim, expressões jurídicas de projeções intrínsecas à própria pessoa humana e dos seus mais caros valores, que integram internamente a essencialidade mesma de um indivíduo. (LOPEZ JACOISTE, 1986, p. 1064).

Destarte, afere-se que os direitos da personalidade são diversos, podendo ser divididos em amplas ramificações; assim, o presente trabalho tem como enfoque o direito da personalidade envolvendo a integridade física, ou seja, o direito ao corpo, que baseia-se no sentido de que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade.

Neste âmbito, o mais problemático dos temas a tratar diz respeito à possibilidade de haver limitações sobre os direitos da personalidade, decorrentes de atos de vontade do seu próprio titular. Consoante dispõe o art. 11 do Código Civil (BRASIL, 2002), “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Para fins de análise do fragmento legal, expõe-se o argumento de Adriano Marteleto Godinho (2016, p. 2):

Por meio desta disposição, verifica-se que o legislador brasileiro estipulou duas regras, uma a firmar que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis e outra a vedar ao titular de tais direitos que proceda a um ato de limitação voluntária sobre seu exercício, a não ser nos casos previstos em lei. Cumpre afirmar, à partida, que a norma em questão é excessivamente restritiva. Mais do que simplesmente impedir o desprendimento do direito da personalidade da pessoa que o titulariza – o que decorre do caráter singular dos direitos da personalidade, que preenchem a dignidade e a personalidade de um só indivíduo e, portanto, dele não podem se desgarrar –, estabeleceu-se, como regra, uma aguda proibição: não pode o sujeito livre e deliberadamente optar por restringir sequer o exercício daqueles direitos, senão nas hipóteses em que o legislador assim o permitir.

Nessa perspectiva, afirma-se que o excessivo protecionismo legislativo revelado pelo art. 11 do Código Civil brasileiro – que, no caso, leva longe demais a ideia de proteger o homem contra si mesmo – somente contribui para engessar as liberdades individuais, conformando-as a critérios de pura política legislativa, sempre insuficientes, como se sabe, para reger toda a gama de vicissitudes que marcam a existência das pessoas.

Assim, a substituição da autonomia privada por um regime marcadamente paternalista não promove a defesa do indivíduo e de sua dignidade, ao contrário do que pode ter pretendido o legislador. Ao revés, o aprisionamento das liberdades individuais a uma visão aprioristicamente ditada pela lei, no domínio dos direitos da personalidade, configura manifesto atentado à dignidade, porquanto suprime da pessoa a prerrogativa de atuar por si e sobre si e de realizar-se segundo suas volições. (GODINHO, 2016)

Ainda em relação ao Código de 2002, dos atos de disposição do próprio corpo cuida, fundamentalmente, o art. 13 cujo caput assim determina: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (BRASIL, 2002). Nos termos da lei brasileira, portanto, verifica-se a existência de uma regra geral, segundo a qual são vedados os atos de disposição do próprio corpo que importarem diminuição permanente da integridade física ou forem contrários aos bons costumes.

Apesar de a questão acerca das limitações voluntárias recair sobre todo e qualquer direito da personalidade, é no âmbito da integridade física que ela alcança sua máxima expressividade. Assim é porque, em primeiro lugar, a integridade física, ao contrário dos direitos ao nome, à imagem e à privacidade, não admite em seu conteúdo uma zona periférica, em que o critério da economicidade prevalecerá sobre a dignidade da pessoa humana.

No âmbito das relações entre médicos e pacientes, o consentimento informado é a expressão da autonomia que se lhes confere para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, com base nas informações que lhes são prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos a seguir. Desde logo, cumpre afirmar que a declaração do paciente no sentido de consentir com o ato médico é obrigatória, qualquer que seja a magnitude da intervenção, o tipo de tratamento e os procedimentos e riscos que ela implica.

Nessa perspectiva, importa considerar que o paciente é a parte frágil na relação estabelecida com o médico, precisamente por ignorar os aspectos técnicos da medicina, assim, exige-se que ele tenha plena consciência sobre a natureza dos procedimentos propostos e os riscos que lhes são inerentes, sendo livre para recusar. Ao contrário da previsão legal exposta, analisar-se-á a seguir o processo de Janaína, em que não houve o consentimento e nem sequer ela estava consciente dos efeitos da cirurgia, por terem sido intencionalmente omitidos.

Destaca-se, ainda, que a recusa à submissão a um simples procedimento que não traga riscos consideráveis à saúde ou à vida do paciente, aí sim, é que venha a colocá-lo em iminente risco de vida, há que ter em conta a liberdade e os valores que alicerçam a dignidade de cada pessoa. Para fins exemplificativos, observa-se os casos do paciente hospitalizado ser Testemunha de Jeová, cujo adepto não aceita transfusões de sangue, em que os fiéis preferem buscar tratamentos alternativos a trair suas convicções religiosas, mesmo que isso possa custar-lhes a vida. Em um Estado Democrático de Direito, pluralista e laico por definição, é imperativo conservar as liberdades de consciência e de crença, invioláveis por disposição constitucional expressa.

Assim, o respeito à autonomia do paciente Testemunha de Jeová não deixa de encontrar eco em um dos mais basilares preceitos constitucionais, visto que está em conformidade com o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II da Constituição da República do Brasil, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (BRASIL, 1988), além de estar em exercício da sua liberdade religiosa.

Portanto, mostra-se inadequado que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a sua liberdade de crença (SCHREIBER, 2013). Ressalta-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma “crença”, já que não encontra amparo na Constituição, refletindo, muitas vezes, convicções científicas e religiosas da comunidade médica, em detrimento das convicções do próprio paciente.

Pela construção exposta ao longo do texto, pode-se concluir que a autonomia da vontade, também no campo do exercício dos direitos de personalidade, no caso do direito de dispor do

corpo, tem seus alicerces erguidos sobre o direito fundamental da liberdade, garantido pelo caput do art. 5º da Constituição. No entanto, ela só pode ser efetivamente exercida pela pessoa nos termos da lei, sendo imprescindível, para isto, o respeito ao princípio da dignidade humana. Assim, tanto no caso das Testemunhas de Jeová quanto no de Janaína, a autonomia da vontade e o direito de tomar decisões em relação ao seu próprio corpo são legalmente estabelecidas e devem ser respeitadas, ainda que seja contra a vontade de um terceiro, contanto que não apresente risco a este.

### **Análise Crítica do discurso do “Caso Janaína”**

A partir do exposto, torna-se imprescindível analisar o caso em questão, nomeado pelo próprio juiz de “Caso Janaína”, em que já se vê uma quebra da privacidade e anonimato. Assim, conforme os objetivos supracitados, observou-se os componentes ideológicos, as relações de poder e opressão social que compõem representação discursiva feminina e as intervenções da ideologia patriarcal nas relações de gênero, além de como isso é expresso nos textos judiciais a seguir.

*A priori*, faz-se mister detectar os “Modos De Operação da Ideologia” de Thompson e cotejar as teorias da Análise Crítica do Discurso Jurídico e da Criminologia Crítica, analisando a Ação de Obrigação de Fazer, com Pedido de Tutela de Urgência interposta pelo Ministério Público de São Paulo e a Sentença, ambos relacionados aos autos da Sentença Judicial nº 1001521-57.2017.8.26.0360 (Processo Eletrônico).

Dessa forma, foram utilizados como base os estudos de J. Thompson em que:

A interpretação da ideologia envolve, necessariamente, a análise sócio histórica das relações estruturadas de poder (...) pode servir para estimular a **reflexão crítica sobre as relações de poder e dominação, suas bases, seus fundamentos e maneiras pelas quais elas são sustentadas** (...) estudar as maneiras como as formas simbólicas que estão inseridas nos contextos sociais servem para estabelecer e sustentar as relações de dominação (...) por “forma simbólica” se retrata um amplo aspecto de falas (...) e textos que são produzidos por sujeitos e reconhecidos por eles e outros como **construtos significativos**. (THOMPSON, 1995, p. 42, grifo nosso)

Assim, como recorte epistemológico, a presente pesquisa detectou três “Modos de Operação da Ideologia”, descritos por J. Thompson: Legitimação, Dissimulação e Fragmentação, com seus respectivos mecanismos de consolidação, os quais serão explicados e, logo após, analisados a partir dos discursos citados.

A Legitimação se caracteriza pela representação das relações de dominação como legítimas, podendo se dar de forma simbólica e intrínseca ao discurso; as principais estratégias identificadas a partir desse modo foram a da Racionalização - em que o produtor de uma forma simbólica constrói uma cadeia de raciocínio que procura defender, ou justificar, um conjunto de relações ou instituições sociais e, com isso, persuadir uma audiência de que isso é digno de apoio - e a da Universalização, por meio da qual há o reconhecimento de que acordos institucionais que servem aos interesses de alguns poucos indivíduos serviriam aos interesses de todos, legitimando seu argumento pelo fato de ‘os desejos’ da maioria serem sobrepostos a outros. (THOMPSON, 1995)

A Dissimulação se dá pela sustentação das relações de dominação pelo fato de serem ocultadas, negadas ou obscurecidas, ou pelo fato de serem representadas de uma maneira que desvia a atenção de quem analisa. Nela, são utilizadas estratégias como o Deslocamento - em que um termo costumeiramente usado para se referir a um outro é utilizado de forma inadequada e,

com isso, as conotações positivas ou negativas do termo original são transferidos para o outro objeto ou pessoa -, a Eufemização - onde ações, instituições ou relações sociais são descritas ou redescritas de modo a despertar uma valoração positiva - e Tropo, no qual há o uso figurativo da linguagem ou, mais geral, das formas simbólicas, como a sinédoque, metonímia e metáfora.

Por fim, há a Fragmentação com a segmentação dos grupos ou indivíduos capazes de representar um desafio, ou uma contraposição, aos grupos dominantes, aqueles que proferem o discurso, sendo 'necessário' deslegitimá-los. As estratégias principais para que haja a deslegitimação dos 'opositores' são a da Diferenciação - com a ênfase nas distinções e divisões entre pessoas e grupos - e o Expurgo do outro, por meio do qual há a construção de um inimigo, seja ele interno ou externo, que é retratado como mau, perigoso e ameaçador e contra o qual os indivíduos são chamados a resistir coletivamente ou a expurgá-lo.

A partir do contexto, primeiramente destacam-se os principais trechos da Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela de Urgência interposta pelo Ministério Público de São Paulo, em que o discurso é iniciado legitimando a ação estatal por meio de mecanismos legais, com a utilização de apenas uma perspectiva sobre a Constituição Federal e a Lei nº 9.263/96, omitindo dispositivos importantes que poderiam contradizer a sua ideologia, conforme vê-se em:

O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público a **defesa dos interesses individuais indisponíveis**; por sua vez, o art. 129, inciso IX, da Magna Carta, reza que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, está a de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

Conforme disposto no art. 1º da Lei nº 9.263/96, o "**planejamento familiar é direito do cidadão**". Nesse sentido, a citada lei prevê, entre os mecanismos para a efetivação do mencionado direito, o **procedimento de esterilização como método contraceptivo**. Assim sendo, a presente pretensão **encontra respaldo** na Constituição Federal e na legislação. O direito à saúde é indisponível e está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria vida. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

Nesses fragmentos, evidencia-se a Legitimação visto que é criado um raciocínio com base no aspecto legal da questão do processo de esterilização (Racionalização) e há também uma abrangência ao retratar o sujeito em questão, Janaína, com palavras globalizantes, retirando-lhe o caráter pessoal e o arcabouço da situação em análise (Universalização). Além disso, é possível observar a omissão criteriosa do discurso ao se referir à Lei nº 9.263/96, pois retrata o art. 1º, mas ignora todo restante, que regulamenta atos contrários ao realizado, como:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I- em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, **desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico**, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; § 1º É condição para que se realize a esterilização o **registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado**, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia (...) § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de **alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas**, estados emocionais alterados. (BRASIL, 1996, grifo nosso)

Logo, no ordenamento jurídico brasileiro não se pode admitir a chamada esterilização compulsória, ou seja, nenhuma pessoa poderá ser obrigada a se submeter a esterilização, uma vez que se trata de procedimento médico invasivo, que lesa a integridade física de forma irreversível. Aliás, como se extrai do texto legal, ainda que houvesse manifestação de vontade nos autos da requerida, a sua validade e eficácia estaria condicionada à verificação de não estar com o discernimento comprometido, o que não houve, conforme é possível visualizar nos registros do processo.



Ainda nessa perspectiva, é possível observar a Fragmentação a partir da análise da caracterização de Janaína, indivíduo em questão no discurso, como algo ou alguém que deve ser combatido, marginalizado, por supostamente representar certo risco social (Diferenciação e Expurgo do outro). Tal questão pode ser visualizada a seguir:

\_\_\_\_\_ é pessoa hipossuficiente, apresenta **grave quadro de dependência química**, sendo usuária contumaz de álcool e outras substâncias entorpecentes; foi acompanhada por órgãos da rede protetiva, e **já esteve** compulsoriamente **internada** diversas vezes em instituições próprias ao tratamento de sua drogadição; **oportunidade** em que ela teve sua internação decretada e permaneceu sob tratamento na Fundação Espírita;

Ela **já é mãe** de cinco filhos, todos menores, que já estiveram na Casa de Acolhimento Bethânia, **sendo certo que não ostenta condições de prover** as necessidades básicas **de seus rebentos**, além de colocá-los, frequentemente, em potencial risco em razão do uso de álcool e outras drogas; (...) constantemente é encontrada perambulando pelas ruas da cidade com **claros** sinais de uso abusivo das substâncias. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

Além do uso excessivo e constante dos adjetivos para caracterizá-la, também é possível constatar, nos trechos destacados acima, o Modo de Operação da Ideologia da Dissimulação, em que por meio da linguagem se dá um significado distinto (positivo) do que realmente é o quadro de Janaína, expressando que seu tratamento compulsório é uma ‘oportunidade’, ficando claro o uso da Eufemização. Ainda se vê o uso do Tropo (Sinédoque) quando se refere aos filhos do sujeito com a palavra “rebentos”, dando uma conotação distinta (negativa) ao termo.

Por motivos quantitativos, não serão percorridos todos os argumentos utilizados na Ação de Obrigação de Fazer, com Pedido de Tutela de Urgência, interposta pelo Ministério Público de São Paulo; porém, por fins qualitativos, ainda se torna imprescindível pontuar a conclusão do raciocínio exposto e em análise:

Diante de tal **quadro fático, não há dúvidas** de que **somente a realização de laqueadura tubária na requerida será eficaz para salvaguardar a sua vida**, a sua integridade física e a de **eventuais rebentos** que poderiam vir a nascer e ser colocados em sério risco pelo **comportamento destrutivo da mãe**. Isso porque, repita-se, mesmo após várias tentativas, a requerida não adere aos tratamentos ambulatoriais propostos. (...) percebe-se que, em razão de sua condição, **a requerida não demonstra discernimento** para avaliar as consequências de uma gestação.

Logo, trata-se de direito inserto no chamado 'mínimo existencial', cuja garantia é **obrigação e responsabilidade** do Estado, mormente à luz do princípio da **dignidade** da pessoa humana, consoante artigo 1º, inciso III/ CF 88. (...) O entendimento consolidado é de **compreender de forma ampla a missão constitucional e institucional do Ministério Público** consagrada no art. 127 da Constituição da República, reconhecendo sua legitimidade processual para propor ação civil pública para a defesa de direitos individuais indisponíveis **em favor de pessoa carente**.

Ademais, também é de máxima clareza que a certidão de fl. 29, a qual atesta o comparecimento de \_\_\_\_\_ junto ao cartório para declarar que estava de acordo com a realização do procedimento, não supre a ausência de defesa, porque de ordem técnica. Assim, não há como **albergar qualquer arremedo de processo kafkiano** (narrado em “Der Prozess”, do escritor Franz Kafka, no qual o personagem Josef K. acorda de manhã de seu aniversário e é preso e sujeito a longo e incompreensível processo por um crime do qual não teve conhecimento da acusação nem de seus julgadores). (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

Na parte inicial do discurso acima, vê-se de forma clara a Fragmentação, por meio do Expurgo do outro, em que os argumentos expostos visam inferiorizar a figura da mulher como mãe incapaz, “destrutiva” e “sem discernimento”. Vale ressaltar que a Lei nº 9.263/96 regulamenta a necessidade do discernimento total na manifestação da vontade, conforme demonstrado acima por meio do seu parágrafo 3º; assim, é possível visualizar até uma incoerência

argumentativa na Ação, pois admite que não há o discernimento completo mas preza pela aplicação da Lei nº 9.263/96 e se utiliza da Dissimulação (Tropo – Metáfora) ao afirmar que Janaína estava ciente dos termos que supostamente concordou, não sendo possível “albergar qualquer arremedo de processo kafkiano”.

Em contrapartida, a situação real é omitida, novamente, visto que:

As ausências reiteradas aos programas municipais, relatados pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (fls. 9/10), deixam claro a **falta de vontade da requerida em realizar o procedimento cirúrgico**. Há, inclusive, a menção expressa de que “todo o esforço para que a Sra. \_\_\_\_\_ fizesse a laqueadura foi em vão, pois a mesma não adere aos serviços e não cumpre as mais simples orientações” (fls. 10). O Laudo de Psicologia, por sua vez, não deixa de apontar manifestações de vontade da \_\_\_\_\_ **contrárias à realização da cirurgia** (fl. 25).

Contudo, a despeito disso, coloca em suas conclusões que a “Sra. \_\_\_\_\_ aparentou **ter desejo espontâneo e convicto** em realizar a cirurgia, como forma de evitar outras possíveis ocorrências de gravidez.” (fl. 27). Tal informação, contrária ao que está escrito no corpo do próprio laudo, leva a crer que o documento tem características tendenciosas. Inclusive, ao final, declarou **que induziu a requerida a declarar seu interesse** no procedimento: “no dia desta avaliação \_\_\_\_\_ foi **orientada a declarar seu desejo** referente à realização da cirurgia de laqueadura no Cartório desta Comarca” (fl. 28).

Posteriormente, nota-se que o Ministério Público informou que ela “não compareceu voluntariamente à consulta ginecológica agendada” [outra evidência de que a ré não tinha interesse em realizar a cirurgia]. Por essa razão, o MP apontou que “em se tratando de ação que visa à realização de cirurgia de esterilização compulsória, a **resistência da requerida era esperada**, motivo pelo qual foi pleiteado pelo MP e determinada liminarmente a realização de cirurgia de laqueadura, **a qual deve ser feita mesmo contra a vontade da requerida**. Caso contrário, nem seria necessário o ajuizamento de ação judicial” (fl. 50). (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

Por meio do quadro exposto na Ação de Obrigação de Fazer, torna-se possível observar como os componentes ideológicos e as relações de poder e opressão social que compõem representação discursiva feminina afetam no discurso e na argumentação presentes no texto acima. Além disso, infere-se em uma visão deturpada dos conceitos de dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, em relação à autonomia da vontade e Direito ao corpo, em que o Estado representa um ‘herói’ na ideologia patriarcal, conforme se observa a partir da visão de que é “obrigação e responsabilidade do Estado” realizar tal atrocidade (Legitimação).

Assim, ainda é imprescindível analisar a Sentença em questão, em que já se inicia com estratégias semelhantes de argumentação, como a Fragmentação com o Expurgo do outro:

Ressalto que, de fato, os documentos colacionados nos autos, quanto à saúde física e psíquica da requerida, são seguros e satisfatórios. E, desses documentos, inclusive, se denota que **a requerida é pessoa capaz, muito embora não possua condições de fornecer os cuidados necessários à futura prole**. Aliás, não pesa contra Janaína qualquer decisão ou pedido de curatela, com fundamento em eventual incapacidade. (SÃO PAULO, 2017a, grifo nosso)

Como uma nova abordagem, é possível identificar nesse texto outro Modo de Operação de Ideologia, o de Reificação - que ocorre com a retratação de uma situação transitória, histórica, como se fosse permanente, natural, atemporal e com a eliminação ou ofuscamento do caráter sócio histórico dos fenômenos –, o qual se utiliza da estratégia a Naturalização, em que um estado de coisas que é uma criação social e histórica é tratado como um acontecimento natural ou como um resultado inevitável de características naturais. Assim, verifica-se que os diversos Modos de Thompson são contemplados a partir de um conjunto de argumentos, estando intrinsecamente relacionados, como no fragmento:

Com efeito, os documentos médicos carreados nos autos dão conta de que, **inquestionavelmente**, Janaína **necessita [1] do tratamento [2]** ora solicitado e a ausência no seu fornecimento poderá acarretar **sérios riscos à sua saúde**. Ademais, **a obrigação das pessoas políticas** assegurarem a efetividade do direito à **saúde do cidadão [3]** é inquestionável e encontra fundamento em **diversos diplomas legais [4]**. (SÃO PAULO, 2017a, grifo nosso)

Primeiramente, identifica-se a Dissimulação tanto pelo Deslocamento [1] quanto pela Eufemização [2], em que se utiliza da palavra “tratamento” para ‘ser submetida a um procedimento médico extremamente invasivo no qual o indivíduo não poderá mais ter filhos’, sendo possível analisar que se considera a situação de Janaína como necessária de uma intervenção urgente, conforme visto. Ademais, *a posteriori*, os argumentos são baseados na Legitimação também exposta anteriormente, com a Universalização [3] e a Racionalização [4], além da Reificação com fundamento na Naturalização [4].

Por fim, o juiz termina sua Sentença – na qual julgou procedente a Ação – com a seguinte linha de pensamento:

Assim, se a esterilização compulsória, que envolve a **mutilação do aparelho reprodutor feminino**, contra a vontade da senhora Janaína, ser para a sua proteção de algum **direito indisponível seu**, é verdade que **essa questão preliminar se apequena** diante das implicações trazidas pelo pleito e as peculiaridades processuais que atraem a atenção para este processo. (SÃO PAULO, 2017a, grifo nosso)

Por meio deste fragmento, torna-se possível inferir que a hipótese inicial da presente pesquisa confirmou-se correta, visto que a existência de componentes ideológicos machistas são perpetuados por meio tanto da Ação de Obrigação de Fazer quanto pela Sentença, em que essa última finaliza expondo o ideal por trás de todo o processo: o de que apesar do Direito ao corpo e o princípio da Autonomia da Vontade serem regulamentados e protegidos legalmente, ‘se apequenam’ quando equiparados a um interesse estatal, configurando-se, assim, uma clara violência estatal - não somente física mas também ideológica.

## RESULTADOS FINAIS

Portanto, *vide* o que foi exposto, justifica-se a relevância de se buscar a completa investigação do “Caso Janaína”, em que foi possível verificar a existência da violência institucional e quebra de preceitos constitucionais referentes à preservação da autonomia da vontade e ao Direito ao corpo, o que afronta de todos os modos os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos previstos constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Na perspectiva da violência estatal, torna-se válido pontuar a importância de uma contextualização histórica sobre a ‘evolução’ do Direito ao corpo em que este se encontra pautado na esfera do Estado, o qual vem sendo – contraditoriamente - um dos principais agentes disruptivos, como pode ser visualizado na análise acima. Portanto, conforme Cynthia Sarti (2009), a atenção à violência, ao se organizar com base numa prévia identificação da vítima - construção social e política - contribui assim para novas divisões, que simultaneamente fazem aparecer e escondem sujeitos da violência.

Destarte, vê-se que - segundo Wieviorka (2006 p. 1.148) - a “violência muda, e a mudança está também nas representações do fenômeno”; chama-se a atenção para identificação da violência, hoje, com aquilo que afeta existências singulares, pessoais ou coletivas, em comparação com aquilo que afeta a ordem social e política, o Estado que se supõe dela deter o monopólio legítimo. Trata-se assim de problematizar o próprio processo de construção social da violência, em

particular por uma invisibilidade que permanece na mesma medida em que se dá visibilidade à violência, quando esta é construída como fenômeno particular.

Assim, é possível inferir que Janaína, em sua 'invisibilidade' perante o Estado, teve seus direitos cerceados e seu corpo violado, sendo importante destacar o seguinte fragmento:

Contudo, a violência ainda é uma sombra que paira sobre o problema do poder, quer em sua faceta mais brutal como pudemos acompanhar com horror nos genocídios perpetrados pelo nazi-fascismo, quer em sua modalidade dispersa e insidiosa presente na ação policial contra jovens moradores das periferias brasileiras. (SILVA, 2014)

Dessa forma, foi possível verificar que as relações de poder e opressão social são consolidadas através de aspectos gramaticais e textuais e assim também se legitima a ideologia patriarcal existente na sociedade brasileira, repercutindo em decisões judiciais como a do caso estudado no presente trabalho, o qual foi desenvolvido no programa de iniciação científica PIBIC, cotejando a análise do discurso, a ideologia e o Direito com a violência de gênero.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer Jurídico Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento médico sem transfusão de sangue mediante o novo código de ética médica-resolução CFM 1931/09**. São Paulo 8 de Fevereiro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer Jurídico Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regulamenta o parágrafo 7º do art. 262 da Constituição Federal que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 15 jan 1996. Seção 1, p.1-3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento humano. *In*: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, p. 63 - 89, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e sua limitação voluntária. **Revista Jurídica Electrónica**, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, v. 2, p. 1-19, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Parte Geral**. Ed. Saraiva, São Paulo, vol. I, pág. 165, 2003.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. **A disposição do corpo como Direito Fundamental e a Preservação da Autonomia da Vontade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fe329b958>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

LOPEZ JACOISTE, José Javier. Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad. *In*: **Anuario de Derecho Civil**. Madrid, t. 39, n. 4 (Octubre-Diciembre), p. 1064, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, p. 451, 2004.

MOURA, Niderlee e Silva Souza de. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o livre exercício da personalidade humana e a autonomia da vontade do paciente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5893, 20 ago. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61417>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

RESENDE, Viviane. Reflexões teóricas e epistemológicas em torno da Análise de Discurso Crítica. **Polifonia**, v. 17, 2009.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360 (processo eletrônico). Ministério e Município de Mococa. Acórdão, 29 maio 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/154989100/processo-n-1001521-5720178260360-do-tjsp>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Coisa Julgada. Ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência julgada procedente. Ministério e Município de Mococa. Sentença, 05 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/154989100/processo-n-1001521-5720178260360-do-tjsp>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

SARTI, Cynthia. Corpo, violência e saúde: a produção da vítima. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. **Revista Latinoamericana**. ISSN 1984-6487 / n.1 - p.89-103, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Priscila da. Reflexão Acerca da Violência Estatal: Possível Articulação entre Hannah Arendt e Michel Foucault. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia**, Faculdade Católica de Pouso Alegre. Volume VI - Número 15 - ISSN 1984-9052. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, ano 51, n. 305, mês março, 2003.

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: Teoria Social Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa**. Petrópolis: Vozes, 1995.

WIEVIORKA, M. **Violência hoje**. *Ciência e Saúde Coletiva*. nº 11 (supl.), p. 1.147-1.153. 2006.

# DESCRIÇÃO PRAGMÁTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DIREITO À SAÚDE

**Fernando Rister de Sousa Lima**

Doutor em Direito (PUC/SP-UNIMC, Itália). Pós-doutor em Direito (USP-UNIFRANKURT, Alemanha). Professor de Direito (FDIR-UPM). Professor Permanente do Mestrado em Direito da Sociedade (FMU).

*“As linguagens estão no mundo e nós estamos na linguagem [...]”*  
(SANTAELLA, 2006, p. 13)

## DA PESQUISA: INTRODUÇÃO, OBJETO E METODOLOGIA

### Introdução

A observação das decisões judiciais desperta no observador uma curiosidade sobre o caminho escolhido pelo aplicador da norma abstrata à norma individual. O interesse aumenta à medida que o resultado – o *decisum* ou a *ratio* – se afasta do previamente delineado pela dogmática. Esse anseio, ademais, apimenta-se consideravelmente se o observador for parte sucumbente na referida relação julgada.

O andamento processual pode ser visto como um quebra-cabeça. O magistrado realiza um processo de racionalidade com o encaixe mental dos fatos ofertados pelas partes no direito posto. Entretanto, a sua razão fundamental – responsável pela tomada de posições ideológicas dentro do processo – é ligada umbilicalmente ao seu sentir, num ato mesmo subjetivo. Tal racionalidade é intitulada, em regra, como convicção. Configura-se como sentimento íntimo, próximo da intuição, a qual o ordenamento jurídico obriga que seja demonstrada na decisão com o nome de convicção racional. Com efeito, os argumentos verbalizados nas decisões acabam sendo um dos poucos materiais empíricos passíveis de ser objetivados em termos de uma classificação racional.

O direito é objeto natural por excelência sob o viés da semiótica jurídica. Ele constrói uma realidade autônoma com base em sua linguagem, porém, denota-se, por trás disso, todo um processo ético, moral e social que se vê refletido nos interpretantes, os quais, no caso da pesquisa, são as próprias decisões analisadas. Desta forma, fica claro que o direito regula, trabalha e representa relações sociais, com nítidas valorações, ou seja, existem valores escolhidos pelos intérpretes. Cria-se um signo extraído de outro.

Também no aspecto da semiótica a partir da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, depara-se com um signo com carga valorativa, a qual a Corte usará como ponto de partida, com o escopo de realizar uma semiose comunicativa, bem à moda de Peirce, num diálogo de fases do ego, mesmo porque o signo reclama ser traduzido. Em razão disso, tem-se a expressão “não-ser” de Turin (2007, p. 47-52). Esse processo sempre está permeado por valores, algumas vezes facilmente identificáveis, outras não. A escolha pressupõe valores sociais, preferências, dos quais se extrairá uma realidade, vista neste trabalho como racionalidade ou razão de julgamento (ARAUJO, 2011, p. 7-9).

### Objeto da pesquisa

O artigo analisa a jurisprudência do STF em direito à saúde sob as lentes da pragmática peirceana. Materializa parte das conclusões ainda **inéditas** de uma pesquisa financiada pela CAPES na qual se pretendeu descrever a racionalidade da suprema corte brasileira por meio da

classificação dos argumentos utilizados nas decisões analisadas segundo a filosofia da linguagem de Charles Peirce. Aqui, quase como uma fotografia, faz-se um corte ou, precisamente, um recorte: desconsidera-se momentaneamente o futuro e o passado. Objetiva-se uma extensão cognoscível – ou seja, determinados acórdãos do STF –, para classificá-la na perspectiva pragmática.

## Metodologia

O trabalho foca na constatação de uma realidade já posta no direito positivo pelo STF; portanto, extraída da observação e do recorte para demonstração da sua verbalização. A forma de aproximação do material observado é importante. Como o material a ser analisado é o vernáculo para o exame das palavras usadas num determinado contexto, o instrumento foi a semiótica jurídica sob a ótica da pragmática de Charles Peirce. É latente a pertinência do uso da teoria dos signos a fim de extrair sentido do manancial linguístico dos precedentes analisados, mesmo porque o seu propósito é justamente o estudo dos signos, o que só é possível de se realizar em pesquisa empírica; destarte a sua natureza fenomenológica (GURVITCH, 1948, p. 29).<sup>1</sup>

As pesquisas empíricas podem trabalhar, entre outros, com dois métodos de leitura das decisões, a saber: quantitativo e qualitativo. No primeiro (quantitativo), por exemplo, usa-se a matemática como vetor central. Foram analisadas dez decisões: cinco num sentido e o restante disperso em novas posturas. Chega-se a um resultado com base no que a maioria decidiu e pronto: quantitativamente se encontrou uma resposta. No segundo formato (qualitativo), não se levam em conta como premissa maior os números, mas sim o conteúdo e a qualidade do teor grafado nas decisões. Perde-se a visão macro, todavia, ganha-se qualidade, nas observações feitas com mais vagar. Cada abordagem tem a sua vantagem e a sua desvantagem: uma vê o que a outra não vê e vice-versa. Consciente disso, optou-se pela abordagem qualitativa, contudo sem reduzir a quantidade exageradamente a fim de não perder, mesmo que parcialmente, o olhar macro em detrimento absoluto do micro nem incorrer até mesmo num possível subjetivismo do observador (CRESWELL, 2010, p. 25-47, sobretudo, p. 26, 35, 37-38, 40).<sup>2</sup>

Dessa forma, neste trabalho, não se pretende debater teses jurídicas. Deixa-se de lado a viabilidade ou não da construção jurídico-legal para se concentrar na leitura pragmática do fenômeno analisado. Por isso mesmo, os olhos se fecham momentaneamente à sustentação jurídica, sem, no entanto, deixar de atentar para a linguagem utilizada nos acórdãos. Muito pelo contrário. O vernáculo utilizado será a própria matéria-prima a ser observada pela lente desta pesquisa teórico-empírica (TREVES, 1996, p. 209-221; GURVITCH, 1948, p. 28-29).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Aqui, Gurvitch descreve o ideário de Max Weber, em que defendeu, para a realização de pesquisa causal, o uso da interpretação dos significados, porém, focada na compreensão subjetiva dos atores em análise. Ver, ainda, para o uso da Semiótica, no estudo dos fatos sociais, Araujo (2011, p. 93, 95) e Silveira (2007, p. 21, 26). Nesta última página, o filósofo semioticista fala das pretensões da Semiótica, das quais se depara exatamente com a análise de uma inteligência no exercício do pensar. Eis um trecho pontual: “[...]. compreender mesmo que de maneira totalmente hipotética, como procede uma inteligência em seu ato mesmo de pensar. Quanto, pois, melhor conseguir detalhar esse ato, melhor alcançará aquilo que pretende conhecer”. Ver, ainda, Santaella (2006, p. 14): “[...] a Semiótica busca divisar e deslindar seu ser da linguagem, isto é, sua ação de signo. Tão-só e apenas. E isso já é muito”.

<sup>2</sup> Na Sociologia do Direito, a respeito de pesquisa qualitativa, ver Treves (1996, p. 204-205, 207) e Gurvitch, 1948, p. 16-33, sobretudo p. 12, 16).

<sup>3</sup> Gurvitch (1948, p. 28) relata a proposta epistemológica de Max Weber, em que se propõe como mister da Sociologia a compreensão interpretativa das condutas sociais. No contexto da semiótica, Silveira (2007, p. 29) lembra: “[...] Para Peirce, seu objeto será o que é ou se apresenta no mundo real, sem questionar quais as condições de possibilidade desse modo de ser.”.

## DO DESENVOLVIMENTO

### A pragmática jurídica no contexto do processo judicial

No dia a dia do fórum, o discurso jurídico volve-se com as mais inusitadas decisões. Algumas dessas decisões com exegese da legislação pouco compreensível; outras, quando a própria base legal do pleito é reconhecida pelo julgador, nega-se a sua aplicação, justificada por um subjetivismo a beirar o abuso de autoridade. Ao observar o processo de subsunção da norma abstrata pelo Estado-juiz, conclui-se que a prática forense é repleta de decisões sobre o significado das palavras. Ao julgar, por exemplo, a validade de uma cláusula contratual, obrigatoriamente, precisar-se-á indagar ou entender automaticamente o que é um contrato.

Esse processo, que é feito no contexto pragmático, com a efetivação de um significado, gradativamente chega até a semântica e vice-versa, de modo que se eternize o processo comunicativo. É, pois, um procedimento natural e quase que indivisível, cujo desenrolar estende-se desde a observação do discurso até as questões fundamentais do cálculo lógico, com passagem à cognição, daí o limite à semântica (CASTRO JR., 2009, p. 35, 52).

Sem embargo desse infinito processo comunicacional, a partir do ingresso de ação, a lide reclamará ser solvida por meio da decisão judicial. As partes levam, via petição inicial, contestação etc., os seus valores a respeito da justiça aplicável ao caso concreto. Ou, dito de outra forma, uma parte, representada por seu advogado, coloca a sua visão sobre a subsunção dos fatos à norma, enquanto o outro litigante narra o seu olhar a respeito da aplicação da legislação à situação em comento. Denota-se, pelo contexto, que os valores antagônicos se contrapõem quando insurge a disputa entre os litigantes. Conseqüentemente, acaba sendo o escopo processual solver o duelo, mediante a escolha de um ou mais valores, ou mesmo da melhor hermenêutica. A decisão positivará uma escolha, a qual pode agradar ou não as partes (ARAUJO, 2005, p. 40).

Trata-se de uma tomada de postura diante de valores de justiça conflitantes ou exegeses diferentes de uma mesma situação concreta que originou a disputa. Para a escolha, contudo, o julgador realizará um processo cognitivo complexo, no qual serão levados em consideração, em grande escala, valores, como é o exemplo do formato de atuação jurisdicional, ligado umbilicalmente ao conceito e à extensão do princípio da separação de poderes. Tais decisões verbalizam unidades elementares conhecidas como normas jurídicas, resultado de um processo hermenêutico que opera utilizando o material já anteriormente positivado, como num círculo, em cuja última análise se materializa um ordenamento dinâmico. Por este sentido, o direito se produz via decisão (ARAUJO, 2011, p. 33).

Dentro dessa plêiade relacional, pode-se delinear uma relação a se iniciar com o suporte fático; melhor, a partir dele, do contato da mente do intérprete com o suporte fático tem início a semiose. Com este contato, a mente gera um segundo elemento, intitulado “signo”. No caminho entre o contato da mente até a emissão do signo, tem-se, nessa linha, um ato de percepção propriamente. No cenário jurídico, por sua vez, esse processo é apimentado com as aspirações das partes, externadas em suas peças processuais, e com os aspectos culturais que influenciam demasiadamente os intérpretes nesse sistema de alinhamento do signo ao objeto. Consoante descrição de Peirce, isso ocorre na forma de um diálogo localizado, sob esse cerne, no pensamento do intérprete, de tal sorte que com o uso da inteligência sempre se está aberto à nova alimentação, mediante leis, fatos ou quaisquer outros signos, configurando-se como uma evolução semiótica (ARAUJO, 2011, p. 130, 132, 135-136, 138-139, 144-146).



## **A pragmática jurídica como metodologia**

Araujo (2011) trouxe ao cenário jurídico estudo crítico sobre o fenômeno da incidência jurídica como tese de livre-docência defendida no Departamento de Teoria e Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo. Dentro da sua abordagem, entre outros temas, interessa a esta pesquisa o debate em torno do signo, do qual se abstrai que ele sempre representa um significado. Da leitura do signo, surge um significado para o intérprete. Desta feita, as normas jurídicas também são símbolos, em cujo significado se regem as relações sociais, mas, no entanto, a sua significação não se exaure na interpretação do intérprete. Ao contrário disso, trata-se a interpretação das referidas normas de processo incompleto, que se depara com a continuidade do processo comunicacional pelo próprio interpretante ou pelos próximos, quando for o caso.

A interpretação jurídica pode configurar-se como processo sempre em andamento. Daí que, ao enredo da pesquisa, identificar a simbologia em torno da separação dos poderes consiste em diagnosticar, dentro da relação comunicacional dos ministros da Suprema Corte, qual o sentido outorgado ao citado princípio, na concretude do direito à saúde. Por esse cenário, o STF pode ser descrito, ao menos sob o julgo da semiótica comunicacional da pragmática jurídica, como mente coletiva do sistema jurídico (ARAUJO, 2011, p. 17-19, 21).

A legislação é descrita, dentro do manancial teórico da semiótica, como material simbólico, haja vista que o seu texto tem o nítido escopo de representação. Tudo porque, quando o receptor da norma adquire contato com o seu conteúdo, cria-se na sua mente um significado. Em consequência, o mesmo signo é capaz de dar subsídio às mais diversas interpretações. Ademais, no caminho da norma geral e abstrata para a concreta, que consiste no produto final de um processo complexo, utiliza-se nova nomenclatura: se lá, inicialmente, falava-se em signo, com o mencionado processo, doravante, faz-se referência a índice.

Nesta pesquisa, na linha exposta no parágrafo anterior, observa-se a concretude da norma geral abstrata à norma concreta, dentro da jurisdicização dos fatos no âmbito do STF, com a consciência de que a apuração valorativa extraída somente tem validade dentro do direito, em razão de que o plexo comunicacional de cada sistema é muito específico, delimitado, e só possível de exegese dentro do respectivo contexto, mesmo sendo um fato social, uma vez que se trata de relações intersubjetivas resultadas nos acórdãos e nas decisões monocráticas analisados (ARAUJO, 2011, p. 29, 32, 34, 93).

O processo comunicacional de aplicação da norma ao caso concreto, dirimindo, com a decisão, o litígio – ao menos reduzindo naquele momento a complexidade processual ao pôr fim àquela fase processual e em alguns casos à própria disputa – produz uma semiótica; daí se extrai que o significado dessa ação e reação é um resultado interpretativo a redundar na continuidade do ordenamento jurídico. Este resultado, que apenas em determinado momento é tido como produto final, propriamente como o objeto em observação desta pesquisa, tem sim uma causa possível de ser cognoscível no seu processo decisório. Entretanto, não se trata de processo rigidamente causal, movido por leis rígidas, quase que naturais, mas sim formado por diversas variáveis, dentre as quais se destaca o axioma ideológico motivador do intérprete (ARAUJO, 2011, p. 122, 126).

## **A semiótica comunicacional nos precedentes analisados**

Sob o julgo da semiótica, com ênfase em Peirce, vislumbra-se na ação um dos pontos nevrálgicos da observação dos fenômenos sociais. Estudar o direito com tal consciência

proporciona à pesquisa um olhar do significado social, em cujo conteúdo a tese alicerça-se. Ação produz significação social (ARAUJO, 2011, p. 43, 65).<sup>4</sup>

Então, com base na premissa de que toda ação gera um significado social, a pesquisa parte do pressuposto de que as atuações jurisdicionais do STF, materializadas nos acórdãos perquiridos, têm um significado social. E, ao trabalho, tal semântica interessa quando esbarra no princípio da separação de poderes. Dessa forma, o julgamento final, a tomada de decisão propriamente dita, passa por todo um procedimento intelectual anterior, no qual cada passo sinaliza gradativamente o caminho a ser escolhido dentro das opções possíveis numa semiose comunicacional.<sup>5</sup> Apesar disso, quando o ato resulta num produto final – a decisão –, a linguagem utilizada adquire significação própria, conforme a sua valoração no seio social.

À luz da semiose peirceana, o processo decisório judicial centra-se na interpretação conferida pelo intérprete ao ato, a qual é guiada por componentes culturais e sociais ligados ao momento histórico em que esteja inserido e sua carga psíquica adquirida pelos anos de formação acadêmica e familiar, pela convivência social, bem como, ou talvez, mormente, pela eventual base teórico-filosófica que o influencie, seja implícita, seja explicitamente (ARAUJO, 2011, p. 21-23, 34).

Esse valor social outorgado ao ato tem relativa conotação subjetiva pelo intérprete. Isso porque os axiomas fomentadores da sua realização são oriundos de um conjunto de fatores, como alguns dos citados no parágrafo anterior. Não obstante essa cética constatação, o processo de racionalidade jurídica, historicamente estudado, não é estático. Ao contrário, é dinâmico, forjado por valores sociais, culturais e econômicos, a resultar numa base axiomática, no caso, dos ministros do STF.<sup>6</sup> Trata-se de uma exegese infinita, em constante realimentação. É verdade, por outro lado, que é possível fotocopiar essa racionalidade, tornando-a estática, analisada, interpretada e descrita num momento estático, como nesta pesquisa.

A semiótica busca no método indutivo – parte do particular para o geral – um instrumental de pesquisa para descrever as formas ideais dos signos investigados, os quais só são passíveis de interpretação se coletados na sua forma empírica. Nos acórdãos, o material empírico da pesquisa se identifica com uma inteligência científica que sempre está reaprendendo por meio da experiência (SILVEIRA, 2007, p. 21).<sup>7</sup>

Ademais, sob o julgo do instrumental semiótico peirceano, o processo de formação do signo é dividido, melhor, analisado com enfoque em três elementos: signo ou representamen (sempre representa algo a alguém); interpretante (ideia sob o signo a ser transmitida do objeto);

---

<sup>4</sup> “Essencialmente mediado por signos, conclui-se que todo pensamento é de natureza interpretativa. Sequer o auto-conhecimento ou a consistência de si far-se-ão no imediato da intuição.” (SILVEIRA, 2001, p. 203).

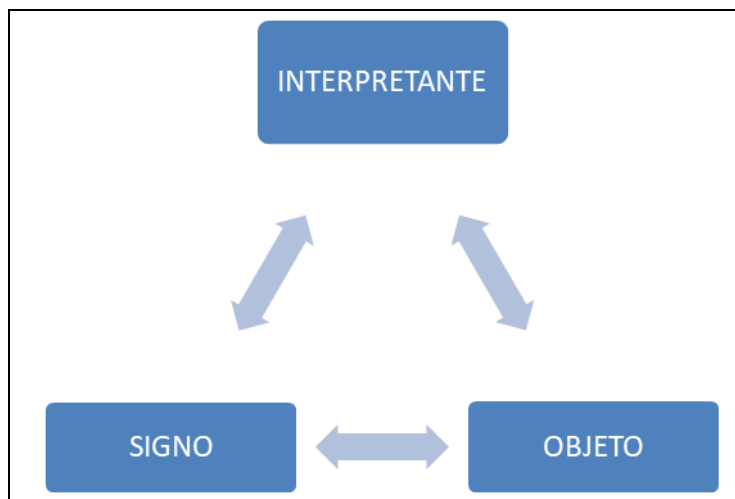
<sup>5</sup> “Para Peirce, em todos os momentos de sua obra, o conhecimento deve ser considerado semiose, e todo pensamento a que nos é possível ter acesso, compartilha dessa mesma natureza. [...] A potencialidade inerente à semiose, assim como a ausência de qualquer imediatez naquele processo, reforça a necessidade de interpretação da própria personalidade. Nada é representado que não exija a referência à experiência, nem que essa seja a de nós mesmos. De nós mesmos, portanto, exige-se um trabalho mediado de signos e um tempo para que desenvolvam os interpretantes.” (SILVEIRA, 2001, p. 203, 204).

<sup>6</sup> “A experiência do pensar é uma experiência do contínuo, antes mesmo que qualquer análise identifique a natureza dessa temporalidade. Assim também, mesmo que se possa vir a poder medir-se ou comparar-se qualidades, inclusive a que se responsabiliza pela semiose, essa última permanecerá sendo um contínuo, cujo fluir jamais se reduzirá aos limites de uma representação conceptual, necessariamente abstrativa.” (SILVEIRA, 2001, p. 208).

<sup>7</sup> “A Semiótica é uma ciência rigorosa, construtora de formas ideais, pelas quais por via dedutiva e, portanto, a modo de necessidade, demonstrará suas conclusões. [...] Com efeito, seu objeto – os signos – pertence ao universo fenomênico e só alcançado em suas manifestações empíricas. É necessário observá-lo onde quer que se manifeste e tal manifestação, distinguindo-se da pura produção da razão, dela independe, esconde-se e dissimula-se. Jamais, pois, a Lógica terá totalmente exposto a sua explicação, mas precisará buscá-lo no universo da experiência e construir sobre ele hipóteses que o expliquem.” (SILVEIRA, 2001, p. 204, 212).

objeto (do signo). A esse processo comunicacional de formação do signo, cunhado obrigatoriamente pelos três referidos elementos, de forma incessante, ininterrupta e constante, dá-se o nome de semiose (SILVEIRA, 2007, p. 30-31, 34-35), conforme se exemplifica na Figura 1, seguinte.<sup>8</sup>

**Figura 1 – Semiose peirceana**



Fonte: Elaborado pelo autor

Por meio da pesquisa, talha-se uma abordagem estática, de instrumental semiótico, que tem a pragmática como metodologia, com o mote de chegar à semântica, com a ressalva de serem partes de um mesmo processo, cujo resultado analítico pode caracterizar-se com as seguintes proposições.

(i) A semiose comunicacional é um processo infinito, ininterrupto, exatamente por isso contingente, em que o interpretante ocupa papel de destaque. Por essa assertiva, os conceitos não são estáticos, mas sim dinâmicos, artificiais, a depender de novos processos hermenêuticos em cujo resultado assentará os seus novos lineamentos. Para ir além, esses conceitos são capazes, dentro da semiose, de se transformar, adaptar-se.

(ii) A pragmática alimenta a semântica e vice-versa. Tem-se um processo comunicativo em que os utentes conotam novos signos, a desembocar numa nova semântica. Descreve-se uma semiose em sintonia com a epistemologia de Peirce.

(iii) Existe sim, dentro da base de dados extraída nesta perquirição, uma racionalidade definida em relação ao princípio da separação dos poderes, propriamente numa semântica.

(iv) À luz da semiótica, o ordenamento jurídico é vivo. Pode, sim, ser observado de maneira estática, contudo, está sempre em movimento. Sua semiose é infinita. A única certeza é que novas comunicações estão em formação. Seu jogo comunicativo está sempre atuando. Exatamente por isso, o direito se positiva via linguagem. As verbalizações extraídas das decisões analisadas identificam o sentido outorgado dentro do contexto cultural atual.

(v) Desse processo comunicacional, outrossim, infere-se que o certo e o errado estão num constante duelo, o que leva à dura conclusão de que as verdades, as premissas, os axiomas jurisdicionais são momentâneos. Nisso, inclui-se o princípio da separação dos poderes. O clássico sentido liberal não é mais usado; ficou para trás, dentro da semiose da Suprema Corte. Trata-se de

<sup>8</sup> Peirce (1999, p. 194) explica: “O Objeto de um signo é uma coisa: seu significado, outra. Seu objeto é a coisa ou a ocasião, ainda que indefinida, à qual ele deve aplicar-se: Seu significado é a idéia que ele atribui àquele objeto, quer através de mera suposição, ou como uma ordem, ou como asserção.”.

um processo, gradual, no qual novas verbalizações vão surgindo para, paulatinamente, antigas semânticas conceituais serem substituídas, sem exclusão de o processo inverso também acontecer.

(vi) A análise da pesquisa empírica não deixa dúvidas sobre a constatação de Peirce de que o signo não esgota os vários aspectos do objeto que representa. As múltiplas, e complexas, perspectivas de observação surgidas ao longo da pesquisa só ratificam o ideário peirceano. Não é possível uma conclusão final e segura sobre questões abertas. Cada lente resultará em signos distintos.

(vii) Um signo sempre substitui significativamente algo. Nesse sentido, o significado do signo é sempre outro signo. No contexto da pesquisa, a petição que leva ao STF o pleito da parte é um signo, que travará com as normas constitucionais uma relação de significação. Contudo, com a contestação da peça, mesmo como reação à primeira, forma-se uma relação em nível de secundidade.

(viii) Dentro dessa semiose, a Suprema Corte é a “mente coletiva” que trava com as duas peças processuais comentadas – petição e contestação – uma relação de terceiridade, numa generalização, de modo que o acórdão é o interpretante, que, visto pelo processo estático, pode ser rotulado de interpretante final.

(ix) Os acórdãos analisados podem ser, ainda, chamados de signo-resultado. São signos na medida em que formam um signo em cima de outro signo, como resultado do processo comunicacional iniciado possivelmente pela interposição de um recurso extraordinário, tido aqui como signo, vez que porta o significado da parte para o pleito, numa perspectiva do possível e da análise sintática. Com a apresentação das contrarrazões pela parte recorrida, instaura-se outra semiose a fim de que sejam levados em consideração os argumentos da outra parte. Uma dialogia entendida como um diálogo entre os argumentos apresentados no recurso e os ofertados pela recorrida, a serem enfrentados na decisão do STF.

No material coletado, nas decisões da Suprema Corte, sob o viés semiótico, a pesquisa se depara com a semiose comunicacional do princípio da separação dos poderes em sintonia com o descrito por Charles Sander Peirce que pensou a semiótica como ciência lógica da lógica da experiência, tendo como consequência a identificação da vagueza como estrutura propícia a demonstrar com nitidez a intersubjetividade do processo comunicacional. Neste cenário, comenta-se que os princípios jurídicos se materializam em construções gramaticais vagas. Dentro da dogmática, inclusive já se propôs diferenciar os princípios das regras justamente por essa “abertura”, enquanto as regras seriam normas mais rígidas com pouca, ou nenhuma, abertura interpretativa (NEVES, 2013, p. 12-26), não sendo diferente com o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, a pesquisa também se deparou com a vagueza do texto constitucional a propiciar a comunicação que, à proporção que se debatem nos julgamentos no STF a extensão e os limites da atuação jurisdicional na concretude do direito à saúde os valores vem à tona, consoante se expõe no próximo item, em razão da identificação ou argumentação das decisões em níveis de primeiridade, secundidade e terceiridade comunicacionais. Esse debate de sentido em torno da separação dos poderes, ou mesmo do direito à saúde, fez com a comunicação saísse do plano abstrativo para, por meio de escolhas concretas dos envolvidos, outorgar concretude do pensamento mediante ação.

## DO RESULTADO: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DO MATERIAL EMPÍRICO PELAS CATEGORIAS PEIRCEANAS

A semiótica concebida por Peirce como procedimento científico descreverá o fenômeno observado por meio de um diagrama, que se materializará numa figura, com o intento de identificar o fenômeno observado e pensá-lo avante. Pensa-se no futuro, depois de descrever o real. Usa-se a expressão: “deve ser” para identificar essa projeção do futuro com base na sequência lógica do raciocínio do signo observado, sem embargo da consciência da falibilidade dessa prospecção do porvir. Forja-se uma regularidade falível. Para isso mesmo, faz-se necessário o detalhamento voltado à compreensão dos passos que a inteligência deu para formar o signo observado, identificado, no caso desta pesquisa, nos diagramas a seguir expostos (SILVEIRA, 2007, p. 23, 25-26, 28, 38; PEIRCE, 1999, p. 199).<sup>9</sup>

No afã de compreender os passos que a inteligência segue para formar o signo, é preciso considerar os componentes básicos desse processo de visualização fenomênica, denominado de categorias, grafadas como: (i) primeiridade, (ii) secundidade e (iii) terceiridade. Organiza-se, ou melhor, auto-organiza-se a realidade por meio do pensamento. As categorias são, nesse sentido, o pensar da própria realidade projetada pela mente. Com isso, representam-se desde os sentimentos mais simplórios até os mais elevados processos evolutivos (SILVEIRA, 2007, p. 38-43; SANTAELLA, 2002, p. 143). Na primeira categoria, primeiridade, aponta-se o sentimento originário; um sentimento bruto, livre, precisamente como a imagem imediata do presente. A realidade é começada por ela. Por isso mesmo, a primeiridade é representada no diagrama por um ponto ligado a um traço. A segunda categoria, secundidade, trata-se de ação e reação. Há uma situação e sua contestação já é materializada como o passado. Tem dinamismo. Flui de uma relação com o outro. É formada por dois elementos, sendo um deles a própria primeiridade. Cunha-se a partir dela (primeiridade) um ato de confronto com outro elemento (SILVEIRA, 2007, p. 41-42). É apontada com dois pontos unidos por traços. Por fim, a terceira categoria, terceiridade, é propriamente um salto, uma tentativa de prever o futuro por meio da artificialidade da mente. Parte-se da lógica do raciocínio até então travado para dar um passo adiante com uma previsão falível do amanhã. É a forma da evolução do pensamento. Gera um interpretante. A mente está na terceiridade. Não há uma mecanicidade desse raciocínio; ao contrário, há um salto no raciocínio. Sem ele não há evolução. Está em relação simultânea com o segundo. É identificada graficamente com dois pontos dotados de traços (SILVEIRA, 2007, p. 41-42).

Submerso no cenário das categorias, o direito positivo é mais propenso à terceiridade. Contudo, no cenário comunicacional da pesquisa, a petição recursal, ou equivalente, que venha a portar o litígio à Corte, acaba significando a materialização do problema a ser volvido judicialmente. Por si só, o recurso interposto constrói um símbolo, que neste caso remonta ao próprio sentimento primeiro da parte, puro, numa perspectiva sintática de análise.<sup>10</sup>

De outra forma, a intervenção da outra parte, regra geral, com a apresentação de sua contrarrazão ao recurso extraordinário, provoca um choque comunicacional, a surgir na tríade o

---

<sup>9</sup> “A forma do signo contribui para sua inteligibilidade e facilita mais ou menos a interpretação e a fluir no pensamento. Nesse sentido, compreende-se a razão do grande empenho peirceano em construir e em constantemente aprimorar o sistema de grafos, ao qual reconhecia como uma de suas maiores contribuições à lógica e ao pensamento humano.” (SILVEIRA, 2001, p. 207).

<sup>10</sup> “Thomas S. Knight, interpretando epistemologicamente as categorias peirceanas, entende que a primeiridade, referindo-se a um sentido de qualidade ou a uma idéia de sentimento, seria um estado de consciência sobre o qual pouco pode ser afirmado, a não ser em termos negativos: é incomparável, não-relacional, indiferenciado, impermutável, inalisável, inexplicável, indescritível, não intelectual e irracional. Tratando-se de consciência instantânea, é não-cognitivo, original, espontâneo, é um simples sentido de qualidade – o sentido de qualidade de uma cor, por exemplo. [...]” (PIGNATARI, 2004, p. 44)..

signo (acórdão/julgamento), formada a partir do confronto das duas petições iniciais. O confronto processual das partes processuais provoca um símbolo que obrigatoriamente representa a petição inicial do recorrente e a defesa do recorrido. Trava-se uma relação em nível de secundidade, como um novo símbolo, uma semântica oriunda do fruto do litígio de dois lados. Atenção: essa nova semântica se apresenta não como soma, mas sim como novo símbolo. Chocam-se ambos e o resultado insurge sob a máscara de um novo símbolo, todavia, rotulado como objeto.<sup>11</sup>

Com isso, o processo comunicacional, denominado por Peirce de semiose, está quase todo descrito e identificado no cotejo da pesquisa. Falta, nesse jaez, identificar o papel do interpretante, responsável pelo símbolo-resultado dentro desse processo, que na pesquisa é o próprio acórdão da Suprema Corte. A decisão acaba por interpretar o signo e o objeto, de tal sorte que, levando-se em conta os referidos signos, produza um terceiro signo, também chamado de supersigno.

No caso do material coletado, a peça recursal leva o sentimento primeiro à relação, a qual se chocará com a peça do ente estatal demandado, formando a secundidade. Contudo, ambos os símbolos serão interpretados pelo interpretante, o acórdão. Ele forma o símbolo final dentro dessa relação. Final, da perspectiva da análise, porque por outro prisma o processo ainda pode continuar a operar, valendo relembrar que a semiose comunicacional é infinita.<sup>12</sup>

Desse ponto de vista, com a pesquisa empírica, fulgura-se que as peças recursais do cidadão identificam, entre outros, o princípio da separação dos poderes como símbolo de cooperação, complemento, entre os poderes na atuação estatal, no caso da efetivação do direito à saúde. Ou seja, não foi ofertado pelo administrador público determinado remédio e as razões do recurso procuraram simbolizar que é possível a prestação do remédio por meio do Judiciário. De outro modo, as peças do Poder Executivo procuram formar um símbolo sobre a mencionada separação ligada à rigidez, com ânimo de vedar a intervenção do Estado-juiz em questões ligadas às funções dos outros poderes.

Posto isso, tem-se, então, formada uma relação comunicacional em que a primeiridade e a secundidade estão caracterizadas. Enquanto, lá, há um sentimento puro, uma primeira impressão do assunto, aqui, com base no primeiro símbolo indicado pelo recorrente, em confronto com a reação trazida pela peça da recorrida, surge do conflito o objeto, que não é o símbolo final. Trata-se de configuração (identificação) do litígio propriamente dito.

Como decorrência lógica desse processo, a terceiridade é tipificada no exato momento em que o acórdão interpreta os símbolos constantes na primeiridade e na secundidade, a fim de produzir um símbolo-final, identificado na própria decisão final, a respeito da separação dos poderes, no que tange ao fornecimento de medicamentos mediante decisões judiciais. A partir daí, fala-se em um supersigno, oriundo desse processo semiótico triádico, num caráter de lei, cujo significado gerará um processo de generalização a partir dele, dando fomento a novos processos comunicacionais. Eis a configuração da terceiridade.

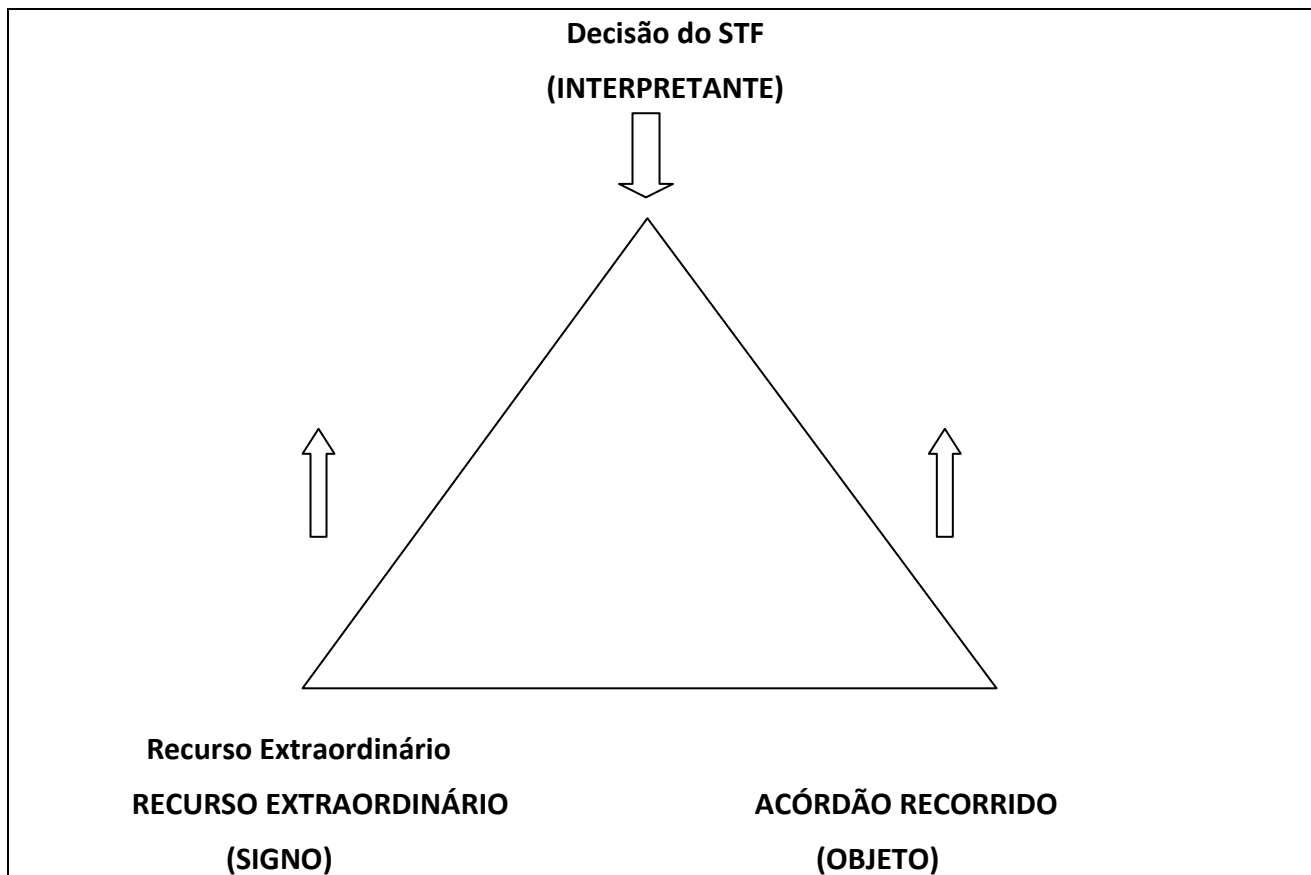
---

<sup>11</sup> "[...] Já a secundidade é uma idéia de fato, de luta, de resistência, de poder, de volição, de esforço. Realiza-se ou é percebida nos estados de 'choque', surpresa, ação e percepção. Metafisicamente, caracteriza-se pela alteridade, pelo não-ego. O aqui-e-agora de uma qualidade constitui uma secundidade." PIGNATARI, 2004, p. 44).

<sup>12</sup> "Peirce cria um terceiro vértice, chamado Interpretante, que é o signo de um signo, ou, como tentei definir em outra oportunidade, um supersigno, cujo Objeto não é o mesmo do signo primeiro, pois que engloba não somente Objeto e Signo, como a ele próprio, num contínuo jogo de espelhos [...]" (PIGNATARI, 2004, p. 49). "105. Terceiridade é para mim apenas um sinônimo de Representação; prefiro-o porque suas sugestões são menos estreitas. [...] 339. A idéia mais simples de Terceiridade datada de interesse filosófico é a idéia de um signo, ou representação. Um signo 'representa' algo para a idéia que provoca ou modifica. [...]" (PIGNATARI, 1974, p. 37, 39).

A relação triádica, no cotejo da semiose peirceana, pode ser visualizada na Figura 2, seguinte.

**Figura 2 – Aplicação da tríade de Peirce**



Fonte: Elaborado pelo autor

O produto final dessa semiose, na acepção do termo, torna-se um símbolo genuíno porque resultado da semiose triádica. Sem embargo, para ser mais bem compreendido, o interpretante reclama ser observado no contexto de toda a semiose. O seu teor simbólico deve ser visto em sintonia com o símbolo primeiro (peça recursal), objeto (acórdão recorrido). Daí ser possível compreender que o acórdão é a materialização física da ideia de signo oriundo dos argumentos usados pelos ministros.

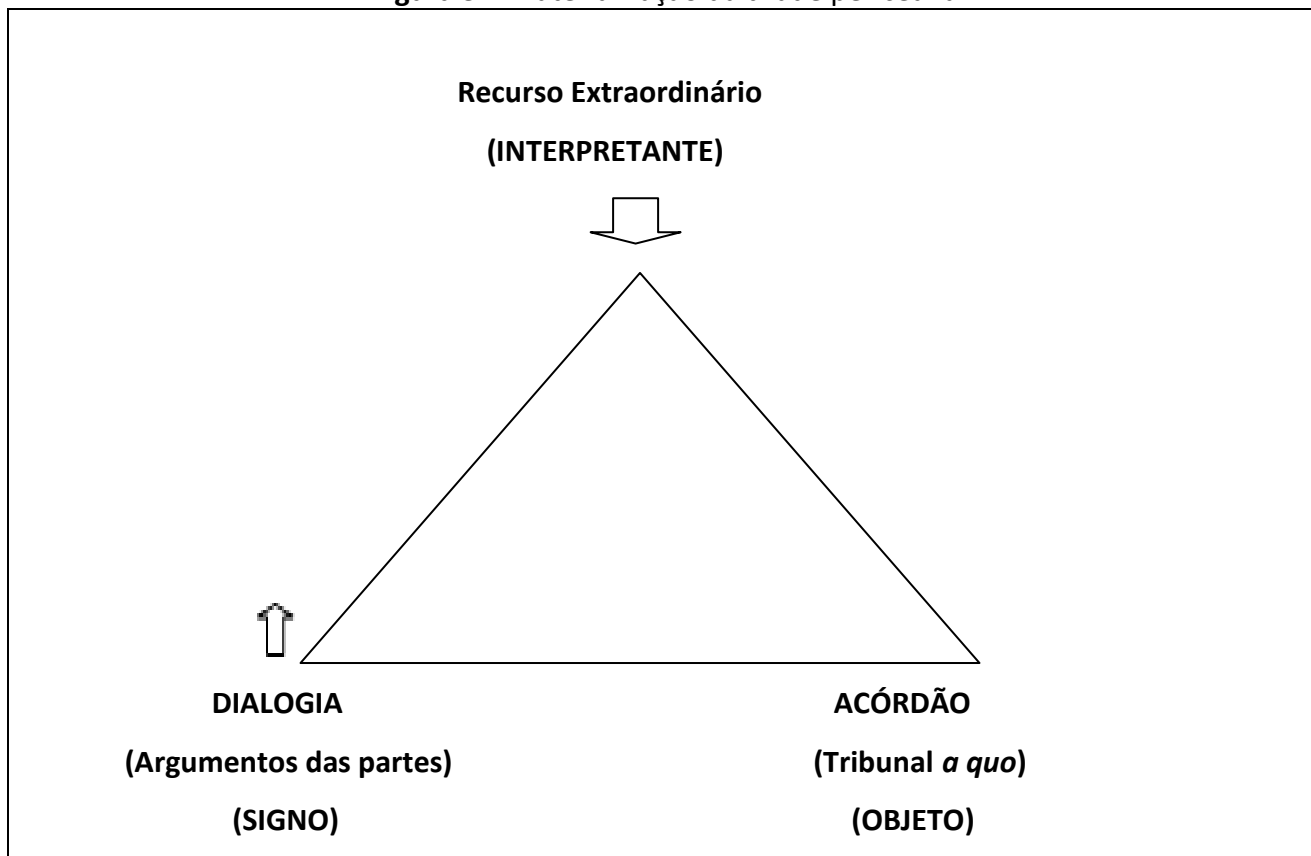
Ainda, no caso da pesquisa, o próprio interpretante (o acórdão/STF) preocupa-se em descrever o signo e o objeto sob o rótulo de relatório, para, somente depois, no voto, promover a semiose, a resultar no símbolo final. Esse processo comunicacional, designado por Peirce de semiose, ocorre na forma de um diálogo, localizado, sob esse cerne, no pensamento dos ministros da Suprema Corte, com o uso da inteligência. Por vezes, esse diálogo é aberto à nova alimentação mediante leis, fatos ou quaisquer outros signos e, neste caso, configura-se como uma evolução, outras, a seu turno, não propenso a receber novas comunicações, pois fechado em si próprio.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Para se compreender bem o processo triádico de comunicação aplicado ao STF, necessário se faz remontar à teoria da percepção peirceana, aqui explicada por Santaella (1998, p. 44-45): “Qualquer coisa que aparece à mente produz nela um efeito. Esse efeito é um primeiro em relação àquilo que aparece. Ao apreender aquilo que aparece, a mente imediatamente reage, produz algo. Esse algo é o segundo. Aí está: o signo, efeito, surge como primeiro e aquilo que provoca o signo, ou seja, seu objeto, como segundo. A primazia lógica é do signo, mas a primazia real é do objeto. O objeto é determinante, mas só nos aparece pela mediação do signo. [...]”. A respeito, ver também outra obra da autora (**A teoria geral dos signos**. Semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995, p. 130, 132, 135-136, 138-139, 144-146. Silveira (2001, p. 206), arremata: “Mesmo, portanto, que o fluxo do pensamento se faça somente no interior de

Pela ótica do processo comunicacional, poder-se-ia analisar a petição recursal (recurso extraordinário) como o interpretante de uma semiose, na qual o signo inicial seria a dialogia instaurada com o diálogo entre os argumentos trazidos à semiose pelo recurso de apelação e sua respectiva contrarrazão. Nesse diapasão, o objeto do signo seria o acórdão do tribunal *a quo*. Conseqüentemente, como interpretante do símbolo e do seu objeto, surgiria o recurso extraordinário como um novo símbolo, quando visto da lógica da cadeia comunicacional.<sup>14</sup>

Com a Figura 3, a seguir, demonstra-se a tríade: interpretante, signo, objeto.

**Figura 3 – Materialização da tríade peirceana**



Fonte: Elaborado pelo autor

Como fecho, consigna-se que o STF, descrito pelas categorias, é predominante terceiridade, por uma soma de fatores, dos quais, frisa-se que as suas decisões governarão a relação das partes processuais de forma direta. De outro modo, de forma indireta, num formato generalizante, orientará a resolução de questões similares.

Não obstante o predomínio da terceiridade, a referida Corte, dentro da semiose, pode ser identificada em aspectos específicos como secundidade, porquanto a sua decisão representa, como um signo<sup>15</sup>, os problemas sociais que motivaram a interposição dos recursos ao STF e assim sucessivamente ao signo primeiro identificado pela petição inicial proposta lá atrás, temporalmente falando (SANTAELLA, 2002, p. 144). No caso especial da pesquisa, identifica-se

---

alguém, ele jamais será um monólogo. Não crescerá o pensamento e não alcançará sua meta e sua razão de ser, se quem o emite não se reconhecer incapaz de sozinho proceder à representação de um objeto e à equivalente determinação da conduta.”.

<sup>14</sup> Peirce (1999, p. 177) ensina: “536. Já observei que um Signo tem um Objeto e um Interpretante, sendo o último aquilo que o Signo produz na Quase-Mente, que é o Intérprete, ao atribuir este mesmo último a um sentir, a um esforço ou a um Signo, atribuição esta que é o Interpretante.”.

<sup>15</sup> “[...] - signo é tudo aquilo o que substitui algo, sob certos aspectos e em certa medida-[...]” (PIGNATARI, 2004, p. 49).



uma significação para representar o litígio da saúde (visualizado por ação – o recorrente – e reação – o recorrido) como secundidade.

Lógico que para o objeto da pesquisa, interessa mais o aspecto simbólico do material coletado, no qual, pelo estudo dos interpretantes, identificados pelas decisões da Corte, pode-se identificar o comportamento dos ministros, em ação concreta – leia-se nos julgamentos – como fenômeno vivo, mergulhado no cenário social histórico, econômico e cultural, de modo que, pelo símbolo, constata-se uma posição política quanto ao tema da saúde. Forma-se, nesse cenário, um signo-instituição (SANTAELLA, 2002, p. 148-149).

Para formação, no entanto, desse signo-instituição, a semiose passa pela sua tríade, que na terceiridade remonta à mente dos intérpretes, no caso da pesquisa, os ministros da Suprema Corte brasileira. Sob o julgo do pensamento, os ministros, internamente, primeiro debatem a questão para, depois, externarem o seu posicionamento aos demais membros da Corte.

Desse modo, a semiose tem uma perspectiva interna aos interpretantes, sendo iniciada pela percepção do signo. O resultado desse processo interno às mentes dos julgadores pode também ser rotulado de interpretante imediato, visto mesmo como signo que produz no interpretante particular, no caso um dos ministros. Esse símbolo, que virá à tona como resultado da semiose particular de cada intérprete, é constituído por uma associação praticada pela mente do intérprete. Nesse cenário, Peirce classifica os interpretantes dinâmicos em três perspectivas: i – interpretante emocional; ii – interpretante enérgico; iii – interpretante lógico (SANTAELLA, 2002, p. 24-25).<sup>16</sup> Os três interpretantes estão ligados essencialmente às categorias peirceanas da primeiridade, secundidade e terceiridade.

Após a análise teórica e a sua aplicação à parte do material empírico coletado, explana-se que o interpretante emocional está no plano da primeiridade, na forma de um sentimento puro; uma qualidade oriunda de um primeiro efeito do contato com o signo. No caso em análise, a mente dos ministros acaba percebendo e expondo o signo como um fenômeno na sua pureza inicial, no formato de um sentimento. Noutra sentida, o interpretante enérgico atua no plano da secundidade porque se mostra como um resultado de ação e reação, a resultar a sua resposta com dispêndio de energia: uma produção do signo um pouco mais elaborada, do aspecto semiótico, identificada pela energia da sua comunicação, que deve estar apta a refutar sentidos contrários à sua interpretação. Enfim, a terceiridade é representada pelo interpretante lógico, o qual interpreta de forma mais elaborada, num viés interpretativo, sob premissas bem definidas por ele próprio.

Com destaque, é necessário grafar que, no contexto do processo comunicacional da semiose, as categorias são fases do idêntico processo. Analisa-se, assim, um estado do processo comunicacional. Ou seja, a terceiridade é uma fase do diálogo que contempla obrigatoriamente, antes dela, a secundidade e a primeiridade.

Peirce descreve o fenômeno como um círculo, para ilustrar a semiose. Nem por isso, deve-se deixar de analisar a parte específica do momento semiótico, com escopo de dar ênfase à terceiridade, por exemplo.

Dito dessa maneira, o importante é entender que a classificação a seguir proposta, dos **argumentos** utilizados pelos ministros paradigmas da Suprema Corte, como interpretantes

---

<sup>16</sup> “Os signos são divisíveis conforme três dicotomias, a primeira, conforme o signo em si mesmo for uma mera qualidade, um existente concreto ou uma lei geral; a segunda, conforme a relação do signo para com seu objeto consistir no fato de o signo ter algum caráter em si mesmo, ou manter alguma relação existencial com esse objeto ou em sua relação com um interpretante; a terceira, conforme seu Interpretante representá-lo como um signo de possibilidade ou como um signo de fato ou como um signo de razão.” (PEIRCE, 1999, p. 243).

emocionais, energéticos e lógicos, é tão só uma das possíveis faces da análise, torneada com base no que esta tese considera como primazia na atuação dos interpretantes analisados.

Consoante se direciona a ótica da análise da semiose, os atores mudam de papel, todavia, tudo dentro da rígida sistematização peirceana, a qual permite uma infinita linha de continuidade de produção de signos. Com esse espírito, aventa-se que, quando se parte dos acórdãos como interpretantes, os ministros são intérpretes que, com base num pensamento inicialmente individual, chegarão ao símbolo final, em regra, mediante diálogo com os outros ministros, para, juntos, formarem o interpretante, o supersigno, isto é, o acórdão no qual se consubstanciará o signo emitido do litígio proposto à Corte.

De outro modo, porém, ao se perquirir na dimensão de que cada voto é um interpretante, faz-se um novo recorte na análise para não mais investigar o acórdão pelo prisma do resultado final, como seria o normal – vale comentar.

A partir dessa nova proposta de observação, tem-se a possibilidade de não mais classificar o acórdão, mas os argumentos utilizados pelos ministros, individualmente, nos termos do seguinte quadro.

**Quadro 1** – Classificação dos argumentos dos ministros paradigmas em direito à saúde

Ministro	Decisões Paradigmas	Interpretante
Celso de Mello	Ag. Reg. nos REs n. – 271.286-8/RS 273.834/RS e 393.175–O/RS	Energético
Marco Aurélio	RE ns. 247.900/RS e 368.564/DF, Ag.Rg. no RE n. 238.328	Emocional
Gilmar Mendes	Ag.Reg. na Suspensão de Liminar n. 47/PE, na STA n. 175/CE e na SS n. 3355/RN	Lógico

Fonte: Elaborado pelo autor

Sob a classificação proposta, assevera-se que não se trata de um julgamento a respeito do ministro, nem de sua atuação de modo geral. Ao contrário disso, mira-se exclusivamente nos argumentos utilizados nas decisões coletadas na pesquisa, por isto mesmo, falíveis e restritos a uma visão parcial dos argumentos utilizados na atuação jurisdicional do ministro paradigma no que diz respeito ao direito à saúde. Dada essa necessária explanação, passa-se a explicar o porquê da classificação, nos moldes que seguem.

Pelo vernáculo utilizado retro, identifica-se que a secundidade é caracterizada essencialmente por um signo que representará a ação e a reação, ou seja, os argumentos favoráveis e contrários ao direito à saúde, no caso da tese, porém, já com uma tomada de posição, diga-se uma escolha efetivada com muita clareza. Nesse caso, o símbolo em desfavor é identificado como produto do choque comunicacional das posições contrárias, de modo a resultar numa postura como certa. Quando se expõe uma escolha como correta, conota-se nas suas palavras uma verbalização enérgica; evidencia-se a sua posição de forma a desqualificar a outra opção. Esse jogo com as palavras fica muito claro no trecho transcrito a seguir:

**A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. [...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, ÀS PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de **distribuição gratuita** de medicamentos a pessoas carentes **dá efetividade** a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e **representa**, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, **especialmente** daquelas que **nada têm e nada possuem**, a não ser a **consciência**

de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. **Precedentes** do STF (BRASIL, STF, AgR-RE n. 271.286-8/RS, j. 12.09.2000, grifo nosso).<sup>17</sup>

Para pormenorizar a questão, comenta-se que quando o Ministro Celso de Mello grafa que a interpretação da norma constitucional não pode transformá-la em promessa inconsequente, posiciona-se como interpretante enérgico, em nível de secundidade, porque denota, no primeiro início, a síntese dos dois lados: direito à saúde com força vinculante e direito à saúde como norma programática. Portanto, acaba por produzir uma reação a essa dicotomia, bem como, de forma dura, implacável, coloca que a interpretação não pode tornar-se promessa inconsequente. Ressalta-se a expressão “inconsequente”.

Produziu-se, à luz dessa retórica, uma interpretação enérgica, a qual é reforçada pelo trecho logo a seguir, também acima transcrito, ao utilizar as palavras: “[...] e **representa**, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, **especialmente** daquelas que **nada têm e nada possuem**, a não ser a **consciência** de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade” (BRASIL, STF, AgR-RE n. 271.286-8/RS, j. 12.09.2000, grifo nosso), externa o seu posicionamento, fruto de um duelo (ação e reação) de significados ocorrido previamente em sua mente, para, com o fito de combater posição contrária à sua, em seguida, energicamente, expor o seu posicionamento.

A postura emocional dos argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio na temática direito à saúde é identificada, entre outros, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 368.564/DF, cuja relatoria inicial estava sob a relatoria do Ministro Menezes Direito. No voto do referido RE, encontram-se argumentos no sentido de um sentimento puro, livre do choque proveniente do confronto da secundidade, nos moldes dos argumentos usados pelo Ministro Celso de Mello. Em outro sentido, posto que, em seus votos, percebe-se uma posição ideológica insuscetível de questionamento. Talvez verbalize dessa forma porque, em razão de sua posição ser tão firme, não vê necessidade de expor em seus votos o outro lado da moeda, mesmo que implicitamente. Para os argumentos do julgador, a questão é simples, pura. Há um sentimento muito definido com o fito de direcionar a sua racionalidade. Não sente a necessidade de fundamentar ou convencer os seus pares com argumentos refinados.

Essa atuação no plano da primeiridade não significa descompromisso com a concretude do direito à saúde, nem uma despreocupação com o resultado final dos julgamentos, mas o oposto disso. Na questão, cita-se o julgamento do recurso extraordinário mencionado linhas atrás, no qual o então relator votara para conhecer e prover o recurso. O julgamento caminhava para a decisão final, quando o Ministro Marco Aurélio se deu conta de que era possível que a decisão do tribunal *a quo*, na qual se determinou o pagamento de tratamento de doença ocular em Havana, poderia ainda não ter sido cumprida.

Em consequência desse cenário, eventual julgamento desfavorável naquele momento (08/04/2008) prejudicaria os cidadãos beneficiados pela decisão judicial recorrida. Não obstante já ter posição formada sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio tomou uma decisão inusitada: pediu vista dos autos, em seguida fez um pedido de adiamento, o que retardou o julgamento final para 13/04/2011. O retardo do julgamento motivou o Ministro Ricardo Lewandowski a mencionar que já houvera o cumprimento da decisão, mas que, como se trata de um tema importante do aspecto teórico, o recurso deveria ser julgado. Durante os debates, entre muitos posicionamentos contrários, argumentou-se que a referida doença não tem cura, consoante se posicionou a comunidade médica brasileira. Seria mais um argumento a fim de suspender o seu adimplemento.

---

<sup>17</sup> O trecho pode ser encontrado, entre outros acórdãos relatados pelo Ministro Celso de Mello, por exemplo, nas seguintes decisões: **RE n. 273.834/RS** e **RE n. 393.175-O/RS**.

Ao final, também em vão, porquanto por maioria, prevaleceu a tese do Ministro Marco Aurélio, que defende o pagamento pelo Estado de tratamentos de alto custo.

Além, obviamente, da análise do contexto do julgamento, pode-se transcrever alguns trechos que, por si só, ajudam a apreender a classificação da dialogia peirceana, no plano da primeiridade, a saber: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Estou desprovendo e mantendo o acórdão. O recurso é da União. Certamente, com esse tratamento, a viúva não ficará mais pobre!” (BRASIL, STF, RE n. 368.564/DF, j. 13.04.2011, p. 81). A seguir:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Essa denominada reserva do possível, no tocante ao Estado, leva-me à indignação como contribuinte, como cidadão, como juiz, pois, se for realmente empolgada e aceita, teremos desculpa para tudo, porquanto, desde que me conheço, o Estado, em que pese a grande carga tributária, luta contra escassez de receita, mas luta porque tem despesas excessivas, principalmente com a máquina administrativa e a dívida interna (BRASIL, STF, RE n. 368.564/DF, j. 13.04.2011, p. 81).

Sob o julgo de outro raciocínio teórico, as construções extraídas das relatorias do Ministro Gilmar Mendes denotam um foco à construção de um raciocínio lógico, mais refletido, livre, numa primeira leitura, de um atuar puro ou emotivo. Isto fica muito claro ao se acompanhar a evolução do seu posicionamento sobre a judicialização da saúde. Concluiu, no tema, que não se trata de judicializar as políticas públicas, mas sim de as efetivar, uma vez que já existem na maioria dos litígios; o que ocorre é, por outro lado, uma inefetividade delas.

Para chegar a essa perspectiva, no entanto, encontram-se em seus votos dois importantes paradigmas: um deles é a consistência teórica, no sentido de buscar aprofundar o debate nas teorias constitucionais sobre os direitos fundamentais; o outro é a audiência pública realizada, quando – após ouvir diversas aceções sobre a judicialização da saúde – se formou a convicção de que não se trata de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas em saúde. Com efeito, o enfoque da atuação jurisdicional deveria ser em outro sentido. Explana-se que as políticas públicas destinadas à saúde existem e em grande escala, o que ocorre é que muitas delas restam ineficazes. Nessas situações, porque provocado, o Estado-juiz buscaria torná-las eficaz por meio de decisões judiciais voltadas para determinar situações específicas como, por exemplo, o fornecimento de determinado remédio que atenderia a uma peculiaridade do caso concreto não abrangida pela política pública em voga, muitas vezes pensada de forma genérica para abranger o maior número de indivíduos.

Prenhe das dificuldades da análise das atuações jurisdicionais e, talvez, por essa constatação, com muita cautela, procura-se enfileirar a referida classificação no contexto peirceano com as peculiaridades da formação acadêmico-profissional dos ministros, obviamente de período anterior ao respectivo ingresso ao Supremo Tribunal. Nesse cenário, pondera-se que há uma relação direta da formação acadêmico-profissional prévia com a sua atuação jurisdicional.

Dessa maneira, fulguram os argumentos usados pelo Ministro Celso de Mello com uma postura caracterizada na secundidade, quando em seu voto já se encontram a ação e a reação dos signos envolvidos, a resultar num interpretante emocional, apaixonado, tipicamente como um membro do Ministério Público, cuja postura se caracteriza pela litigiosidade em favor de um valor que considera maior e, por sua concretude, busca o seu predomínio acima de tudo. Literalmente, na leitura do signo emanado dos seus votos, extraem-se o signo e o objeto que ajudaram a forjá-lo como interpretante. Os próprios trechos citados anteriormente identificam isso.

Esse enlace comunicacional descrito por Peirce sob o julgo da secundidade, predominantemente não pode ser encontrado nos argumentos usados nas decisões do Ministro Marco Aurélio. Na verbalização de seus votos, não há exatamente um choque entre ação e reação

a resultar num novo símbolo; ao menos isso não está exposto em seus votos. Neste cerne, comenta que o processo intelectual interno à mente do ministro em voga, não pode ser analisado. Logo, o que se observa é a linguagem posta nas decisões estudadas.

À luz desse material de pesquisa, opina-se que o fato de a profissão anterior do ministro ser ligada ao direito do trabalho influenciou demasiadamente a sua atuação sob o viés da primeiridade. Essencialmente, o referido ramo do direito é voltado a equilibrar uma situação desigual: patrão versus empregado. O reequilíbrio é o seu mister. Tradicionalmente, a justiça do trabalho possui uma postura protetiva ao trabalhador.

Como decorrência desse espírito de busca pela igualdade, mesmo que seja de forma involuntária, identifica-se nas decisões (em seus argumentos) uma postura de reequilíbrio da situação, todavia, de forma pura e direta, como se não houvesse uma posição contrária. O tema é muito bem resolvido na convicção íntima do estudado julgador. Na sua mente, não há litígio ideológico ou doutrinário. Há, ao inverso disso, um sentimento livre, ou seja, sem a materialização pela verbalização de uma posição contrária como parte do debate. Desta forma, julgou os Recursos Extraordinários n. 247.900/RS e n. 368.564/DF, bem como o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238.328/RS.

No mesmo enredo de análise, os argumentos constantes nos votos do Ministro Gilmar Mendes acabam por identificar a sua elevada formação acadêmica, com destaque para a dimensão constitucional da sua pesquisa, a qual invariavelmente forneceu subsídio para a classificação da sua atuação na terceiridade. Em seus votos, o ministro procura construir um raciocínio científico ou ao menos dar maior consistência teórica, a fim de legitimar o julgamento final. Por assim dizer, nos argumentos constantes nos seus votos há um raciocínio mais elaborado; uma construção doutrinária para chegar à solução da lide.

De outro modo, é importante destacar que não se trata aqui de legitimar o uso da teoria desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes ou mesmo fazer qualquer análise da compatibilidade ou não dos autores servidos pelo julgador. Não se passa nem perto disso. A abordagem é outra. Por aqui, identifica-se no seu discurso um afastamento de um sentimento puro (quase que idealista), de uma ação apaixonada (com fim delimitado), para, com o cerne de tecer um arrazoado em busca de argumentação jurídica mais sólida, numa perspectiva mais lógica, formar um plexo teórico que o direcionará sem ser guiado pela paixão.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do direito**. Quartier Latin: São Paulo, 2005.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica**: teoria e crítica. Noeses: São Paulo, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 238.328/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio. Requerente: Município de Porto Alegre. Requerido: Ana Luiza Soares de Carvalho. Brasília, DF. Julgado em 16.11.1999. Publicado em 18.02./2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+238328%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+238328%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p39qk6b>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR-RE n. 271.286-8/RS**. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Brasília, DF. Julgado em 12.09.2000. Publicado em 24.11.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 18 out. 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 247.900/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Ida Maria Lopez Huber e outros. Brasília, DF. Julgado em 20.09.1999. Publicado em 27.10.1999. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+247900%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/oezb9ox>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 273.834/RS**. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Laura Antunes de Matos. Brasília, DF. Julgado em 23.08.2000. Publicado em 18.09.2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+273834%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cp33gaa>. Acesso em: 18 out. 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 368.564/DF**. Relator Ministro Menezes Direito. Recorrente União. Recorrido Maria Euridice de Lima Casali Brasília, DF. Julgado em 13.04.2011. Publicado em 10.08.2011, p. 81. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 393.175-O/ RS**. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravados: Luiz Marcelo Dias e outros. Brasília, DF. Julgado em 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 24 out. 2013.

CASTRO JR., Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria dos atos jurídicos inexistentes**. São Paulo: Noeses, 2009.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**. Métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

GURVITCH, Georges. **Elementos de sociologia jurídica**. Tradução Jose M. Cajica Jr. Mexico: Elysan, 1948.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligados**. Seleccionados e traduzidos por Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pormerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 3. ed. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1999.

PIGNATARI, Décio. **Semiótica & literatura**. Cotia: Atêlie Editorial, 2004.

SANTAELLA, Lucia. **A teoria geral dos signos**. Semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995.

SANTAELLA, Lucia. **A percepção: uma teoria semiótica**. 2. ed. São Paulo: Experimento, 1998.

SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SANTAELLA, Lucia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. A comunicação de um ponto de vista pragmaticista. **Cognitio 2**, São Paulo, Educ-Angra, v. 1, n. 1, 2001.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. **Curso de semiótica geral**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. Torino: Einaudi, 1996.

TURIN, Roti Nielba. **Introdução ao estudo das linguagens**. [Aulas]. São Paulo: Annablume, 2007.

**APÊNDICE A – PLANILHA DAS DECISÕES ANALISADAS**

<b>RELATOR</b>	<b>DATA DA PUBLICAÇÃO</b>	<b>TÉCNICA PROCESSUAL</b>	<b>PARTES</b>
Min. Antônio Cezar Peluso	11/2006	Ag. Reg. no AI n. 597.182	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Elvira Alves
Min. Antônio Cezar Peluso	09/2008	RE n. 584652/RJ	Recte: A União Rcdos: Produtos Veterinários Manguinhos Ltda.
Min. Antônio Cezar Peluso	02/2010	RE n. 523756 ED.	Embte: Estado do Espírito Santo Embdo: J.T.D.O.
Min. Antônio Cezar Peluso	05/2011	Suspensão de Segurança n. 4304/CE	Rcdos: Relator do MS Recte: Estado do Ceará
Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto	04/2011	AC n. 2836 MC/ SP	Reqte: Ministério Público do Estado de São Paulo Reqdo: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto	02/2010	AI n. 611559/RS	Recte: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul Recdo: União Recdo: Município de Serafina Corrêa
Min. Carlos Mario da Silva Velloso	09/2001	Ag. Reg. no RE n. 273.042-4/RS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Carlos Alfredo de Souza Luize
Min. Carlos Mario da Silva Velloso	03/2002	EDCL no Ag. Reg. no RE n. 273.042-4/RS	Embte: Município de Porto Alegre Embdo: Carlos Alfredo de Souza Luize
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	2011	Ag. Reg. em Re. n. 599529/RGS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	02/2011	RE. n. 586995/MG	Recte: Estado de Minas Gerais Recido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	06/2011	Ag. no RE 599.529/RGS	Agte: União Agdo: Ministério Público Federal
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	05/2011	RE n. 607.385/SC	Recte: Estado de Santa Catarina Recido: Elisa Meira Fernandes
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	08/2011	AG. em RE 646.235/SP	Recte: Município de São Paulo Recido: Ministério Público do Estado de São Paulo
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	06/2011	RE n. 641916/ PR	Recte: Valentina Mikulski Babinski Rcdos: União, Estado do Paraná e Município de Curitiba
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	04/2011	Ag. Reg. na Ação Cautelar 2267/PR	Agte: Valentina Mikulski Babinski Agdo: União, Estado do Paraná, Município de Curitiba
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	03/2011	Ag. In. 823184/RS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Aguineu Diple Feline Guellen Intdo: Município de Soledade
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	03/2012	Ag. Reg. em Re. n. 665.764/RGS	Agte: União Agdo: Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande
Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	02/2012	Ag.Reg.no RE 648.410/DF	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Min. Ellen Gracie	10/2001	RE n. 255.086-8/RS	Reqte: Estado do Rio Grande do Sul Reqdo: Eduardo Leão Francisco Marques
Min. Ellen Gracie	02/2007	STA n. 91	Reqte: Estado de Alagoas Reqdo: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
Min. Ellen Gracie	02/2007	SS n. 3073/RN	Reqte: Estado do Rio Grande do Sul Reqdos: Luiz Carlos Fernandes e Relatora do Mandado de Segurança
Min. Ellen Gracie	08/2010	Ag. Reg. no Ag. Instrumento de n. 734.487/PR	Agte: Estado do Paraná Agto: Ministério Público do Estado do Paraná

Min. Enrique Ricardo Lewandowski	10/2006	AI n. 607.646/SC	Agte: União Agdo: Francisco Marini
Min. Enrique Ricardo Lewandowski	06/2009	Ag.Reg. no AI n. 553.712-4	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Neiva Cecilia Belle
Min. Enrique Ricardo Lewandowski	05/2011	Ag. no RE 640.722/SC	Recte: União Recdo: Ministério Público Federal
Min. Enrique Ricardo Lewandowski	08/2011	RE n. 628.293/AM	Recte: Estado do Amazonas Recdo: Ministério Público do Estado do Amazonas
Min. Gilmar Ferreira Mendes	03/2010	Ag. Reg. na Suspensão da Segurança n. 3355 RN	Agte: Estado do Rio Grande do Norte Agdo: Grinaldo Ferreira da Silva
Min. Gilmar Ferreira Mendes	04/2010	Ag. Reg. na Suspensão de Liminar n. 47 Pernambuco	Agte: Estado de Pernambuco Agdo: União Agdo: Ministério Público Federal Agdo: Município de Petrolina
Min. Gilmar Ferreira Mendes	04/2010	Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 Ceará	Agte: União Agdo: Clarice de Abreu de Castro Neves Agdo: Ministério Público Federal Agdo: Município de Fortaleza Agdo: Estado do Ceará
Min. Gilmar Ferreira Mendes	04/2010	STA n. 278	Agte: Estado de Alagoas Agdo: Maria de Lourdes da Silva
Min. Gilmar Ferreira Mendes	04/2010	Ag. Reg. na Suspensão de Segurança n. 2361	Agte: Estado de Pernambuco Agdo: Alessandro Feitosa Tomé de Souza
Min. Gilmar Ferreira Mendes	04/2010	Ag. Reg. na Suspensão de Segurança n. 2944	Agte: Estado da Paraíba Impres: Zilda Miranda Torres Joelma dos Santos Nascimento Antônio Francisco da Cruz Filho Maria Pereira da Cunha
Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes	08/2006	AI n. 507.072/MG	Agte: Estado de Minas Gerais Agdo: José Carraro
Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes	04/2011	Ag. Reg. no RE 635381/RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recdo: Valzumiro Zanatta
Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes	10/2011	Ag. Reg. no AI 693.564/RGS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Cristian da Costa Nery
Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes	10/2011	Ag. Reg. no AI 817241/RGS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Branca Odete Mendes Acosta
Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes	06/2012	Ag. Reg. no AI n. 550.530/PR	Agte: Autarquia Municipal de Saúde Agto: Ministério Público do Estado do Paraná
Min. José Antônio Dias Toffoli	02/2010	AI n. 587084/PR	Recte: Andréia Pichorim Recdo: União
Min. José Antônio Dias Toffoli	06/2010	AI n. 667882/MG	Agte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Agdo: Município de Contagem
Min. Ilmar Galvão	09/1999	RE n. 242.859-RS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Patrícia Palácio de Souza
Min. Ilmar Galvão	03/2000	RE n. 226.835-6/RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recdo: Rosemari Pereira dias
Min. José Carlos Moreira Alves	05/2000	RE n. 264.269/RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recda: Teresinha Palhano
Min. José Carlos Moreira Alves	09/2000	RE n. 207.970-7/RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recdo: Osvaldina Alves dos Passos
Min. José Celso de Mello Filho	02/1997	Pet. n.1.246 MC/SC	Repte: Estado de Santa Catarina Recdo: João Batista Gonçalves Cordeiro
Min. José Celso de Mello Filho	08/2000	RE n. 267.612-RS	Repte: Estado do Rio Grande do Sul Reqdo: Augusto Seleprioni



Min. José Celso de Mello Filho	08/2000	RE n. 232.335/RS	Reqte: Estado do Rio Grande do Sul Reqdo: Jorge Eduardo Hennig
Min. José Celso de Mello Filho	11/2000	Ag. Reg. em Re. n. 271.286-8/RS	Agda: Cândida Silveira Saibert Agda: Dina Rosa Vieira Agte: Município de Porto Alegre
Min. José Celso de Mello Filho	02/2001	Ag.Reg. em RE. n. 273.834/RS	Agde: Município de Porto Alegre Agvda: Cristiane Carneiro Bortolaz
Min. José Celso de Mello Filho	12/2001	RE n. 248.304/RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recdo: Igor Batista Brito
Min. José Celso de Mello Filho	04/2004	ADPF n. 45/DF	Reqte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB Reqdo: Presidente da República
Min. José Celso de Mello Filho	06/2004	AI n. 452.312/RS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Camila Kauffmann
Min. José Celso de Mello Filho	02/2007	Ag. Reg. em Re n. 393.175 – O – RS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agda: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S)
Min. José Paulo Sepúlveda Pertence	12/2005	AI n. 562.561/RS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agda: João Abrantes Mendonça
Min. Luiz Fux	04/2011	Ag. REg. no RE 626.328/RGS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agto: Luis Felipe Alves Varante
Min. Luiz Fux	06/2011	Ag. Reg. no RE 626.328	Agte: Estado do Paraná Agdo: Ministério Público do Estado do Paraná
Min. Luiz Fux	06/2011	Ag. Reg. no Re. 607.381/SC	Agte: Estado de Santa Catarina Agdo: Ruth Maria Rosa
Min. Luiz Fux	08/2011	Ag. In. n. 843160/MG	Agte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Agdo: Departamento Municipal de Saúde Pública – DEMASP
Min. Luiz Fux	04/2012	Ag. REg. no RE n. 668.724/RS	Agte: Estado do Rio Grande do Sul Agdo: Germana Pereira Ferreira
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	02/1999	AI n. 232.469/RS	Agte: Município de Porto Alegre Agda: Loreni de Fátima Santos Serpa
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	10/1999	RE n. 247.900-RS	Reqte: Estado do Rio Grande do Sul Reqda: Ida Maria Lorez Huber
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	02/2000	Ag.Reg. em Agravo de Instrumento n. 238.328-RS	Agte: Município de Porto Alegre Agda: Carlos Fernando Becker
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	03/2000	RE n. 195.192-3-RS	Recte: Estado do Rio Grande do Sul Recdo: Rodrigo Skrsypcsak
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	09/2000	RE n. 273.042-RS	Rectes: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre Recdo: Carlos Alfredo de Souza Luize
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	12/2007	RE n. 566.471 RG/RN	Recte: Estado do Rio Grande do Norte Recda: Carmelita Anunciada de Souza
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	08/2011	RE n. 368.564/DF	Recte: União Recdo: Maria Euridice de Lima Casale
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	03/2012	RE n. 657.718 RG/MG	Reqte: Alcirene de Oliveira Reqdo: Estado de Minas Gerais
Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	05/2012	Ag. Reg. no RE n. 635.363/RS	Agte: Município de Caxias do Sul Agdo: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Min. Maurício José Corrêa	08/1999	RE n. 236.000/RS	Reqte: Estado do Rio Grande do Sul Reqdos: Alex Lopez de Souza e outros
Min. Maurício José Corrêa	09/1999	RE n. 236.644/RS	Reqte: Município de Porto Alegre Reqdo: Carlos Alberto Ebeling Duarte
Min. Maurício José Corrêa	08/2000	Ag. Reg. no RE n. 259.508/RS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Patrício Palácio de Souza
Min. Nelson Jobim	02/2001	AgRg. no RE n. 255.627-RS	Agte: Município de Porto Alegre Agdo: Carlos Alberto Ebeling Duarte

Fonte: BRASIL (STF, Pesquisa de Jurisprudência)

# A MULHER NA CONSTRUÇÃO TEMPORAL DA LEI: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DAS ORDENAÇÕES MANUELINAS E FILIPINAS

Luíza Vasconcelos de Carvalho

Bacharelanda em Direito (UPE)

## INTRODUÇÃO

A prática textual legal, como produto social que é, consolida-se como um discurso hierárquico e dominante de estruturação da exclusão/discriminação de minorias sociais no aparato social. Dentre estas, a fim de compreender os imaginários de gênero até hoje perpetuados, faz-se necessário analisar a mulher e sua condição no ordenamento jurídico brasileiro arraigado desde os tempos coloniais – envolto esse por um contexto de influência religiosa que desde então tem sido salutar na formação de conceitos patriarcais de “mulher” historicamente amarrados no processo social – que diretamente se relaciona aos valores, textos e normas jurídicas (LARA; MENDONÇA, 2006, p. 9 *apud* CRUZ, 2016, p. 1271) desenvolvidos ao longo do tempo.

A evolução da condição jurídica da mulher foi bastante lenta, tanto no Brasil quanto em outros ordenamentos ao redor do Mundo, o que não garantiu ampla preservação dos direitos fundamentais femininos e perpetuou a legitimação de violências, inclusive físicas. Dessa forma, é colocado em questão o impacto que as Ordenações Manuêlinas e Filipinas (importadas de Portugal no século XVI e, conseqüentemente, representantes do início do direito positivado no Brasil) provocaram no que trazem os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar na Lei atual do país, bem como na vida da sociedade brasileira como um todo – principalmente da mulher, visto que os valores por ora apresentados nos referidos textos são até hoje consolidados (ainda que por vezes silenciados ou disfarçados) no senso comum.

Isto posto, é crucial, para tanto, uma análise dos textos jurídicos que desmistifique a aura de objetividade e imparcialidade que envolve o Direito, centralizando-se por ora nas então examinadas Ordenações Manuêlinas e Filipinas através da Linguística Crítica Discursiva. Assim sendo, coloca-se em questão a investigação dos componentes ideológicos, culturais e das relações de poder e opressão social dos citados textos jurídicos, trazendo-se aqui uma perspectiva sincrônica de tais vínculos, compreendendo o discurso como um modo de representação social e uma ação de um grupo sobre o outro. Assume-se, dessa forma, uma metodologia aplicada de levantamento bibliográfico de análise qualitativa que objetiva a análise do que será examinado sob o ponto de vista da Análise Crítica do Discurso Jurídico, procurando detectar “Os Modos De Operação da Ideologia” descritos por J. Thompson. Dentro de tais modos de operação, destacam-se, ainda, quatro tipos principais: legitimação, dissimulação, fragmentação e reificação, como explicaremos mais adiante.

Ademais, analisa-se, inclusive, que a dominação patriarcal que trazem esses textos jurídicos denuncia não apenas a estruturação dessa violência na sociedade, mas mostra também que tal processo assume diferentes graus de perversidade a depender quem é a vítima ou autora do que era por ora ilícito; vê-se a construção de diferentes níveis de opressão dentro da classificação de oprimida, a depender da cor da pele ou da classe social com que esta se identifica.

Por fim, é necessário pontuar que o estudo aqui proposto se concentra nos Livros IV e V das ordenações analisadas, visto que, tratando-se de matéria de direitos femininos dentro de tal ordenamento jurídico, esses limitavam-se às questões de sanções (do Direito Penal) e familiares (do Direito Civil). Tal direcionamento, vale ressaltar, foi adotado ao longo do desenvolvimento do presente estudo, mostrando-se, ainda, como um indicador de um importante aspecto social do direito nos séculos analisados: à mulher só cabiam os aspectos do lar, existindo assim, quando não respeitada tal prerrogativa, a necessidade de punir.

## **CONTEXTO HISTÓRICO DAS ORDENAÇÕES**

Importadas diretamente de Portugal e aplicadas no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916 (no que toca a atuação civil trazida pelas Ordenações Filipinas), tais normas lusitanas eram abarcadas por um contexto de forte intervencionismo estatal que tinha por base o catolicismo, marco essencial para a compreensão das construções a partir de então estruturadas.

Em uma conjuntura de forte influência dos direitos canônico e romano (base de todo o direito daquela época), surgem as Ordenações Manuelinas, em 1512, unindo as leis extravagantes promulgadas e as anteriores Ordenações Afonsinas, marcando, assim, o ordenamento jurídico português daquele século – visto que permanecem em vigor até o ano de 1603 (uma Lei que dura cerca de noventa anos). Dentro disso, historicamente observam-se acontecimentos como o Concílio de Trento (marco assaz do contexto da época e de fundamental importância para o fenômeno de Contrarreforma da Igreja Católica) em 1546 e o Código Sebastião, em 1569, vigorando este simultaneamente à referida Carta. Divididas em cinco livros (dentre os quais se analisam aqui as Partes IV e V, referentes, respectivamente, à fazenda real e aos delitos, atos ilícitos e contravenções), as leis promulgadas são escritas em estilo de decreto e refletem a realidade social da época – marcada esta, a partir de uma perspectiva feminina, por uma moral cristã que evidencia uma poderosa violência simbólica e não se limita às relações particulares, estando presente no ordenamento jurídico e deixando clara a dicotomia existente entre os tipos de mulher admitidos pelo Estado Absolutista: a “mulher do lar” (que tem seus direitos garantidos pela matéria civil do Livro IV) e a mulher que não se limita a esse modelo (apenada pelas sanções trazidas pela matéria penal do Livro V).

Algumas décadas depois, no ano de 1595, surge a necessidade de um novo compilado de normas, promulgando-se assim as Ordenações Filipinas, que iriam entrar em vigor apenas no ano de 1603. Marcadas pelos acontecimentos dos anos anteriores e inseridas em um contexto de União Ibérica, vê-se aqui a elevação do direito dos reinos (construído desde o tempo das já extintas Ordenações Afonsinas) a uma posição superior ao direito romano (base de todo o ordenamento jurídico). Em um contexto histórico-social já bastante diferente do que envolvia o Código anterior, as novas leis retratam fielmente a centralização política e administrativa na figura do rei. O que vale ressaltar, no entanto, é que assim como todas as grandes revoluções e acontecimentos da história da humanidade, tais mudanças de realidade que dividiam um século e outro – fortes o bastante para exigir a criação de um novo ordenamento jurídico – só se observam a partir de questões que afetam unicamente a “humanidade dos homens”: entre os aproximadamente cem anos diferença entre as Leis altera-se muita coisa, mas no tocante ao direito das mulheres a realidade é a mesma. Dessa forma, ao examinar e comparar a matéria dos Códigos aqui trazidos, percebe-se que as normas referentes à realidade feminina permanecem inalteradas, evidenciando assim que, em um ordenamento comandado por homens, nem em um século de História observamos as conquistas do sexo oposto.

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HISTÓRIA DO DIREITO

A partir da compreensão de que o ordenamento jurídico é resultado das relações sociais e faz parte da dinâmica dos processos históricos, somos capazes de entender a importância dos valores culturais dentro da Lei, funcionando esta como um instrumento de poder. Dessa forma, como pontua Hespanha:

Assim, o direito pode ser compreendido como uma forma de regulamentação da vida indissociável da realidade social que pretende normatizar, combinando-se com outros sistemas valorativos, como a religião, a moral, a economia e a política, sendo, portanto, impossível a descontextualização da regra jurídica da realidade social da qual faz parte (Cf. HESPANHA, 2011 *apud* SANTOS, 2011, p. 2).

Por conseguinte, trazendo tais considerações para a análise aqui proposta, faz-se necessário o estudo das então examinadas Ordenações levando em conta tais fatores histórico-sociais, indissociáveis de tais textos legais produzidos no século XVI. Na esteira desse pensamento, é válida, ainda, uma analogia em relação à famosa “História da Ideias” de Quentin Skinner: assim como trazia o autor em relação aos textos clássicos, é necessário adotar uma perspectiva de crítica ao objeto de estudo em questão tendo por base que este foi produzido inserido em outro contexto que não esse que vivemos hoje, entendendo as questões jurídicas a partir das demandas envolvidas por estas.

Isto não quer dizer, no entanto, que a análise crítica aqui proposta não seja plausível. Pelo contrário, o objetivo colocado em questão diz respeito a uma observação sensível da Lei de séculos atrás buscando justamente as raízes para as conformidades ainda existentes entre a violência de gênero sofrida na época e a realidade observada até hoje, intencionando a compreensão de que, dada a instrumentalização da norma como forma de perpetuar os valores por ela envolvidos, inicia-se desde então a estruturação de imaginários sociais que até hoje determinam o acesso aos direitos e garantias femininas.

### “OS MODOS DE OPERAÇÃO DE IDEOLOGIA” DE J. THOMPSON

A ideologia é mecanismo fundamental para a construção das relações de poder e estrutura dorsal da sustentação de formas de opressão dentro da sociedade. Definida por John B. Thompson (THOMPSON, 2011, p. 58) como “um sistema de representações que servem para sustentar relações existentes de dominação de classes através da orientação das pessoas para o passado em vez de para o futuro, ou para imagens e ideais que escondem as relações de classe e desviam da busca coletiva de mudança social”, demonstra-se manipulada por grupos históricos e socialmente majoritários e perpetuada através de mecanismos que, a exemplo do discurso, desempenham uma violência simbólica contra aqueles que, assim como as mulheres, a todo tempo se veem ameaçados.

Dessa forma, compreendendo o papel crucial que certas concepções desenvolvem dentro do aparato social e a importância que o discurso, como ato simbólico, possui nesse processo de perpetuação de valores, torna-se necessária uma constante análise das ferramentas utilizadas para tanto. Sendo assim, entendendo o direito e o ordenamento jurídico como produtos da sociedade e dos valores culturais, torna-se crucial o exame dos textos legais, configurados como efetivos mecanismos ideológicos. Na esteira desse pensamento, a fim de investigar as relações de opressão contra a mulher nos aparatos social e legal, propõe-se aqui a averiguação das Ordenações Manuelinas e Filipinas – primeiras leis positivadas a terem vigência no Brasil e, por isso, marco inicial do direito no país – a partir das concepções de ideologia de Thompson.

Assim, a fim de identificar, com base na Análise Crítica do Discurso Jurídico, os componentes ideológicos presentes no Direito, aplica-se uma investigação com base nos “Modos de Operação de Ideologia” desenvolvidos pelo autor aqui trazido. São estes, de forma geral: a “legitimação”, a “dissimulação”, a “unificação”, a “fragmentação” e a “reificação”, subdividindo-se, ainda, em outras estratégias típicas de construção simbólica, como exemplificaremos a diante.

Do estabelecimento das relações de dominação no complexo social, parte a estruturação de uma *legitimação* dessas, ou seja, da ideia de que são dignas e justas. Isso significa, dentro do discurso, entender que certas formas de violência decorrem de um estado legítimo das coisas, e não de construções sociais historicamente amarradas (como é o caso). Dentro desse modo de operação de ideologia, destaca-se aqui a *racionalização*, caracterizada como uma estratégia de construção de uma cadeia de raciocínio que tem por finalidade defender tais relações de opressão, colocando à tona, ainda, o papel das instituições sociais nesse processo.

Outra estratégia trazida na presente análise é, também, a *dissimulação*, baseada na ocultação dessas relações de dominação e poder construídas. A partir disso, são estabelecidas diferentes maneiras de possibilitar tal “silenciamento”, dentre as quais se traz a *eufemização*, baseada na valoração positiva de ações e instituições a fim de abafar a real opressão que essas colocam em prática.

Um diferente *modus operandi* colocado aqui é, ainda, a *fragmentação*, fundamentada na segmentação de indivíduos e grupos que possam se tornar um desafio real aos grupos dominantes (THOMPSON, 2011, p. 87). Dessa forma, minorias sociais (como, por exemplo, as mulheres), são retratadas como ameaçadoras a partir do momento em que se retira o caráter de coletividade existente dentro do aparato social. Construída essa ideia, surgem estratégias como a *diferenciação* – ou seja, a ênfase nas distinções entre esses grupos, “apoiando as características que os desunem e os impedem de constituir um desafio efetivo as relações existentes, ou um participante efetivo no exercício do poder”, como pontua Thompson – e o *expurgo do outro* – caracterizado pela criação de um inimigo, uma classe que deve ser perseguida, dentro dessa aglomeração.

Por fim, coloca-se à tona a *reificação*, definida por Thompson como um modo de operação de ideologia que traz o estabelecimento de situações transitórias e, principalmente, históricas, como se fossem não apenas permanentes, mas, acima de tudo, genuínas. Duas pertinentes maneiras de possibilitar tal colocação são a *naturalização* – retratando como inevitável uma situação que, na realidade, é historicamente sedimentada e amarrada; exemplo disso, como traz o próprio autor, é a divisão de trabalho entre homens e mulheres, como pontuaremos mais à frente – e a *passivação* – colocando-se os verbos da oração na voz passiva e determinando assim quem é agente e quem é objeto.

## **DO DIREITO CIVIL NOS TEXTOS LEGAIS: LIVRO IV DAS ORDENAÇÕES MANUELINAS E FILIPINAS**

Em matéria de Direito Civil, reserva-se ao Livro IV de ambas as Ordenações examinadas as questões referentes a esse. Dentro de tais questões destacam-se, na perspectiva feminina, as relacionadas ao Direito de Família e à temática do lar – o que por si só já se faz um importante indicador da conjuntura que envolve essas normas: aqui são defendidas as garantias da mulher “Maria” dentro da dicotomia criada; a mulher esposa, mãe e filha, enquadrada aos padrões impostos e por isso merecedora da proteção do Estado.

Dentro de tais livros, fica evidente a divisão de papéis entre o homem – cabeça da família – e da mulher – cuidadora do lar e reservada a este. São oitenta e dois títulos dispostos no Livro IV das Ordenações Manuelinas e cento e sete nas Ordenações Filipinas, repetindo-se alguns como,

por exemplo, os que dispõem sobre a herança dos filhos e os bens do casal. Aqui se defende, sobretudo, a instituição matrimonial e a família, sob as regras da moral cristã. Dentre tais normas, algumas se mostram salutar para o entendimento dos valores desde então cultivados e até hoje perpetuados, as quais serão destrinchadas logo a seguir.

De início, coloca-se em destaque o exposto pelo título VII das Ordenações Manuelinas, *Como a mulher fica em posse e cabeça de casal por morte de seu marido* – semelhante ao título XCV das Ordenações Filipinas, de mesma grafia –, na medida em que dispõe que:

(...) pois tanto que o casamento é consumada por copula, a mulher é feita meeira em todos os bens que hão ambos, e o marido por morte da mulher continua a posse velha, que antes tinha, justa razão parece ser, que por morte do marido fosse provido a ela de algum remédio acerca da dita posse, convém a saber, que ficasse em posse e cabeça de casal (Ordenações Manuelinas, Livro 4, Título VII, p. 24. Grifo nosso).

Existe aqui, por meio de uma construção pautada na *legitimação* de uma relação de dominação entre esposo e esposa – visto que o homem é considerado naturalmente a cabeça do casal, cabendo à mulher esse papel unicamente como forma de remédio advinda da morte de seu marido –, uma *racionalização*, dada por meio da construção de uma cadeia de raciocínio pautada na defesa dos valores consolidados por meio de tal opressão matrimonial.

Outro aspecto importante a ser analisado é ainda, o trazido pelo título X das Ordenações Manuelinas e reafirmado pelo título CVII das Ordenações Filipinas, tratando *Das viúvas que emaelheam, e desbaratam seus bens como não devem*. É importante perceber aqui a criação de um cenário em que o Estado “protege” essa mulher e seus herdeiros, partindo do pressuposto que ela é naturalmente incapaz de ser independente e de tomar conta dos bens que agora possui. Nesse aspecto, surge novamente a figura da *racionalização* e da *legitimação*, visto que a referida lei assume uma consequência lógica de que mulheres viúvas seriam pródigas, o que não acontece em relação ao homem, uma vez que, dentro do raciocínio criado, a mulher possuiria relativa fraqueza do entender (OLIVEIRA; BASTOS, 2017, p. 247). Assim, faz-se uso das instituições estatais para legitimar as premissas de inferioridade do sexo feminino, o chamado *favor sexus* que mais a frente será abordado. Em relação à letra da lei, *in verbis*:

Porquanto algumas mulheres depois da morte de seus maridos desbaratam o que tem, per maneira que elas ficam depois pobres e minguadas, e os que devem suceder seus bens ficam danificados, e porque a Nós pertence prover, que nenhum não use mal daquilo que tem, querendo suprir a mingua das mulheres, e prover a seus sucessores, mandamos que se for provador que elas maliciosamente ou sem razão desbaratam, ou emaelham seus bens, as Justiças dos Lugares, onde as ditas mulheres os bens tiverem, os tomem todos, e os entreguem a quem deles tenha carreguo, até verem Nosso Mandado, e a elas façam dar seu mantimento, segundo as pessoas forem, e os encarreguos que tiverem, e façam-no saber a Nós, para Mandarmos prover esses bens de maneira, que aqueles que os houverem de herdar não recebam dano (Ordenações Manuelinas, Livro 4, Título X, p. 32. Grifo nosso).

Outra questão relevante é, ainda, o título XII – item LXI das Ordenações Filipinas – que trata *Do benefício do Valeiano outorgado às mulheres que fiam outrem, ou se obrigam por ele*. Dispõe este, por sua vez:

Por direito é ordenado e determinado, havendo respeito à fraqueza do entender das mulheres, que não pudessem fiar, nem obrigar-se por outra pessoa alguma, e em caso que o fizessem, fossem relevadas de tal obrigação, por um remédio chamado em direito Valeiano, o qual foi especialmente introduzido em seu favor, por não serem danificadas, obrigando-se pelos feitos alheios, que a elas não pertencessem; e pelo que ello assim geralmente fosse estabelecido em todas as obrigações que por outrem fizessem, foram porém excetuados certos casos, em que fiando elas outrem, ou obrigando-se por ele, ainda que seja coisa que a elas não pertença, não gozaram do dito benefício de Veleiano,

os quais são eles que se seguem (Ordenações Manuelinas, Livro 4, Título XII, p. 34. Grifo nosso).

Existe aqui, novamente, a figura dos modos de operação de legitimação e racionalização, criando uma cadeia de raciocínio também pautada na legalmente afirmada incapacidade intelectual feminina, agora utilizada para conceder à mulher a prerrogativa de não ser obrigada a atuar como fiadora.

Dentro de tais observações, algumas questões essenciais devem ser levantadas: de início, o fato de a letra da lei permanecer a mesma quando se tratam de questões referentes ao sexo feminino – o mesmo acontece com o Direito Penal, como veremos adiante. Em segundo lugar, nota-se aqui a marca essencial que caracteriza a mulher dentro do Direito Civil português no século XVI: a inferioridade e a submissão ante a seu a marido, as quais garantem a ela falsas prerrogativas e vantagens construídas sobre a errônea premissa de que estaria sendo protegida pelo ordenamento jurídico.

## **DO DIREITO PENAL NOS TEXTOS LEGAIS: LIVRO V DAS ORDENAÇÕES MANUELINAS E FILIPINAS**

Analogamente a como acontece nas questões referentes ao Direito Civil, em ambas as Cartas examinadas se reservam ao Livro V as normas da temática dos crimes. Dentre estas, compilam-se todos os tipos de sanções, estruturas processuais e formas de organização jurídica, as quais se tratam ou não da figura feminina.

De início, é necessário tecer algumas observações cruciais para o estudo das leis aqui examinadas. Primeiramente, a questão da sexualidade: dos cento e treze títulos do Livro V das Ordenações Manuelinas, vinte e três abordam, expressamente, questões de sexualidade (de homens e mulheres) e de gênero; anos mais tarde, nas Ordenações Filipinas, a proporção é de vinte e dois crimes referentes a tanto para os cento e quarenta e três títulos existentes. Tais dados indicam três características importantes para o que será destrinchado a seguir: a centralidade da sexualidade (advinda de uma moral cristã) dentro daquele ordenamento jurídico, o forte intervencionismo do Estado dentro das esferas individuais e, por fim, a construção das figuras do homem e da mulher dentro da Lei, ficando evidente – e legítima – a diferença de tratamento que cada um desses recebe pelo direito. Em segundo lugar, é importante deixar claro, ainda, que apesar da diferença entre as quantidades de normas organizadas em cada um destes livros, existe (como já citado anteriormente) uma conformidade entre as questões de gênero: as sanções são exatamente as mesmas (com uma única exceção: o Título XXI das Ordenações Filipinas, “Dos que dormem com mulheres órfãs, ou menores, que estão a seu cargo”, existente apenas neste livro) a letra da lei permanece quase que intacta de um ordenamento para o outro – mostrando, assim, como as conquistas femininas estão dentro de uma história à parte daquela que narra os avanços da “humanidade”.

Dessa forma, baseando-se na metodologia de J. Thompson, analisam-se os crimes dispostos no Livro V das referidas Ordenações (Manuelinas e Filipinas) a partir da perspectiva dos “Modos de Operação de Ideologia” descritos pelo autor, a fim de trazer à tona o início das desigualdades de gênero até hoje perpetuados pelo direito penal brasileiro. Expõe-se, então, alguns dos itens mais salutarés desses textos legais, que se sobressaem mediante tal análise e tornam-se cruciais para o entendimento de pontos essenciais na Lei e nas instituições brasileiras até hoje.

Dentro dos examinados textos legais, surgem alguns destaques à temática aqui levantada. De início, o título XIII das Ordenações Manuelinas, *Dos que dormem com suas parentas, e afins, e cunhadas* – semelhante ao título XVII das Ordenações Filipinas, *Dos que dormem com suas*

*parentas, e afins* –, mostra-se importante a partir do momento que se entende que, nessa situação, a mulher é objeto e não sujeito: é o homem, sujeito ativo da ação, que dorme com ela; como vemos em trechos como “(...) mandamos que o irmão que dormir com sua irmã, morram ambos morte natural”, “E todo homem que dormir com sua tia, irmã de seu pai, ou de sua mãe, ou com sua prima (...)”, “e o que dormir com sua nora ou madrasta (...)”; Cf. Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XIII, p. 50 (grifo nosso). Reflete-se aqui, dentro da perspectiva de Thompson, uma *reificação* (visto que existe a retratação de uma situação histórica como algo natural, que parte da essência feminina, e não de uma construção social) por meio de uma *passivação* dos verbos.

Logo em seguida, no título XIV, *Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade* – idêntico ao título XVIII das Ordenações Filipinas –, surge uma nova aplicação dos modos de operação aqui analisados: a *fragmentação*, que se dá pela segmentação dos grupos sociais e se evidencia por meio da *diferenciação* (ênfase em tais distinções) e do *expurgo do outro* (a criação de um inimigo, tema central dos estudos da Criminologia, como mais a frente será pontuado) a partir de trechos como “Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja escrava, morra por ello”, “Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com escrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado” e “E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos, ou prometimentos...”; Cf. Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XIV, p. 52 (grifo nosso). Evidencia-se então, por meio da análise do discurso, a legitimação, dentro da lei, da dicotomia entre “Marias” e “Evas”, mostrando a existência de diferentes níveis de violência simbólica sofrida pelas mulheres – ou seja, a depender da etnia e da classe social, os graus de opressão são diferentes. Tal circunstância se perpetua na História de tal forma que, até séculos depois, dentro do próprio movimento feminista, as questões as interseccionalidade serão, ainda, uma problemática.

Já no título XVI, *Do que matou sua mulher pola achar em adultério* – de mesma letra que o título XXXVIII das Ordenações Filipinas –, temos não apenas o emprego de dois modos de operação de ideologia (são estes: a *legitimação* das relações de opressão – possibilitada por uma *racionalização* que se dá a partir da construção de uma cadeia de raciocínio – e a *reificação*, já citada anteriormente, que se dá a partir da *naturalização* do processo), mas também uma das questões mais complexas dos direitos femininos à liberdade, à sexualidade e à vida: o feminicídio, hoje considerado crime no Brasil, mas até pouco tempo legitimado por lei e justificado pelo “direito à honra” do marido (que, nesse contexto, é superior ao próprio direito da esposa/companheira de estar viva). Dessa forma, traz a letra da lei:

E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero, que achar com ela em adultério, mas ainda os pode licitamente matar, sendo certo que lhe cometerão adultério; e entendendo assim provar, e provando depois o adultério per prova lícita e bastante conforme a Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito é (Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XVI, p. 59. Grifo nosso).

Nesse contexto, fica evidente uma naturalização que parte de construções sociais tidas como próprias da natureza do homem e da mulher (principalmente se levamos em conta a defesa da honra masculina, da própria essência que se entendia fazer parte desse indivíduo), legitimada pelo instrumento estatal sob a justificativa de um cenário que é criado no intuito não só de reafirmar o direito do homem traído de matar sua esposa (sua posse) quando assim o for, mas também de, tendo certeza que assim o será, também ter a prerrogativa legal para tanto. Inicia-se, a partir daí, não apenas uma tradição jurídica de opressão dentro do matrimônio, mas também



uma tradição social que se enraíza dentro de valores que até hoje naturalizam formas de violência física (como traz a referida lei) e simbólica, de constante ataque às garantias fundamentais da mulher.

Mais adiante, nos títulos XVIII, *Do que casa, ou dorme com parenta, ou criada, ou escrava branca d'aquela com que vive* – item XXIV das Ordenações Filipinas –, e XX, *Do Oficial do Rei que dorme com mulher que perante ele requer* – título XX das Ordenações Filipinas –, temos novamente as figuras da *legitimação*, com a *racionalização* – deixando clara a forte influência da religião da Lei –, e da *reificação*, possibilitada pela *passivação* da figura da mulher na construção social, objetificando-a e deixando-na a mercê de um homem. Tais modos de operação, vale ressaltar, mantêm-se constantes nos textos legais examinados, notabilizando características importantes do aparato social em questão. Assim, *in verbis*:

Todo o homem, que com outrem viver, quer por soldada, quer a bem fazer, e com a filha, mãe, irmã, tia, parenta, ou afim, dentro no quarto grau contado segundo Direito Canônico, daquele, ou daquela, com quem viver, quer seja das portas a dentro, quer fora de casa, casar sem licença de seu senhor, ou senhora, com quem viver, ou dormir com cada huma das sobreditas (...) (Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XVIII, p. 65. Grifo nosso).

Todo o Desembargador, ou Oficial de Justiça, e outro algum nosso Oficial, assim da Côrte, como de nossos Reinos, Advogado, Procurador, Escrivão, Porteiro, Meirinho, que dormir com mulher que demanda, ou desembargo requeira perante ele, se for leigo, perca o Ofício e mais seja degradado para África por um ano.

E se for Clérigo, perca todo o que de Nós tiver, e mais o Ofício.

E por esta Lei não tolhemos as outras penas, que per Direito mais merecer, sendo a mulher, com que assim dormir, casada, ou de outra alguma qualidade, por que deva em outra maneira ser punido (Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XX, p. 69. Grifo nosso).

Por fim, coloca-se aqui, ainda, a importância do trazido pelo título XXIII, *Do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa d'outrem para com cada uma delas dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher, que anda no Paço* – similar ao item XVI das Ordenações Filipinas, *Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda* – no que diz respeito à dicotomia criada pela religião a partir de questões morais da sexualidade, dividindo as mulheres em grupos de forma que, até os dias atuais, tal problemática se faz tão presente. Assim, colocando em questão novamente a separação das “Marias” e das “Evas”, temos aqui mais uma vez a *fragmentação* e a *diferenciação*, legitimando a proteção jurídica daquela mulher que se adequa aos padrões culturais da época; a mulher passiva, inocente, imaculada. Soma-se a isso, ainda, a *reificação* (pela *passivação* da figura feminina) e a *dissimulação* (trazida por uma *eufemização* que dá caráter positivo ao processo), como se observa em:

Porém se a pessoa, que pelo sobredito modo entrar na dita casa, quiser casar com aquela pessoa com que assim entrava a dormir, e ela isso mesmo quiser, e o morador da casa a quem a tal ofensa for feita, onde assim entrou, nisso consentir, e lhe perdoar, será relevado das ditas penas acima conteudas. (Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XXIII, p. 72. Grifo nosso).

E se a pessoa, que pelo sobredito modo entrar na dita casa quiser casar com a mulher, com que assim entrava a dormir, e ela também quiser, e o morador da casa, a quem a tal ofensa for feita, onde entrou, nisso consentir, e lhe perdoar, será relevado das ditas penas. (Ordenações Filipinas, Vol. 5, Título XVI, p. 1165. Grifo nosso).

## **FAVOR SEXUS**

Essencial para a compreensão da problemática aqui exposta, o chamado *favor sexus* pode ser definido como o princípio de atenuação das penas que definiu a situação jurídica da mulher não apenas nos séculos que envolvem as normas analisadas, mas também nos subsequentes. De fundamentos contraditórios e sem grandes preocupações em justificar a “diferença” ou a própria questão da inferioridade feminina (ALVES, 2012, p. 18), os textos doutrinários e legais da época baseiam-se em questões explicadas por termos como *imbecillitas sexus*, *infirmatas consilli* e *animi levitas*, definindo o entendimento do direito e das garantias femininas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas de forma que a mulher, por ser considerada física e psicologicamente inferior, é retratada como incapaz de suportar as mesmas sanções impostas aos homens, necessitando assim de uma proteção jurídica. Dentro desse espectro, um ponto importante observado nos estudos de tais Ordenações é o de que às mulheres só se reservam penas referentes aos crimes específicos a essas – ou seja, em delitos comuns (aqueles que não serão aqui analisados) vê-se que, dentro das hierarquizações e dos tratamentos diferenciados aos agentes (autênticos no ordenamento dessa época e analisados mais tarde pela Criminologia), a construção do inimigo do Direito Penal é a de um homem, excluindo-se a figura feminina da possibilidade de delinquência.

Na esteira desse pensamento, ficam evidentes os imaginários de gênero desde então estruturados na Lei e até hoje observados nos instrumentos estatais, ainda que aos poucos tal parcialidade do Direito Penal venha gradualmente diminuindo com os ideais de igualdade cada vez mais desenvolvidos (objeto de estudo de uma Criminologia Feminista que começa a se desenvolver nas últimas décadas do século XX). Tal perspectiva, característica de um Antigo Regime que legitimamente diferencia “amigos” e “inimigos” do Estado e se baseia em uma dicotomia pautada na moral e na sexualidade essencialmente cristã, divide assim as mulheres em duas espécies: as Marias – inocentes, imaculadas e desprovidas de qualquer maldade que as caracterizaria como um tipo delinquente, assim como a Maria, mãe de Jesus, dentro da fé católica – e as Evas – aquelas que não se enquadram no modelo de mulher do lar, submissa, e que assim como Eva, tida como a criadora do pecado inicial dentro da cultura cristã, mereceriam ser punidas por tal desvio.

No que toca a matéria das normas examinadas, os referidos ideais – até hoje perpetuados pelas instituições jurídicas e pelos imaginários sociais – mostram-se salutares para a compreensão de questões referentes não apenas ao Direito Penal (positivado no Livro V de ambas as ordenações) e às questões da Criminologia, mas também a aspectos do Direito Civil que mostram, por vezes, a maior proteção daquela mulher reservada ao lar, a boa mãe e boa esposa, que se adequa ao esperado pela sociedade e reconhece sua suposta inferioridade ante a seu marido, como mandavam os valores machistas da época. Assim, em matéria de Direito de Família, de questões de herança, e até de aspectos obrigacionais como, por exemplo, a prisão por dívida (sanção referente a uma norma civil), observa-se uma intervenção estatal em favor do sexo feminino, tido como mais frágil; por outro lado, em matéria de questões penais, advindas sobretudo da sexualidade, como por exemplo a traição – em que aí não existe mais a figura da mulher “Maria” (frágil e submissa) – o efeito é justamente o contrário: a desproteção total por parte da Lei, visto que nesse momento aquela mulher – que antes era responsabilidade de seu pai e com o matrimônio passa a ser objeto de seu marido – deixa de estar subjugada a um homem, passando a ser sujeita de si mesma no momento em que não submete à opressão masculina.

Consequentemente, vale pontuar, de tais ideais – muito bem amarrados e estruturados nos valores da sociedade – remanescem estudos, séculos mais tarde, que intencionalmente

reafirmam tais premissas no que toca a natureza do sexo feminino. Assim, como muito bem ressalta Rachel Soihet (SOIHET, 2003, p. 376) acerca da Criminologia científica:

Por outro lado, aquelas características femininas, das quais ressalta a menor inteligência e sensibilidade sexual, levaram Cesare Lombroso, médico italiano e nome conceituado da criminologia em fins do século XIX, a justificar que as leis contra o adultério só atingiam a mulher cuja natureza não a predispunha para esse tipo de transgressão. Aquelas dotadas de erotismo intenso e forte inteligência eram despidas do sentimento de maternidade – característica inata à mulher normal – e extremamente perigosas. Essas mulheres constituíam-se nas criminosas natas, nas prostitutas e nas loucas que deveriam ser afastadas do convívio social (LOMBROSO; FERRERO, 1896).

E, ainda, Irene Pina Rodríguez:

En resumen, las criminales féminas eran más masculinas que femeninas, y llegaban a comportarse y pensar como hombres. Por lo tanto, la delincuencia sólo podía relacionarse con rasgos propios de hombres. Las mujeres delincuentes eran seres anormales, pasivos psicológicamente, que actuaban fría y calculadamente. En definitiva, eran consideradas como un “monstruo”, definidas así por Lombroso y Ferrero (RODRIGUÉZ, 2016, p. 3).

Exemplifica-se, dessa forma, um importante aspecto, dentre os vários, que marcavam o ordenamento jurídico analisado e permaneceram perpetuando-se ao longo da História, sedimentando as questões de desigualdade de gênero no aparato da Lei, como analisa-se aqui.

## **AS DIFERENTES FORMAS DE OPRESSÃO CONTRA OS DIFERENTES TIPOS DE MULHER**

Outro ponto relevante é, ainda, a existência de diferentes níveis de violência simbólica sofrida pelas diferentes classificações de mulher dentro das leis em análise. Dessa forma, fica evidente que perpassam pelas relações de gênero também as questões de classe social e etnia, de modo que a opressão sofrida pela mulher negra e pelas prostitutas nas normas examinadas é legitimada ao ponto que a estas não é garantido tipo nenhum direito. Fica claro, mais uma vez, o papel central que os valores religiosos dispõem dentro de tal conjectura: eurocentrismo católico e moral cristã lado a lado como fontes de diferenciação.

Consequentemente, é evidente que um sistema jurídico que nasce de leis que, a exemplo do título XIV das Ordenações Manuelinas (XVIII nas Ordenações Filipinas) no tocante à violência sexual dessas mulheres, excluem da justiça tais grupos qualitativamente minoritários na sociedade deixaria marcas até hoje determinantes para aquelas socialmente invisíveis. Séculos depois, já em uma conjuntura social que garante, constitucionalmente, a igualdade de todas e todos perante a lei, a vulnerabilidade permanece.

Assim, nascem desse contexto correntes como o feminismo interseccional, já na década de 1960, buscando entender as relações de dominação enraizadas desde muito antes das normas aqui colocadas, mas estruturadas institucionalmente a partir destas. Dessa forma, uma crítica deve ser feita: se quando falamos em conquistas e revoluções da humanidade estamos nos referindo a uma humanidade formada por homens, também devemos compreender que quando se fala em conquistas femininas quase sempre estamos falando de conquistas para aquelas que, desde sempre, seguem tendo mais acesso - ou seja, aquelas que fazem parte do topo da pirâmide social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir das considerações apresentadas, possibilitam-se conclusões que permeiam não só os textos jurídicos aqui analisados, mas o Direito e a sociedade brasileira como um todo, tratando-

se de questões referentes às garantias femininas ao longo do tempo. De início, é necessário pontuar que a metodologia utilizada, apesar de posterior às Ordenações analisadas, apresenta-se aplicável à medida que estão presentes em tais leis construções que denunciam o enraizar de uma ideologia machista. Dessa forma, o cerne da questão aqui apresentada se concentra em desmistificar a imparcialidade do ordenamento jurídico brasileiro que, a partir de uma perspectiva de desigualdade de gênero, começa a se estruturar por meio de textos legais que já dispõem de mecanismos de opressão ao sexo feminino.

Outra questão salutar é, ainda, a importância que se observa em relação aos mecanismos de opressão e violência simbólica. Perpetuados até hoje no ordenamento jurídico e, portanto, na realidade de mulheres brasileiras, estes são desde então arraigados não apenas na Lei, mas nos imaginários sociais. Dessa forma, analisou-se como o direito, produto dos valores do complexo social e agente de perpetuação destes, fez-se mister em tal processo de estruturação ideológica.

Por fim, uma observação válida – que dá, inclusive, abertura para posteriores estudos em relação à temática aqui trazida – é que, fazendo a relação necessária entre passado e presente, é possível compreender que os textos legais atuais, apesar de garantirem os direitos fundamentais que as Ordenações analisadas feriam diretamente, não apresentam eficácia do ponto de vista material, visto que estão inseridos em estruturas e instrumentos legais essencialmente patriarcais. Ou seja, apesar dos avanços em matéria de direito das mulheres (principalmente quando analisamos as garantias constitucionais do país), continuamos esbarrando em empecilhos que fazem parte da essência jurídica, institucional do Brasil; empecilhos que vêm sendo construídos desde 1512 e que justamente por isso são tão difíceis de se superar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sílvia. *Infirmas sexus, Animi Levitas*. Notas sobre a punição das mulheres na vigência das Ordenações Filipinas. Revista Duc In Altum - Caderno de Direito, vo. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

CRUZ, Vanessa Caroline da. **Representações sobre a honra e a sexualidade feminina no Livro V das Ordenações Filipinas: o estatuto jurídico da mulher no Direito português do período colonial**. XI Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas - SEPECH, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. **A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro**. Revista Jurídica Cesumar, jan./abr. 2017, v. 17, n. 1, p. 235-262.

**ORDENAÇÕES FILIPINAS**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

**ORDENAÇÕES MANUELINAS**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

RODRIGUÉZ, Irene Pina. **Criminología Feminista**. Disponível em: <<http://crimina.es/crimipedia/topics/criminologia-feminista/>> Acesso em: 17 de nov. 2019.

SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini. **Relações de gênero no livro V das Ordenações Manuelinas (Portugal - Século XVI)**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, julho 2011.

SOIHET, Rachel. Formas de Violência, Relações de Gênero e Feminismo. In: PISCITELLI, Adriana; MELO, Hidelte Pereira de; MALUF, Sônia Weidner; PUGA, Vera Lucia. **Olhares Feministas**. Brasília: Ministério da Educação, 2007. p. 369-393.

THOMPSON, J. **Ideologia e cultura moderna**. Teoria social e crítica na era dos meios de comunicação de massa. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

# A RECONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA NARRATIVA DO ABUSO DE PODER ATRAVÉS DO CINEMA: O TESTEMUNHO DO FILME *O FILHO DE SAUL*

Mara Regina de Oliveira

Doutora em Filosofia do Direito (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (USP).

## INTRODUÇÃO

*"Quando se faz este trabalho, ou a gente fica louco, ou a gente se acostuma"*  
Primo Levi

Em alusão ao instigante pensamento de Giorgio Agamben, lembramos da figura do direito arcaico romano, o chamado *homo sacer*. Ao ser proclamada *sacer*, a pessoa era excluída do direito e da política, vindo a ocupar uma espécie de vazio jurídico. Nestes termos, ela não poderia ser legalmente morta (sacrificada), da mesma forma que ninguém poderia praticar um ato ilícito por tirar a sua vida. O *homo sacer* é a caracterização da vida nua, que é *matável*, por sempre estar fora do mundo jurídico-político, que não se restringe ao mundo romano. Na visão do filósofo, tanto o *homo sacer* como o soberano estariam fora do direito e acima do direito, respectivamente. E ambos sempre estiveram presentes na base do direito ocidental, nas entranhas de poder mais profundas, que ele chama de estado de exceção permanente, que não findou com o término da segunda guerra mundial.

Nesta perspectiva, observamos que um dos episódios históricos mais contundentes, onde esta relação abusiva de poder tornou-se explícita, foi nos macabros campos de extermínios nazistas, da segunda guerra mundial. Neste artigo, objetivamos fazer a reconstrução narrativa desta realidade a partir da associação do pensamento de Agamben e do premiado filme húngaro *O Filho de Saul* (*Saul Fia*, Laszlo Nemes, 2015), que reconstrói a memória narrativa de Auschwitz-Birkenau. Nesta leitura interdisciplinar, assumimos que a película pode ser interpretada como um poderosa reconstrução imagética da memória narrativa desta relação abusiva de poder, justamente por abordar uma das situações morais mais complexas, a saber, aquela ligada aos membros dos *sonderkommandos*, que habitavam um zona cinzenta sendo, ao mesmo tempo, vítimas e algozes do regime nazista, habitando uma zona de irresponsabilidade moral.

Neste sentido, a película funciona como um testemunho que nos introduz no perturbador universo sensorial do campo de extermínio de Auschwitz, nas contradições morais dos prisioneiros-algozes de seus próprios pares. Todavia, o mais importante é ver que o filme não se resume a expor, descritivamente, elementos histórico-filosóficos presentes no pensamento de Agamben sobre o tema, mas também evidencia situações de ressurgimento do humano e da espiritualidade, que impulsionam a vontade de viver e de desafiar o regime nazista e a dinâmica do horror total instaurada.

O ponto central do filme é mostrar como Saul supera a sua condição de alguém do humano, quando vive a situação limite de ter viabilizado, como funcionário, a morte de um menino que acredita ser seu próprio filho. Toda a luta desesperada para livrar o corpo do rapaz de uma cremação pagã, e enterrá-lo de acordo com os ritos judaicos, significa a volta à condição humana perdida pelo estado de exceção. Antes de entrarmos na análise específica do filme, faremos uma breve reflexão sobre a importância do cinema para a compreensão da filosofia do direito e algumas ideias de Agamben sobre a situação limite vivida nos campos de extermínio.

## PENSANDO A FILOSOFIA DO DIREITO ATRAVÉS DA LINGUAGEM DO CINEMA

Em alusão ao filósofo Julio Cabrera, para que possamos compreender um problema filosófico, não basta entendê-lo, racionalmente, como conceito teórico/semântico. Temos de vivê-lo, senti-lo, ser afetados por ele, como uma experiência emocional, não empírica, que aguce a nossa sensibilidade cognitiva, próxima de uma dimensão que poderíamos chamar de pragmático-impactante, a qual deve produzir algum tipo de transformação cognitiva. (CABRERA, 2006, p. 15 E 16).

Algumas questões humanas não podem apenas ser ditas e articuladas logicamente, devem ser apresentadas, sensivelmente, por meio de uma compreensão logopática, racional e afetiva. (CABRERA, 2006, p. 19).

Para que a linguagem cinematográfica seja captada, como discurso filosófico, é necessário que percebamos que ela se constrói a partir dos chamados conceitos-imagem, que não se confundem com os chamados conceitos-ideia, trabalhados na filosofia escrita. No pensamento de Cabrera, eles não têm um caráter essencialista e definitivo, mas heurístico e crítico. Eles caracterizam uma experiência que se tem para que possamos entender e trabalhar este conceito, na forma de um fazer coisas com imagens.

O cinema, nesta perspectiva, não é puro entretenimento comercial, mas uma forma de produção artística contemporânea, que engloba todas as demais de maneira única. Articula, para produzir significado, várias linguagens artísticas como a música, a fotografia, o teatro, a literatura, a dança e outras mais. A percepção da imagem produz o chamado *efeito do real*, adquirindo alto poder de penetração mental, viabilizando a reflexão crítica de temas, de forma completa. Ele une reflexão racional com a manifestação emocional do *sentir* o tema, favorecendo o que chamamos de interdisciplinaridade existencial e a humanização do indivíduo.

A nossa proposta de estudo leva em conta a necessidade de aproximação dialógica e integrada entre filmes e textos teóricos, com a seleção prévia de temas a serem destacados. O cinema e as artes em geral são poderosos instrumentos de crítica social e expansão da capacidade de pensamento, não de sua banalização. O filósofo e o artista têm algo em comum: são questionadores natos de todo e qualquer sistema de controle social ou existencial. Sabemos que o estudo dogmático jurídico se compõe de uma estratégia persuasiva e tecnológica de aceitação acrítica da validade das normas postas, visando a sua aplicação prática, na decisão de conflitos.

Todavia, esta artificialidade não pode ser confundida com a efetiva exclusão da realidade e com o desprestígio das teorias que estudam o direito com o viés mais crítico e real. Ao contrário, sabemos que um competente raciocínio dogmático, com efetivo poder de persuasão, visando viabilizar a tomada de decisões, tem por base cognitiva a boa formação crítica das chamadas teorias zetéticas filosóficas. Por outro lado, o estudo da linguagem fílmica incentiva a interpretação da vivência social, também calcada na imagem, e não apenas na palavra escrita. Esta capacidade de interpretação imagética alargada é extremamente importante para aquele que atua ou vai atuar em ambientes jurídicos em que predomina a interação pragmática de audiências e julgamentos e o uso da retórica persuasiva, que se vale de dissimulações e manipulações de sentido. Em virtude da miopia pedagógica, o estudante de direito é singularmente estimulado a interpretar textos, como se a imagem não fizesse parte de seu universo profissional futuro.

Somente o estudioso que tem um raciocínio alargado sobre o direito consegue fazer os recortes estratégicos necessários, no campo da interpretação dogmática. Aquele que conhece a linguagem jurídica, vista como imagem e palavra, do ponto de vista crítico, consegue manipulá-la e conformá-la em prol da captação da adesão do seu interlocutor. No mundo complexo pós-

moderno atual, vivenciamos problemas de legitimidade jurídico-política que, muitas vezes, evidenciam abusos de poder normativos, que desafiam a imperatividade das leis estatais.

Isto exige do estudioso e do futuro prático uma visão alargada e interdisciplinar dos estudos jurídicos, bem como um aumento de sua sensibilidade humana. Embora a atual divisão curricular das faculdades de direito favoreça, teoricamente, o equilíbrio entre disciplinas de cunho predominante zetético e dogmático jurídico, na prática do ensino, ainda se observa uma falta de integração efetiva entre elas. No seio deste estudo interdisciplinar, ganha relevo o conhecimento jurídico-crítico relacionado ao universo artístico, neste caso, destacado pelo cinema. A linguagem do cinema pode ser trabalhada na perspectiva do incremento cultural do estudante ou do profissional do direito, como parte integrante da sua formação zetética primordial.

A escolha dos filmes, todavia, tem de ser muito adequada, pois deve permitir um aprofundamento cognitivo relevante, não a banalização dos temas, com a afirmação simplificada de ideias maniqueístas. Edgar Morin afirma que, no século XX, fomos compelidos a assumir os limites do conhecimento, sem idealizações, já que a maior certeza percebida é a indestrutibilidade das incertezas. Neste sentido, o autor destaca a necessidade de fazermos a convergência de diversos ensinamentos, mobilizarmos diversas ciências e disciplinas para enfrentarmos as incertezas, revendo os axiomas da lógica clássica, bem como a racionalidade científica tradicional.

Neste sentido, ele destaca que o papel da educação não seria apenas o de transmitir informações e conhecimentos sempre mais numerosos aos alunos, mas viabilizar a transformação existencial do conhecimento adquirido em *sapiência*, que deve ser incorporado por toda a vida. Nesta linha de pensamento, ganha importância o contato com a cultura de humanidades, seja no campo da literatura, da poesia, do teatro ou mesmo do cinema, que o objeto de nossa reflexão específica. (MORIN, 2000, p. 48).

A importância cognitiva do contato com a cultura de humanidades está numa ampliação de nossa vida subjetiva, que permanece até certo ponto inacessível em nossa vida concreta. No romance ou no espetáculo cinematográfico, a magia do livro ou do filme faz-nos compreender o que não compreendemos na vida comum, onde percebemos os outros de forma exterior, ao passo que, na tela e nas páginas do livro, eles surgem com todas as dimensões, subjetivas e objetivas. O papel da educação seria o de figurar como escolas de compreensão humana, capazes de potencializar o nosso humanismo. Podemos compreender que não podemos reduzir um ser a uma parcela de si mesmo, como geralmente fazemos no cotidiano, onde somos quase indiferentes às misérias físicas e morais. Sentimos mais a comiseração, a piedade e a bondade, ao ler um romance ou ver um filme. (MORIN, 2000, p. 51).

Segundo Morin, o homem tem uma natureza ambígua, ele é, ao mesmo tempo, racional e irracional, assim, como seres humanos, temos o que ele chama de dialógico homo *sapiens-demens*. Por meio de normas jurídicas e da educação moral, a nossa potencial agressividade é contida, ao longo de nossa formação. Todavia, uma atitude abusiva ou uma humilhação sofrida despertam a nossa agressividade latente, o amor pode se transformar em ódio e romper controles. A linguagem imagética do cinema de arte tem o poder de penetração profunda em nossa consciência subjetiva, expondo, com maestria, esta composição dialógica, que foge a qualquer tratamento maniqueísta em torno do certo e errado. Ela produz pensamento crítico que expõe a complexidade e a zona cinzenta moral da realidade dos campos de extermínio, como vemos na análise do filme *O Filho de Saul*.

## A ZONA CINZENTA E A VIVÊNCIA DO HORROR DA SITUAÇÃO EXTREMA DO ABUSO DE PODER

Agamben destaca que a língua latina indica dois termos para representar a testemunha. A palavra *testis*, de que deriva o nosso termo testemunha, significa etimologicamente aquele que se põe como terceiro em um processo. Já a palavra *superstis*, representa aquela que dá o seu testemunho baseado em uma vivência efetiva no passado. (AGAMBEN, 2008, p.27).

O autor considera que um dos erros banais presentes no campo e fora dele é a confusão entre categorias éticas e categorias jurídicas. Quase todas as categorias de que nos servimos em matéria moral ou religiosa são de algum modo relacionadas com o direito: culpa, responsabilidade, inocência, julgamento, absolvição. Isso torna difícil usá-las sem precauções bem específicas. Defende a crítica ideia de que o direito não se define pelo estabelecimento da justiça. Nem e nem da verdade, já que almeja unicamente o julgamento ou o fim do processo. Nas palavras do autor, *“isso fica provado para além de toda dúvida pela força da coisa julgada, que diz respeito também a uma sentença injusta. A produção da res judicata - com a qual a sentença substitui o verdadeiro e o justo, vale como verdadeira a despeito da sua falsidade e injustiça - é o fim último do direito.”* (AGAMBEN, 2008, p.28).

Agamben considera que por mais que tais processos iniciados após o enforcamento de Eichmann tenham sido necessários, eles foram insuficientes, do ponto de vista numérico, e contribuíram para difundir a ideia de que o problema já estivesse superado. As sentenças tinham sido dadas por julgadores, e as provas da culpa estavam definitivamente estabelecidas. Foi necessário a passagem de quase meio século para entender que o direito não havia esgotado o problema, nem mesmo o problema da responsabilidade moral.

Também o conceito de responsabilidade está irremediavelmente contaminado com o direito. A descoberta que o *superstis* Primo Levi fez em Auschwitz diz respeito a um assunto refratário a qualquer identificação de responsabilidade: ele conseguiu isolar algo parecido com um novo elemento ético. Levi chama de "zona cinzenta" que evidencia a *“longa cadeia deia de conjunção entre vítimas e algozes, em que o oprimido se torna opressor e o carrasco, por sua vez, aparece como vítima. Trata-se de uma alquimia cinzenta, incessante, na qual o bem e o mal e, com eles, todos os metais da ética tradicional alcançam o seu ponto de fusão. Trata-se, portanto, de uma zona de irresponsabilidade”*. (AGAMBEN, 2008, p.27).

Esta zona de irresponsabilidade não se situa além do bem e do mal, mas está, por assim dizer, aquém dos mesmos. Invertendo a reflexão de Nietzsche, Levi deslocou a ética para aquém do lugar em que estamos acostumados a pensá-la. E, sem que consigamos dizer por que motivo, percebemos que esse aquém é mais importante do que qualquer além, que o *sub-homem* deve interessar-nos bem mais do que o *super-homem*. Essa infame zona de irresponsabilidade é o nosso primeiro círculo do qual confissão alguma nos conseguirá arrancar e no qual, minuto após minuto, é debulhada a lição da temível banalidade do mal, que desafia as palavras e os pensamentos, na reflexão de Hannah Arendt. (AGAMBEN, 2008, p.31).

Segundo a autora, o surgimento do totalitarismo, no regime nazista da 2ª guerra mundial, mostrou o quanto a natureza humana pode ser pervertida. Ao relatar o julgamento de Adolf Eichmann, Hannah Arendt desenvolve, com toda a originalidade, a tese de que este indivíduo não deveria ser encarado como um criminoso perverso, mas apenas como um indivíduo que incorporou a chamada *“banalização do mal”*. Ele acostumou-se, sem maiores reflexões críticas, com o mal presente no cotidiano da sociedade, alimentado por todo um sistema dominação global. Ele foi uma peça sem destaque na engrenagem da burocracia, que passou a encarar o mal como regra, como uma espécie de rotina naturalmente aceita por todos. No fundo, diz ela, ele foi um ser que se caracterizou pelo *“vazio de sua expressão”*, isto é, não foi um ser grandioso, nem mesmo em sua perversidade. (ARENDR, 1983, p. 15).



A personificação extrema da "zona cinzenta" é o *Sonderkommando* porque mostra que a banalidade do mal não apenas atingiu as autoridades nazistas, mas também os prisioneiros, que são escalados para serem funcionários. As SS recorriam a esse eufemismo - Esquadrão Especial - para nomear o grupo de deportados a quem era confiada a gestão das câmaras de gás e dos fornos nos crematórios. Apesar de serem prisioneiros, eles deviam levar os deportados nus à morte nas câmaras de gás e manter a ordem entre os mesmos; depois arrastar para fora os cadáveres, manchados de rosa e de verde em razão do ácido cianídrico, lavando-os com jatos de água; verificar se nos orifícios dos corpos não estavam escondidos objetos preciosos; arrancar os dentes de ouro dos maxilares; cortar os cabelos das mulheres e lavá-los com cloreto de amônia; transportar depois os cadáveres até os fornos crematórios e cuidar da sua combustão; e, finalmente, tirar as cinzas residuais dos fornos. (AGAMBEN, 2008, p.34).

O momento de normalidade do preso-funcionário é o da afirmação da banalidade do mal, é o verdadeiro horror total do campo. Esta zona cinzenta não termina com o fim dos massacres, ela é o emblema perfeito e eterno da "zona cinzenta" que é atemporal e universal, em nosso mundo contemporâneo. Nas palavras de Agamben, as verdadeiras testemunhas não podem ser as que sobreviveram, são os que morreram e que não podem testemunhar. Os sobreviventes testemunham sobre um testemunho que falta.

A partir do filme *Shoá* de Claude Lanzmann, percebeu-se que há uma possibilidade estética, uma tensão testemunhal em todo o filme esteja precisamente no fato de não estar nem simplesmente dentro, nem simplesmente fora, mas, paradoxalmente, ao mesmo tempo dentro e fora. O filme procura abrir um caminho e lançar uma ponte que não existia durante a guerra, e não existe ainda hoje, entre o dentro e o fora - para pôr ambos em contato e em diálogo. É justamente o umbral de indistinção entre o dentro e o fora (que, conforme veremos, é algo bem diverso de uma "ponte" ou de um "diálogo"), que poderia ter levado a uma compreensão da estrutura do testemunho, que a autora deixa de interrogar. Mais do que a uma análise, assistimos sim ao deslocamento de uma impossibilidade lógica para uma possibilidade estética, pelo recurso da imagem, das vozes, dos rostos humanos. (AGAMBEN, 2008, p. 44).

Há uma macabra tendência da situação-limite em transformar-se formar-se em hábito o que todas as testemunhas, mesmo as que, submetidas metidas às condições mais extremas dos membros do *sonderkommando*, o atestam unanimemente. Os nazistas captaram o poder dissimulado presente em toda situação extrema que eles nunca revogaram o estado de exceção que haviam decretado em fevereiro de 1933, no dia seguinte à tomada de poder, de forma que o Terceiro Reich pôde ser definido justamente como "*uma noite de São Bartolomeu que durou 12 anos*". Nas palavras do autor, "*Auschwitz é exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide, de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se verte-se no próprio paradigma do cotidiano*". (AGAMBEN, 2008, p. 52).

Na visão do autor, há um paradoxo na visão do campo como espaço de exceção: apesar de ser colocado fora do ordenamento jurídico formal ele não é exatamente um espaço externo, pois acaba sendo incluído pela sua própria exclusão. O estado de exceção acaba por inaugurar um novo paradigma jurídico-político onde o próprio direito torna-se não dissociável da exceção. Neste sentido, norma e fato se confundem, de forma semelhante ao que verificamos em situações abusivas de poder do ponto de vista comunicativo. Ao desafiar as suas próprias regras, o Estado de Exceção elimina a dicotomia lícito/ilícito, ao mesmo tempo que aniquila os sujeitos da relação. Mortes praticadas deixam se ser caracterizadas como atos ilícitos, pois adquirem uma qualidade de serem matáveis na sua própria constituição básica. (AGAMBEN, 2008, p.176).

## O FILHO DE SAUL: COMO JUSTIFICAR A PRÓPRIA SOBEVIVÊNCIA EM AUSCHWITZ

O artístico filme *O Filho de Saul*, dirigido e roteirizado pelo húngaro, de origem judaica, LaszLo Nemes, ganhou a Palma de Ouro em Cannes em 2015. Sua narrativa concebe significar conceitos-imagem da situação extrema e da zona cinzenta, moralmente ambígua, da vivência do campo de extermínio de Auschwitz, no ano de 1944, na época em que se decidiu pela “solução final”, afirmada pelo extermínio em massa dos judeus. O protagonista Saul Auslander é fruto da interpretação poderosa, no seu silêncio perturbador, do poeta e ator não profissional Géza Rohrig. O ator se baseou no livro *Chorávamos sem Lágrimas*, do historiador Gideon Graif, que entrevistou oito sobreviventes – supertestis - dos *sonderkommandos* que deram o seu testemunho.

Uma câmera nervosa e em movimento constante, em longos planos-sequência, acompanha a nuca e os movimentos tensos de Saul dentro do campo, sem trilha sonora, mas com som ambiente de grande impacto emocional. A cenografia apresenta cores pálidas e escurecidas. Os presos-funcionários tinham certo tempo vida garantido, mas sua sobrevivência era sempre provisória, como os demais, em termos abrangentes, ainda que cumprissem suas funções de extermínios de seus semelhantes.

Muitas vezes, a figura tensa de Saul é colocada em primeiro plano, e o fundo é desfocado, mas sussurros dos presos, que sempre falam baixam contrapostos aos gritos das autoridades nazistas e o ambiente caótico nos dão a sensação profunda da violência abusiva e irracional do campo sem exibi-la em detalhes. Nunca um filme ousou construir uma narrativa logopatica tão perturbadora sobre a natureza irracional do abuso do poder do campo – as regras do regime nazista eram constantemente desafiadas pelas próprias autoridades, de forma violenta, aliada a tentativa de racionalização burocrática empresariam do extermínio irracional. *Homo sapiens* e *demens* se apresentam, com didatismo.

A primeira cena mostra uma intrigante câmera desfocada, mas, aos poucos, uma paisagem bucólica vai sendo delineada. Um grupo de pessoas aparece andando na mata, o nosso protagonista Saul é destacado, como acompanhante destas pessoas, com uma grande ferida no lado esquerdo do lábio, que parece simbolizar a sua indiferença moral. A seguir percebemos que o grupo acaba de deixar o trem para adentrar em Auschwitz – Birkenau sob a escolta burocrática do *sonderkommando* Saul.

O regime abusivo e de exceção é enunciado logo que os prisioneiros são encaminhados para a câmara de gás, deixando todos os seus pertences materiais, sob uma falsa promessa normativa de banho, alimentação e trabalho. Quando a porta é trancada, começamos a ouvir os gritos de desespero mortal as batidas desesperadas na porta para sair pela inalação do mortal ácido cianídrico. Saul mostra a sua eficiência burocrática, ligada a reflexão de Agamben, sua *normalidade* sub-humana nos conceitos imagem de levar os prisioneiros ao campo, trancá-los nas câmaras de gás, e, depois de mortos, arrastá-los nus para fora, limpando os excrementos humanos deixados, para que um novo grupo pudesse ser eliminado em regime serial.

Vemos o encaminhamento dos corpos mortos aos fornos, depois vemos as cinzas serem jogadas no rio, com o sentido organizacional de uma obra. Vemos a busca por objetos valiosos entre os pertences dos deportados. Embora a película faça uma reconstrução imagética primorosa da situação do sentido moral do horror do campo, o tema central do filme consiste em propor a possibilidade filosófica desta banalidade do mal normal se romper. Isto ocorre em um momento simbólica chave do filme, quando Saul readquire o sentimento de paternidade familiar.

Saul observa, ao limpar, com agilidade profissional, os mortos da câmara de gás, que um dos meninos sobrevive a inalação do gás venenoso, numa espécie de superação espiritual, sua morte é concretizada por ação mecânica posterior, pelos agentes nazistas, que decidem fazer uma

autópsia no jovem. Saul se interessa pelo rapaz, tenta achar seus documentos e pede para o médico, também pertencente ao esquadrão especial, que guarde o corpo do rapaz. Ele procura um rabino que possa enterrar o jovem com o devido cerimonial judaico. Logo descobrimos que ele acredita que o jovem seja um filho que teve fora do casamento. Mas a película apresenta a inteligência narrativa de deixar em aberto esta questão verdade biológica da paternidade, pois um de seus companheiros destaca, em dois momentos assertivos, que ele nunca teve um filho. Poderia ser uma mera moral impressão de Saul?

O importante é perceber que Saul rompe a banalidade do mal e se reumaniza em termos espirituais e mundanos. Simbolicamente, observamos que a ferida em seu lábio começa a cicatrizar, à medida que passa a assumir a responsabilidade humana pelo corpo do rapaz, que ele ajudou a tirar a vida, de forma abusiva e cruel. Mesmo sem a comprovação jurídica ou biológica, decide assumir a paternidade moral do jovem e promover o seu enterro em respeito aos ritos judaicos e em claro desafio a gestão normativa abusiva do campo de Auschwitz. O amor ao próximo e a purificação desafiam a indiferença humana dominante. Para concretizar esta impossível empreitada, ele precisa da ajuda espiritual de um rabino.

Ele vai as últimas consequências, chegando ao ponto de risco pessoal máximo, ao desviar um rabino recém-chegado, que iria para câmara de gás, e transformando-o em um membro do esquadrão especial dissimulado. Para o judaísmo, há milênios, o sepultamento está ligado à possibilidade de a alma descansar e encontrar o criador. Ele não permite a cremação, porque esta é vista como um ritual de mutilação do corpo. O processo de decomposição natural do corpo indica o tempo em que a alma despende para deixar o corpo. O banho com água pura e as preces recitadas é um processo de purificação.

Em paralelo, há uma subtrama, que destaca uma ordenada tentativa de fuga desafiadora, por parte dos presos-funcionários de seu comando, que será o próximo a ser indicado para o extermínio. Trata-se de uma reconstrução imagética da memória de fato histórico ocorrido em sete de outubro de 1944, onde os presos promoveram a explosão do crematório, tentando escapar. Observamos a presença de uma certa organização normativa informal entre os presos para conseguir fotografar o extermínio e adquirir pólvora. Saul faz parte do grupo, mas carrega o corpo do rapaz de forma incessante, esperando fazer o impossível cerimonial do enterro com a presença do rabino.

Com a ajuda da pólvora, conseguem sair do campo, realizando um ato de fuga desafiadora explícita do regime nazista e de seu abuso normativo constante. Como os nazistas os perseguem com rapidez, Saul não consegue realizar o enterro e acaba perdendo o corpo do jovem ao atravessar um rio com forte correnteza, mas luta por ele até o fim. O grupo foge e se esconde em um celeiro, a paisagem verde contrasta com as cores pálidas de Auschwitz. Ao fim, antes da tragédia final, onde ouvimos os tiros mortais nazistas, há um simbólico conceito-imagem da presença do menino louro, na porta do celeiro, que faz Saul sorrir, com sua alma, pois parece se dar conta da felicidade espiritual do retorno ao estado da humanidade. Momentos antes de morrer, seu sorriso inédito denota que percebeu por que deveria sobreviver.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pela análise do filme *O Filho de Saul*, confirmamos a hipótese destacada no início deste artigo, relacionada à possibilidade de fazermos uma leitura interdisciplinar que relacione textos de Filosofia do Direito e filmes de qualidade artística. Nesta leitura, as películas não figuram apenas como exemplos das reflexões teóricas, na medida em que possibilitam levantar questões além do próprio texto. Ousamos afirmar que certos temas só podem ser melhor compreendidos a partir da

leitura imagética, que consegue integrar elementos emocionais ao lado dos racionais, exposto na semântica do texto.

Conseguimos penetrar na conturbada consciência subjetiva de Saul, ao observarmos seus movimentos tensos, sua ferida na boca, no ambiente de exceção abusiva e situação extrema do campo. Sentimos o horror transformado em indiferença no seu trabalho de funcionário do extermínio, feito de forma ágil e assertiva. Vemos os vestígios de morte, excrementos, vômitos e sangue, na câmara de gás. Nestes primeiros momentos, através dos conceitos-imagem, conseguimos ampliar a nossa percepção cognitiva da chamada zona cinzenta moral onde opressores e oprimidos se misturam, de forma rica e extraordinária. Conseguimos sentir o aspecto irracional e assustador daquele espaço de arbitrariedades, de gritos e tiros imprevisíveis.

Todavia, o ponto central e mais instigante do testemunho do filme é ir além do texto de Agamben, ao propor uma reflexão filosófica a respeito da possibilidade de ruptura deste padrão de desumanização e de banalização do mal. Na esteira do pensamento de Morin, a obra fílmica amplia nossa visão humanista de forma profunda. A percepção da paternidade informal, não inteiramente confirmada, rompe com círculo da indiferença moral, indicada pela luta a promoção do enterro judaico. Ainda que o destino físico dos personagens tenha sido fracassado, pela captura mortal dos nazistas sugerida com o barulho do tiroteio no celeiro, ousamos dizer que o único e belo sorriso de Saul dirigido ao menino indica uma significativa e subversiva revalorização da vida o seu renascimento moral responsável antes de perder a sua vida biológica.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalém - Um Relato Sobre a Banalidade do Mal** - São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.
- CABRERA, Júlio. **O cinema pensa – uma introdução à filosofia através dos filmes**. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERRAZ, JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.
- JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita, repensar a reforma, repensar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- O FILHO DE SAUL. Direção: Laszlo Nemes. Sony Pictures Classics, 1.47 minutos.
- OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão**, Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.
- OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito em diálogo**. E-book Kindle, Amazon, 2015.
- XAVIER, Ismail, **A Experiência do cinema: antologia**/Ismail Xavier organizador. Rio de Janeiro: Edições Graal: Embrafilmes, 2008.

# LINGUAGEM, DIREITOS HUMANOS E CULTURA DE PAZ: UMA ABORDAGEM LINGÜÍSTICA E SISTÊMICO-FUNCIONAL DE GÊNEROS TEXTUAIS NO CONTEXTO ESCOLAR

**Marcelo Bernardo de Andrade**

Mestrando em Direitos Humanos (UFPE). Professor e Gestor Educacional na rede privada de ensino.

**Maria José de Matos Luna**

Doutora em Letras (UFPE/FLUP-Universidade do Porto, Portugal). Professora (PPGDH-UFPE).

## INTRODUÇÃO

A Educação para a Paz e os Direitos Humanos vêm-se tornando pauta recorrente de importantes agendas e discussões nas mais respeitadas assembleias internacionais e em várias partes do mundo, sobretudo diante da crise de valores em que se vê inserida a sociedade dita “pós-industrial” do século XXI, evidenciando um forte espectro de desumanidade e de indignidade humana.

Para uns, esse aumento do interesse mundial pelo assunto decorre das contínuas e nefastas violações desses direitos; para outros, revela uma tomada de consciência mais sensível e profunda por parte dos indivíduos e da própria sociedade acerca da relevância significativa da manutenção de tais direitos. Afinal, o reconhecimento e a proteção dos Direitos Humanos configuram-se como a base das constituições democráticas e a paz surge como pressuposto necessário para essa proteção efetiva desses direitos, não apenas em cada estado, como também no sistema internacional.

O presente artigo, embora seja de cunho eminentemente teórico e com poucas incursões ainda no campo prático, integra parte do escopo da dissertação de mestrado que está em fase de elaboração, cujo estudo é tipologicamente calcado em métodos mistos, de concepção filosófica Pragmática (CRESWELL, 2010: p.34; CHERRYHOLMES, 1992; MORGAN, 2007). Quanto às abordagens de investigação, utilizaremos as estratégias de métodos mistos sequenciais e concomitantes (CRESWELL, 2010: p.38-39), com uma amostra não probabilística e intencional ou de seleção racional constituída por textos (ou excertos) que apresentam características do discurso pacifista e de estímulo à consciência e educação formativa para os direitos humanos, pertencentes a diferentes tipologias e gêneros textuais.

Por sua vez, a análise dos gêneros que selecionamos está calcada no aporte da Linguística Aplicada (MASCUSCHI: 2002, 2004, 2006) e da Linguística Sistemico-Funcional (HALLIDAY E MATTHIESSEN: 1994, 2004), este último em suas metafunções, considerando-se não apenas o modo como a linguagem está estruturada, mas também os significados construídos nos diversos contextos do cotidiano, relacionando-os à percepção de língua como um sistema semiótico de prática social, consubstanciada numa perspectiva discursiva intercultural e sociointeracionista.

O objetivo é não apenas discutir o papel estratégico da educação e do ensino de Língua Portuguesa para a (re)afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que contribuam para o fortalecimento de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar, mas também refletir acerca do uso desses gêneros em sala de aula como recurso didático-pedagógico.

Em nossa abordagem, consideramos e defendemos a composição de uma perspectiva educacional formativa mais edificante, humanizadora e pacifista, enquanto linguagem hegemônica da dignidade humana (SANTOS, 2013, p.42), em consonância com o que preceituam os PCN e, mais recentemente, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), em um contexto dialógico de aprendizagem fundada nas competências e habilidades socioemocionais.

Por fim, o quantitativo de obras científicas que tratam sobre Direitos Humanos, Cultura de Paz e Ensino de Língua Portuguesa é ainda modesto, uma vez que essa área investigativa é bastante recente. Aqueles que desejam aprofundar os seus estudos acerca do tema, infelizmente não encontram um rico e extenso material, sobretudo quando se trata da aplicabilidade teórica na práxis da sala de aula. Espera-se, com este trabalho, estimular a reflexão de professores da educação básica e mesmo orientadores pedagógicos sobre essa importante abordagem pacifista em sala de aula, contribuindo para a formação de uma perspectiva mais humanizadora e pacifista no ensino da Língua Portuguesa e na educação verdadeiramente formativa e crítica dos alunos.

## **EDUCAÇÃO PARA A PAZ E OS DIREITOS HUMANOS E O CONTEXTO ESCOLAR**

No contexto educacional, o campo de conhecimento dos Direitos Humanos e da Educação para a Paz pode ser organizado de múltiplas maneiras – como disciplina, como tema gerador, como proposta interdisciplinar ou transdisciplinar (SANTOS, 2013) –, não apenas fundamentando planos de trabalho, orientando práticas pedagógicas e projetos de pesquisa extensionistas e culturais do sistema de ensino, mas também contribuindo para a elaboração de itinerários educacionais formativos.

No momento em que se compreende o ato pedagógico como um compromisso com a sociedade atual e com a própria construção de futuro, a Educação em Direitos Humanos recupera a dimensão da utopia humana – a última utopia – rumo a uma sociedade mais justa, livre e igual (MOYN, 2010). Nesse sentido, vale lembrar que o artigo 205 da Constituição Federal de 1988 preconiza que "[...] a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Assim, por que não se fortalecer a compreensão de que a Educação em Direitos Humanos é um compromisso com a sociedade atual e com a própria construção de futuro? Ademais, por que não se promover uma reflexão sobre a implementação de novas práticas pedagógicas no contexto escolar para a consolidação de uma cultura de paz e de respeito aos Direitos Humanos? No que se refere ao senso comum e à grande parte de certas esferas sociais, muito se ouve falar, todavia pouco se conhece verdadeiramente sobre Direitos Humanos e Educação para a Paz. No atual cenário sócio-histórico e político-econômico, por exemplo, repleto de narrativas e práticas questionáveis de flagrante desrespeito aos direitos humanos, no qual o discurso de ódio preconceituoso e sectarista reverbera como “brado retumbante”, mimetizado sombriamente sob o lema “Pátria Amada Brasil”, não lhes faltam predicções levianas: “Direitos humanos é pra proteger bandido”, “Direitos Humanos são para humanos direitos”, etc.

Lamentavelmente, no contexto escolar, parte significativa do corpo de gestores, técnicos-administrativos, professores e estudantes integram essa condição de “muito se ouvir falar e de pouco se praticar ou defender” a cultura de paz e respeito aos direitos humanos, sobretudo no âmbito de prática docente com finalidade didático-pedagógica. Essa realidade vem afetando significativamente o processo formativo dos alunos nas escolas brasileiras. O cenário educacional do país, nas últimas décadas, vem passando por grandes transformações. Do ensino religioso ou

militar ao ensino laico; da escola de valores religiosos nas décadas de 70 e 80, passando pelo modelo “Colégio e Curso” do final dos anos 80 e 90...

No que concerne ao contexto da Educação Básica no Brasil, notadamente no Ensino Fundamental II (Anos Finais – 6º ao 9º Ano) e em todo o Ensino Médio, constata-se um aumento significativo das discussões que ressaltam uma crítica relevante aos modelos tradicionais de ensino. O currículo acadêmico e grande parte das ações pedagógicas escolares estão fortemente voltados para a obtenção de resultados nos vestibulares e no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), e não para a consolidação de valores formativos para a vida. Há décadas, a ênfase do foco didático-pedagógico vem sendo o treinamento quase behaviorista dos alunos para acertar questões nas provas e técnicas de uso de “estruturas textuais semiprontas” para se obter nota 1000 na redação, por exemplo.

Para esse nível de Ensino Básico, sobretudo para as avaliações de larga escala, existe uma Matriz de Referência para indicar competências e habilidades a serem avaliadas em cada etapa da escolarização e orientar a elaboração de itens de testes e provas. Ademais, indica também a construção de escalas de proficiência e de Eixos Cognitivos que, associados às competências apresentadas nos componentes curriculares e nas Áreas do Conhecimento, referem-se à compreensão de fenômenos, domínio de linguagens, enfrentamento e resolução de situações-problema, capacidade de argumentação e elaboração de propostas de intervenção.

Para Gadotti (1995, p.83), “a força da educação está no seu poder de mudar comportamentos. Mudar comportamentos significa romper com certas posturas, superar dogmas, desinstalar-se, contradizer-se”. Nesse sentido, segundo ele, a força da educação está na ideologia. Ressalte-se que, segundo esse autor:

[...] a educação reproduz a sociedade, pois a contradição e o conflito não são tão manifestos na sociedade, porque a reprodução é dominante, observando-se que a educação acaba por fazer o que a classe dominante lhes pede. Como a sociedade, a educação é um campo de luta entre várias tendências e grupos. Ela não pode fazer sozinha a transformação social, pois ela não se consolida e efetiva-se sem a participação da própria sociedade.

Afinal, estudar a educação é criar condições para que se compreenda que a instituição escolar, muitas vezes, não tem poder de modificar o que está estabelecido – a estrutura social. Segundo Pinto (1986), a educação acaba transmitindo e reproduzindo os mecanismos de dominação impostos pelo capitalismo:

Tarefa não menos difícil é descrever e situar nossos atuais modelos de educação. A “invasão” do Construtivismo em nossa sociedade é uma realidade da qual não podemos fugir. A escola tradicional – que sofreu inúmeras transformações ao longo de sua existência e que, paradoxalmente, continua resistindo ao tempo –, dia a dia, vem sendo questionada sobre sua adequação aos padrões de ensino exigidos pela atualidade, mas ao mesmo tempo é retentora da grande maioria das escolas do nosso país.

Por sua vez, diante dessa realidade, ratifica-se a concepção de Amaro (1997) acerca da escola e seu encontro com a realidade na educação, em um mundo de cenário econômico globalizado:

A escola tradicional de concepção positivista neoliberal, enraizada na sociedade é entendida como aquela que é voltada para o mercado, em que existe o tempo de ensinar e o tempo de avaliar, enquanto momentos estanques, separados entre si. Os seus conteúdos escolares são organizados de maneira linear, hierárquica e, previamente determinado por bimestre, série, disciplina, etc., sendo justificados como pré-requisito de outros. Nesta visão conservadora, a educação sempre é planejada de cima para baixo, em que existe uma escola burocrática e uniformizadora. Essa visão é excludente, e acaba por

tornar a escola incompetente em seus vários aspectos, como não ter vagas para quem mais dela precisa, e estar desconectada da realidade social do aluno.

## ENSINO DE LINGUA, CULTURA E EDUCAÇÃO PARA A PAZ

Neste final da segunda década do século XXI, novas perspectivas teóricas e novas propostas de ensino têm surgido para repensar a educação e seu espaço institucional, atualizando ou mesmo reformulando as orientações gerativistas e descontextualizadas que anteriormente predominavam no ensino de Língua Portuguesa na escola. Os quatro aportes da Linguística para o ensino de língua materna<sup>1</sup> (GERALDI, SILVA & FIAD, 1996, p. 127-131), por exemplo, a seu tempo legaram importantes contribuições nesse sentido, uma vez que passaram a considerar a língua como uma forma de ação, um lugar de interação humana.

Por sua vez, a dimensão humanizadora da educação (GOMES DE MATOS, 2002, p. 56) começa a surgir com maior evidência nas diretrizes curriculares nacionais para a educação básica, corroborando abordagens pedagógicas que contemplem o fortalecimento de uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos, desde o contexto escolar. Ademais, para onde caminhará a humanidade se não houver uma reversão da intolerância e da violência instaladas em nosso cotidiano, estimulando o respeito aos direitos humanos e a *'valorização da diversidade cultural'* (Araújo, 2001), seja através de um diálogo inter-religioso e intercultural, seja através uma reflexão sobre a implementação de novas práticas pedagógicas no contexto escolar para a formação de uma Cultura de Paz?

A escola é o espaço institucionalmente constituído para o ensino de língua materna. E é a língua que possibilita, no seu mais expressivo sentido, o caráter identitário assumido pelo indivíduo ante os seus próprios atos e a sua fala. É através da língua que se alcançam os objetivos pessoais e sociais, num caminho que começa na escola e se expande para a vida, corroborando-se o caráter de interação contínua e até indissociável inerente ao trinômio língua, sociedade e cultura. Afinal, toda a visão de mundo, a ideologia, os sistemas de valores e as práticas socioculturais das comunidades humanas são refletidos em seu léxico. Podem-se privilegiar os aspectos criativos do emprego do léxico, remetendo à importância deste para o estudo e a construção da cultura. Isso se dá, entre outras razões, pelo fato de que estudar o léxico leva à compreensão das concepções e fatos da vida cotidiana, visto ser modelo e modelador de cultura.

Segundo Bakhtin (1988), a palavra é um fenômeno eminentemente ideológico. O filósofo russo considera que, no contexto das interações de uma cultura dialogicizada, as esferas de uso da linguagem podem ser dialogicamente configuradas não apenas em função do sistema de signos que as realizam, como também pelo contexto sociocomunicativo e cultural em que ocorrem.

E é nesse contexto que o ensino de língua materna pode também se configurar como um importante aliado na construção de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar, em consonância com o que preceituam os PCNs<sup>2</sup> e, mais recentemente, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC, 2018).

---

<sup>1</sup> São eles: 1) A concepção sociointeracionista ou sócio-histórica de linguagem inspirando as atividades de ensino; 2) a noção de texto como um produto do trabalho interativo com vínculos às suas condições discursivas de produção; 3) a noção de variedade linguística como própria de qualquer língua, deslocando a noção de certo/errado e definindo-se pelo ensino da chamada língua padrão; 4) e a reorganização das práticas de sala de aula em torno da leitura, da produção de textos e da análise linguística.

<sup>2</sup> Notadamente no âmbito educacional, mais precisamente no contexto da educação brasileira, a reformulação do ensino médio no Brasil – consignada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996), regulamentada em 1998 pelas Diretrizes do Conselho Nacional de Educação e pelos Parâmetros Curriculares Nacionais – visava a uma atualização necessária para impulsionar uma democratização social e cultural mais efetiva, sugerindo uma abordagem



Relativamente ao campo do ensino, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para o Ensino Médio (1996) – regulamentada em 1998 pelas Diretrizes do Conselho Nacional de Educação e pelos Parâmetros Curriculares Nacionais – contém vários tópicos que contemplam as abordagens relacionadas à Contextualização Sociocultural:

O conhecimento que se quer proporcionar ou construir deve ser reflexivo e crítico nas três áreas propostas pelos PCNEMs e no estrato que as transcende: a cultura, termo aqui empregado em sentido amplo. Esse conhecimento deve ser encarado não só como produto da ação humana, mas também como instrumento de análise, transformação e criação de uma realidade concreta.

Na área de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias, no que concerne aos processos que podem convergir de forma articulada para a aquisição e o desenvolvimento das competências e habilidades do segundo grupo de competências – Investigação e Compreensão – Os PCNEMs (p.25) destacam como essenciais ‘a análise dos recursos expressivos das linguagens’, ‘a articulação de redes de diferenças e semelhanças entre as linguagens’ e, sobretudo, a recuperação do patrimônio representativo da cultura, entre outras, favorecendo uma perspectiva educacional mais humanizada, calcada numa maior compreensão intercultural (LOTHAR, 1988, p. 1), levando o estudante a ‘Ter’ uma consciência intercultural ou a praticar uma pedagogia intercultural, pois, em ambas as alternativas, devem-se considerar os aspectos linguísticos e os valores sócio-históricos e culturais dos interlocutores.

Se nós queremos sobreviver num mundo onde nações estão se tornando cada vez mais interdependentes, nós precisamos aprender a resolver nossos problemas e conflitos pacificamente, e isso só será possível se nós compreendermos e respeitarmos uns aos outros. Nenhuma nação ou cultura pode existir independentemente por mais tempo. (LOTHAR, 1988, p. 1)

Trata-se de uma prática pedagógica e linguística intercultural, voltada “[...] para o aprimoramento do ser humano como ente comunicador amante da paz”, rumo à paz comunicativa, como nos ensina Gomes de Matos (1990, p. 95).

Sabe-se que os seres humanos vivem realidades distintas, embora por vezes paralelas a muitas outras, fato este que caracteriza um universo bastante significativo de experiências interculturais, caracterizando o desenvolvimento de competências comunicativas adaptadas a seu mundo. É natural percebermos nuances linguístico-interculturais bastante idiossincráticas, quando se comparam textos escritos por pessoas pertencentes a contextos sociolinguísticos diversos. Nos âmbitos intercultural e inter-religioso, por exemplo, destacam-se textos de Mahatma Ghandi, Madre Tereza de Calcutá, Sathya Sai Baba, Chico Xavier, Dom Hélder Câmara e Martin Luther King, pertencentes a contextos sócio-históricos e culturais bastante diferentes, mas cuja intencionalidade discursiva perpassa essa ótica da resolução pacífica de conflitos, da Cultura de Paz, do respeito aos Direitos Humanos, cada um segundo a sua ideologia e entendimento.

Bronckart (1999, p. 35) afirma que “[...] é através de textos e de signos com significações sempre moventes que se constroem os mundos representados definidores do contexto das atividades humanas, esses mundos, por sua vez, também se transformam permanentemente. Tal visão encontra-se em plena consonância com o que ensina Marcuschi, B. (2005) acerca da compreensão de língua como atividade discursiva: “Entender a língua como atividade discursiva significa essencialmente observá-la em funcionamento, vela como uma forma de interação social. Com isso, está-se afirmando que a língua está sempre direcionada para o outro, ou seja, que não existe uma língua individual.”

---

intercultural e pacífica em todas as áreas ou componentes curriculares, sobretudo no campo Linguagens, Códigos e suas Tecnologias.

## **PROPOSTAS DE ABORDAGEM LINGUÍSTICA E SISTÊMICO-FUNCIONAL DE TEXTOS COM DISCURSO PACIFISTA PARA O ENSINO DE LÍNGUA**

O discurso pacifista é uma realização enunciativa que se caracteriza pelo uso ou qualquer manifestação concreta da língua/linguagem verbal ou não verbal (icônico-cromático), em um contexto dialógico e polissêmico de Paz, considerando-se os fatores extralinguísticos presentes no momento em que esse uso ocorre, e se configurando como espaço da materialização das formações ideológicas ligadas à Cultura de Paz – que defende a obtenção da paz universal através do desarmamento e de negociações pacíficas dos conflitos –, sendo por essas ideologias determinada.

Trabalhar o discurso pacifista envolvendo os eixos leitura, produção textual e análise linguística a partir do discurso “Eu tenho um sonho”, de Martin Luther King, por exemplo, constitui uma atividade possível e enriquecedora. Conforme Marcuschi (2002: 35), *“Trabalhar com gêneros textuais é relevante porque é uma extraordinária oportunidade de se lidar com a língua em seus mais diversos usos autênticos do dia a dia”*.

Por sua vez, tendo em vista o objetivo de uso didático de gêneros com discurso pacifista, o emprego de textos multimodais, com fins pedagógicos, aumentaria a eficácia desse tipo de prática discursiva. A escolha de textos multimodais, os quais, segundo a teoria da multimodalidade propugnada por Kress e van Leeuwen (1996 e 2006), são aqueles cujo significado se realiza por mais de um código semiótico, decorre do fato de que a linguagem do mundo atual privilegia modalidades diferentes de escrita. Uma sucinta análise referente a como dois textos multimodais operam, por meio de seus mecanismos icônico-cromático-verbais, a construção de um discurso pacifista. Para isso, no que tange às práticas discursivas pacificadoras, pode-se recorrer à Aquino Ferraz (2008), Kress e van Leeuwen (1996 e 2006), quanto aos elementos necessários à investigação da gramática visual dos textos multimodais. Afinal, como afirma Aquino Ferraz (2008): “O sentido dos textos pós-modernos é constituído num universo entrelaçado de palavras, imagens, cores e padrões sintáticos descomplicados, permitindo a compreensão rápida e global, refletindo o ritmo acelerado da vida pós-moderna, bem como as formas de interconexão social que cobrem o globo.”

Por fim, várias abordagens para o ensino de língua aterna podem ser realizadas também com o aporte da Linguística Sistêmico-Funcional de Halliday (1994) e Halliday e Matthiessen (2004), uma vez que é caracterizada como uma teoria social e semiótica porque parte da sociedade e da situação de uso dos padrões linguísticos para o estudo da linguagem em todas as suas dimensões e manifestações. Ressalte-se que, segundo esses autores, “ [...] toda e qualquer escolha léxico-gramatical realizada pelo usuário da língua está condicionada ao contexto: a língua é um sistema de escolhas ao dispor do usuário para desempenhar funções sociais”. Nesse sentido, importa ressaltar que uma abordagem sistêmica é funcional porque tem como meta responder às perguntas: 1) O que fazemos com a linguagem? (que função tem a linguagem?) 2) Como a linguagem está estruturada para ser usada?

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS - RESULTADOS**

Os resultados preliminares da pesquisa, à qual este artigo está ligado, apontam que os gêneros textuais estudados apresentam estruturas sistêmico-funcionais bastante características e constituem um importante instrumento de ensino, não apenas de Língua Portuguesa. Além de se configurarem como recursos didático-pedagógicos essenciais no desenvolvimento de competências e habilidades sociocomunicativas dos educandos, em contextos formais e informais de uso da língua, fortalecem a construção e a disseminação de uma Cultura de Paz e respeito aos

Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar, em consonância com o que preceituam os PCN e a Base Nacional Comum Curricular (BNCC).

A Paz pode ser pedagogizada e entendida como uma construção continuada. Construir uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos é, pois, promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio governante de todas as relações humanas e sociais. Segundo Guimarães (2011), o desafio está em pensar a Educação para a Paz no coração do currículo (conjunto de vivências realizadas no processo educacional). Superar o episódico e o fragmentado que caracteriza muitas iniciativas pedagógicas em torno da paz.

Ademais, construir o paradigma da Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos é, pois, promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio governante de todas as relações humanas e sociais. Assim sendo, o ato de educar para a paz vai requerer completa revisão nos sistemas de ensino, na escola, nos currículos, na formação dos professores e na organização do trabalho escolar, tendo como fundamento o respeito à natureza, à democracia e à não-violência. O eminente educador Paulo Freire afirmava que “Quando a Educação não é libertadora, o sonho do oprimido é ser o opressor”. Cabe nesse momento, compreendermos a possibilidade de construirmos uma nova utopia, que tenha como valores a humanidade e a vida do planeta Terra. Nessa perspectiva, o resgate de princípios éticos – a solidariedade, a fraternidade e a paz ... – configuram-se como alternativas verdadeiras e que geram consequências imediatas para a vida das pessoas.

Nesse sentido, faz-se mister esclarecer que não é necessário ser um “grande expoente do pacifismo mundial” para utilizar o *discurso pacifista*, uma vez que qualquer pessoa ‘comum’ é capaz de produzi-lo. Esse discurso não está necessariamente associado à “figura do pacifista”, já que os seus elementos composicionais podem aparecer como parte constitutiva dos inúmeros discursos existentes na sociedade, manifestando-se nos mais variados gêneros (editorial, artigo de opinião, entre outros).

Por sua vez, o ‘discurso pacifista’ possui estruturas linguísticas peculiares e pode se manifestar através dos mais variados gêneros. Esses, por sua vez, constituem um importante instrumento para o ensino de língua materna, pois funcionam como um mediador essencial no desenvolvimento de habilidades de leitura, escrita e produção de fala em contextos formais de uso da língua, dentro e fora da escola. Além disso, língua, sociedade e cultura são indissociáveis, interagem continuamente. É a língua que possibilita, no seu mais expressivo sentido, a identidade assumida pelo indivíduo ante os próprios atos e a sua fala. Assim sendo, toda a visão de mundo, a ideologia, os sistemas de valores e as práticas socioculturais das comunidades humanas são refletidos em seu léxico. E é nesse contexto que o ensino de Língua materna pode também se configurar como um importante aliado na construção e na disseminação de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar.

Por fim, recordando as palavras do eminente pacifista Martin Luther King: “O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... o que me preocupa é o silêncio dos bons”. Sejamos, pois, proativos nessa grande construção, e não omissos. Sejamos, pois, na perspectiva Ghandiana, a mudança que desejamos ver no mundo.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita Teresinha Alves. **Serviço Social na escola: o encontro da realidade com a educação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

ARAÚJO, G. M. L. de. (2001) **Interculturalismo**: perspectivas de ensino. Editora Universitária: Recife, 2001. In.: Investigações: lingüística e teórica literária. Programa de Pós-Graduação em Letras e Lingüística da UFPE. Recife: Ed. Universitária. Vol. 5 p.136

AZEVEDO, Janete Maria Lins de. **O Estado, a política educacional e a regulação do setor educação no Brasil**: uma abordagem histórica. In: FERREIRA, Naura Syria Carapeto; AGUIAR, Márcia Angela da Silva. (Org.). Gestão da educação: impasses, perspectivas e compromissos. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

BAKHTIN, M. (2000) **Estética da Criação Verbal**. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes. Capítulo “Os gêneros do Discurso” (1952-1953)

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1988.

BAZEMAN, C & PRIOR, P. (ed.) 2004. **What Writing Does and How It Does It: An Introduction to Analyzing Texts and Textual Practices**. New York, Lawrence Erlbaum Associates.

BENTES, A. C. (2006) **Gênero e ensino**: algumas reflexões sobre a produção de materiais didáticos para a educação de jovens e adultos. In.: KARWOSKI, A. M.; GAYDECZKA, B. & BRITO, K. S. Gêneros textuais – reflexões e ensino. 2. ed. Rio de Janeiro: Lucerna. p.102

BRONCKART, Jean-Paul. **Atividades de linguagem, textos e discursos**: por um interacionismo sócio-discursivo. / Jean-Paul Bronckart; trad. Anna Rachel Machado, Pericles Cunha. – São Paulo: EDUC, 1999. Capítulos 1, 2 e 3.

BRASIL. **Parâmetros curriculares nacionais: ensino médio** (PCNEMs) – linguagens, códigos e suas tecnologias. Brasília: MEC/SEMT, 1999.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular (BNCC, 2018)**. Educação é a Base. Brasília, MEC/CONSED/UNDIME, 2017. Disponível em: <568 [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_publicacao.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_publicacao.pdf)>. Acesso em: 11 de agosto. 2017.

BUENO, S. **Estilística brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1964.

CHEVALLARD, Yves. **La transposición didáctica**: del saber sabio al saber enseñado. (primera edição). Buenos Aires, Aique Grupo Editor S.A., 1991.

DISKIN, LIA. **Paz, como se faz?**: semeando cultura de paz nas escolas / Lia Diskin e Laura Gorresio Roizman — Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, UNESCO, Associação Palas Athena, 2002.

DISKIN, LIA. **Cultura de Paz nas escolas** / Lia Diskin e Laura Gorresio Roizman — Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, UNESCO, Associação Palas Athena, 2002.

DOLZ, Joaquim; SCHNEUWLY, BERNARD. **O oral como texto**: como construir um objeto de ensino. In: SCHNEUWLY, Bernard; DOLZ, Joaquim. Gêneros orais e escritos na escola. Tradução de Roxane Rojo e Gláís Sales Cordeiro. Campinas, SP: Mercado das Letras, 2004, p. 149-185.

DOLZ, Joaquim; NOVERRAZ, Michele; SCHNEUWLY, Bernard. **Sequências didáticas para o oral e a escrita: apresentação de um procedimento**. In: SCHNEUWLY, Bernard; DOLZ, Joaquim. Gêneros orais e escritos na escola. Tradução de Roxane Rojo e Gláís Sales Cordeiro. Campinas, SP: Mercado das Letras, 2004, p. 95-128.

FAIRCLOUGH, Norman. **Language and Power**. 2a. ed. London/ New York : Longman, 1990.

FAIRCLOUGH, Norman. (2001). **Discurso e mudança social**. Brasília: ed. Universidade de Brasília.

- FAIRCLOUGH, Norman. (2003) **Analysing Discourse: textual analysis for social research**. London: Riutkedge.
- FERRAZ, J. A. **A multimodalidade e a formação dos sentidos em português como segunda língua**. In: Olhares em Análise de Discurso Crítica. Vieira: Brasília, 2008. Disponível em: [www.cepadic.com](http://www.cepadic.com)
- GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da práxis**. São Paulo: Cortez, 1995.
- GERALDI, João Wanderley. (2006) **Escrita, uso da escrita e avaliação**. In: GERALDI, João Wanderley (org.) O texto na sala de aula. São Paulo, Ática. p. 127-131.
- GOMES DE MATOS, F. C. **Prefeitura e povo: comunicação exemplar?** Revista Ave Maria. Março / 2005, p. 16-17.
- GUIMARÃES, M. R. **Educação para a paz: sentidos e dilemas**. EDUCS, 2011.
- KOCH, I. G. V. & ELIAS, V. M. (2007) **Ler e compreender: os sentidos do texto**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2007. p. 101-107
- KRESS, G.; Van Leeuwen. (1995) **T. Reading images**. The grammar of visual design. London: Routledge.
- LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996), regulamentada em 1998 pelas Diretrizes do Conselho Nacional de Educação e pelos Parâmetros Curriculares Nacionais Parâmetros para o Ensino Médio (PCNEMs), 1998.
- LIBÂNIO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1993.
- LOPES-ROSSI, Maria Aparecida Garcia (org). **Gêneros discursivos no ensino de leitura e produção de textos**. Taubaté/SP: Editora Cabral, 2002.
- LUNA, M.J.M.; ARAÚJO, G.M.L. **Cultura de paz em escolas públicas: resultados de uma experiência**. In: Cultura de paz: educação do novo tempo / coordenação Marcelo Pelizzoli (Org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008. p. 99-114
- MACHADO, Anna Rachel. **“A perspectiva interacionista sociodiscursiva de Bronckart”**. In: J. L. Meurer; Adair Bonini; Désirée Motta-Roth (orgs.). Gêneros: teorias, métodos, debates. São Paulo: Parábola Editorial, 2005.
- MARCUSCHI, Beth & CAVALCANTE, Marianne. (2005) **Atividades de escrita em livros didáticos de língua portuguesa: perspectivas convergentes e divergentes**. In: M.G. Costa Val & B. Marcuschi (Orgs.), Livros didáticos de língua portuguesa: letramento e cidadania. Belo Horizonte: CEAL/Autêntica.
- MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Sugestões para o desenvolvimento de uma tipologia de texto falado e escrito**. Recife: UFPE, 1992, cópia de inédito. 34 p.
- MARCUSCHI, Luiz Antônio. (2004) **Produção textual, análise de gêneros e compreensão**. Recife: Departamento de Letras, UFPE. 2. versão. p. 89-142
- MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Perspectivas no ensino de Língua Portuguesa nas trilhas dos Parâmetros Curriculares Nacionais** In: Língua Portuguesa em Calidoscópico. São Paulo: EDUC- Editora da PUC de São Paulo, 2004. p. 259-282.
- MARCUSCHI, Luiz Antônio. (2007) **Cognição, Linguagem e Práticas Interacionais**. São Paulo: Lucerna / Zeus.
- MATOS, Francisco C. G. (1996) **Pedagogia da Positividade: Comunicação Construtiva em Português**. Recife, Editora da Universidade Federal de Pernambuco

- MATOS, Francisco C. G. (2002) **Comunicação para o Bem: rumo à Paz Comunicativa**. São Paulo: Ave Maria.
- MENDONÇA, Marina Célia. **Língua e ensino: políticas de fechamento, introdução à linguística: domínios e fronteiras**. Mussalin e Bentes (orgs) 4ª ed.- São Paulo: Cortez, 2004.O
- PIETRI, E. de. (2005) **Concepções de língua e escola e propostas de ensino de língua portuguesa: discussões sobre reprodução/transformação social**. In: Falla dos Pinhaes, Espírito Santo de Pinhal (SP), v.2, n.2, jan./dez.
- POSSENTI, Sírio. **Por que (não) ensinar gramática na escola**. Campinas: ALB e Mercado de Letras, 1996. Coleção Leituras do Brasil.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento / Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí**. São Paulo: Cortez, 2013.
- SCHNEUWLY, B.; DOLZ, J. **Os gêneros escolares: das práticas de linguagem aos objetos de ensino**. In: “Les genres scolaires: des pratiques langagières aux objets d’enseignement”. Repères, nº 15, 1997.
- SCHNEUWLY, Bernard; DOLZ, Joaquim (1996 /2004). **Os gêneros escolares – das práticas de linguagem aos objetos de ensino**. In: Schneuwly, B.; Dolz, J. Gêneros orais e escritos na escola, pp. 71-91. Campinas: Mercado de Letras.
- SILVA, A.M.M. **Educação superior: espaço para formação em direitos humanos / Ainda Maria Monteiro Silva (Organizadora)**. São Paulo: Cortez, 2013. Coleção Educação em direitos humanos.
- TRAVAGLIA, Luiz Carlos (2002). **Composição tipológica de textos como atividade de formulação textual**. Revista do GELNE, vol. 4, nºs 1/2. Fortaleza: Grupo de Estudos Lingüísticos do Nordeste / Universidade Federal do Ceará, 2002. p. 3237.
- TRAVAGLIA, Luiz Carlos (2002a). **Tipos, gêneros e subtipos textuais e o ensino de língua materna**. In BASTOS, Neusa Maria Oliveira Barbosa (org.). Língua Portuguesa: uma visão em mosaico. São Paulo: EDUC / PUCSP, 2002: 201214.
- TRAVAGLIA, Luiz Carlos (2003). **Tipelementos e a construção de uma teoria tipológica geral de textos**. In: FÁVERO, Leonor Lopes; BASTOS, Neusa Maria de Oliveira Barbosa, et al (orgs.). Língua Portuguesa e ensino. São Paulo: Cortez/EDUC, 2003: (NO PRELO)
- VIEIRA, J. A. (2004) **Novas perspectivas para o texto: uma visão multissemiótica**. Ms. (inédito)

# FAKE NEWS E PÓS-VERDADE NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA TEORIA HABERMASIANA DO DISCURSO E DA TEORIA DWORKINIANA DA INTEGRIDADE NO DIREITO E NA POLÍTICA

Marcus Vinícius Fernandes Bastos

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor voluntário da Faculdade de Direito (UnB).

Mateus Rocha Tomaz

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor voluntário da Faculdade de Direito (UnB).

## FAKE-NEWS E PÓS-VERDADE COMO PROBLEMÁTICAS JURÍDICO-POLÍTICOS CONTEMPORÂNEO: INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO TEMÁTICA

Desde 2004, o *Dicionário Oxford* escolhe anualmente uma expressão ou palavra que tenha “*chamado muito a atenção nos últimos 12 meses*” e lhe concede o título de “palavra do ano”. No ano de 2016, o termo escolhido foi “pós verdade”<sup>1</sup>. De acordo com a publicação, embora a expressão não seja nova<sup>2</sup>, seu uso foi recentemente disseminado — estima-se um aumento de 2.000% (dois mil por cento) entre 2015 e 2016<sup>3</sup> — e está ligado, segundo aponta, à eleição de Donald Trump e ao referendo do Brexit, na Inglaterra. A definição dada pelo Dicionário inglês à palavra “pós-verdade” (*post-truth*) foi a seguinte: “*adjetivo definido como relativo ou referente a circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que as emoções e as crenças pessoais*”<sup>4</sup>.

Intimamente ligada à *pós-verdade*, enquanto dela materializadora, é a palavra *fake news*, ou seja, “*falsa narrativa de eventos, escritos e lidos em sítios eletrônicos*”<sup>5</sup>, também na definição do *Oxford Dictionary*.

De fato, ambas as expressões passaram a constantemente figurar na cena política mundo afora, sendo constantemente relacionadas a disputas eleitorais e a processos judiciais, inclusive se relacionando com o termo “*lawfare*”, o qual, a partir da junção dos substantivos “*law*” (lei) e “*warfare*” (guerra), seria algo como “*a estratégia de utilizar ou mal utilizar a lei em substituição aos meios militares tradicionais para se alcançar um objetivo operacional*”<sup>6</sup> (DUNLAP JR., 2008, p.

<sup>1</sup> Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>. Acesso em 28 ago. 2019.

<sup>2</sup> Disponível em <https://www.theguardian.com/books/2016/nov/15/post-truth-named-word-of-the-year-by-oxford-dictionaries>. Acesso em 28 ago. 2019.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2016/nov/15/post-truth-named-word-of-the-year-by-oxford-dictionaries>. Acesso em 28 ago. 2019.

<sup>4</sup> Tradução livre do original: “*ADJECTIVE. Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief*”. Disponível em: <https://www.lexico.com/en/definition/post-truth>. Acesso em 28 ago. 2019.

<sup>5</sup> Tradução livre do original: “*NOUN. False reports of events, written and read on websites*”. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/fake-news>. Acesso em 28 ago. 2019.

<sup>6</sup> Tradução livre do original: “*Although I’ve tinkered with the definition over the years, I now define ‘lawfare’ as the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective*” (DUNLAP JR., 2008, p. 146).

146), muitas vezes com recursos a notícias falsas para a distorção de fatos e em nome de objetivos político-pragmáticos questionáveis (pós-verdade)<sup>7</sup>.

Pelo menos desde 2016, as *fake news* tornaram-se lugar comum na pauta política mundo afora devido à disseminação de notícias dessa natureza pelo então candidato republicano à presidência dos Estados Unidos da América Donald Trump. Também afeito a polêmicas e ao uso reiterado das redes sociais para promoção de sua pauta política conservadora, Trump usou reiteradamente das *fake news* para se contrapor ao legado republicano de Barack Obama. Inclusive, recente pesquisa da Universidade de Oxford<sup>8</sup> aponta, como possível efeito desse fenômeno, que as *fake news* disseminadas nos EUA em 2018 (quando aconteceram eleições legislativas para a Câmara dos Deputados e para o Senado) foi maior do que o influxo de tais notícias durante a corrida presidencial de 2016.

Insere nesse contexto mundial, a eleição presidencial brasileira de 2018 foi marcada por reiterados episódios de denúncias contra a disseminação de *fake news* efetuadas pelo candidato posteriormente eleito Jair Bolsonaro. Quase sempre circunscritas à sua pauta político-moral reacionária, essas notícias falsas visavam a distorcer e ridicularizar posições políticas antagônicas e mais progressistas, tornando-as moralmente intragáveis aos olhos de parcela cobiçada do eleitorado, ainda indeciso e/ou insatisfeita com os anteriores governos dos presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, ambos do Partido dos Trabalhadores.

No dia 18 de outubro de 2018, em pleno auge da campanha presidencial, a Coligação “O povo feliz de novo”, encabeçada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), ajuizou, perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ação de investigação judicial eleitoral (processo nº 0601771-28.2018.6.00.0000) contra Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão, então candidatos aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, respectivamente. Além deles, foram demandados empresários apontados como financiadores dos alegados disparos massivos de *fake news* por centenas de contas do aplicativo *Whatsapp* supostamente controladas pela equipe de Bolsonaro, com a intenção de diretamente influenciar os rumos das eleições que se desenrolavam, valendo-se, assim, de abuso de poder econômico e de uso indevido dos meios de comunicação para disseminar notícias falsas contra a chapa adversária, encabeçada por Fernando Haddad (PT) e Manuela D’Ávila (PCdoB). A ação foi distribuída ao Corregedor Geral Eleitoral Ministro Jorge Mussi e ainda pendente de julgamento pelo TSE.

Recentemente, pela primeira vez, o *Whatsapp* admitiu<sup>9</sup> que, nas eleições de 2018, houve, de fato, a utilização disseminada de robôs com disparos massivos de mensagens pelos agentes de campanha do candidato eleito Jair Bolsonaro.

Mas não parou por aí. Uma vez eleitos, tais políticos e seus respectivos partidos estampam frequentemente episódios de uso retórico-falseado<sup>10</sup> de fatos, eventos históricos e estatísticas<sup>11</sup>,

---

<sup>7</sup> É essa, inclusive, a alegação da defesa do ex-Presidente Lula acerca das condenações dos casos “Tríplex do Guarujá” e do “Sítio de Atibaia” pelo então juiz, e hoje Ministro da Justiça, Sergio Moro e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após as trocas de mensagens entre o juiz da causa e o Ministério Público Federal pelos jornalistas do Intercept Brasil. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lawfare-na-sua-essencia-diz-a-defesa-de-lula-sobre-moro-ministro/>. Acesso em 28 nov. 2019.

<sup>8</sup> Pesquisa disponível em: <http://blogs.oii.ox.ac.uk/politicalbots/wp-content/uploads/sites/89/2018/11/US-Polarisation-and-Junk-News-Midterm-2018.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019.

<sup>9</sup> Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml?utm\\_source=twitter](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml?utm_source=twitter). Acesso em 28 nov. 2019.

<sup>10</sup> Inclusive, a Folha de São Paulo — diante da enxurrada de acusações contra o Governo Bolsonaro no sentido de que propaga *fake news* quotidianamente — criou a Agência Lupa, a primeira empresa especializada em fact-checking do Brasil, que tem como proposta “*verificar o grau de veracidade de frases que contenham dados históricos, estatísticos, comparações e informações relativas à legalidade ou constitucionalidade de um fato*”, objetivando checar “*a qualidade*



de modo a convenientemente moldá-los, com ataques a oponentes políticos<sup>12</sup> e a instituições<sup>13</sup>, às suas respectivas pautas políticas e aos clamores de suas bases eleitorais, as quais, então, passam a repercutir massivamente tais versões em ambiente virtual, criando-se um cenário jurídico-político marcado por radicalização, autoritarismo e insegurança jurídica, o que frequentemente impacta lesivamente na tensão entre constitucionalismo e democracia, entre a soberania popular e os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, bem como nas relações internacionais<sup>14</sup>.

Outro questão preocupante é aquela noticiada pela reportagem “Os blogueiros de crachá”<sup>15</sup>, da revista *Crusoé*, a partir de informações supostamente fornecias ao jornalista Felipe Moura Brasil por uma fonte infiltrada em grupos de *Whatsapp* da militância virtual bolsonarista, as quais afirmam (apresentando cópias das mensagens) que seria recorrente o uso de dinheiro de público para custear cargos governamentais comissionados de lideranças desses apoiadores do governo Bolsonaro, cuja atuação precípua seria a de incessantemente travar batalhas midiáticas nas redes sociais para, inclusive com a farta utilização de fake news, fazer propaganda do governo e atacar instituições e adversários políticos. Segundo narra a reportagem, esses “blogueiros de crachá”, custeados pelo erário, teriam uma atuação ramificada desde os níveis mais locais da política partidária até o Palácio do Planalto.

A partir desse conturbado panorama, pretende-se problematizar o uso das *fake news* e de sua contribuição sociológica para a propagação da “pós-verdade” nos sistemas jurídico e político. Para tanto, será suscitada a teoria habermasiana do discurso no afã de se demonstrar em que medida a disseminação de notícias falsas e a sua intencional utilização em processos eleitorais e na administração política enfraquece, a um só tempo, os acordos e pressupostos tácitos da comunicação e a produtiva tensão entre constitucionalismo e democracia, invadindo e colonizando os sistemas jurídico e político com indevidas e questionáveis ingerências pragmáticas abusivas e inverídicas. Ademais, pretende-se investigar – a partir da teoria de Ronald Dworkin – em que medida a disseminação de *fake news* enfraquece a integridade na Política e a integridade no Direito, debilitando não só os laços comunitários e obrigacionais que ligam os cidadãos em torno de objetivos jurídico-políticos historicamente consagrados, mas também desalentando a comunidade de princípios que a Constituição constitui e cuja densificação para situações

---

*de produtos e serviços, além da veracidade de anúncios publicitários, slogans e imagens”, sendo “um lugar ao que os brasileiros podem recorrer quando precisam tomar decisões – das mais simples às mais importantes”* Tudo isso tendo por princípio a disponibilização de “links e/ou as imagens de todos os bancos de dados que usa para fazer suas verificações, pois acredita que é o leitor quem checa o checador”. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2015/10/15/como-fazemos-nossas-checagens/>. Acesso em 7 out. 2019.

<sup>11</sup> De acordo com verificação efetuada pelo UOL, cerca de 80% dos robôs pró-Bolsonaro ainda estariam ativos, com o objetivo de continuar propagando notícias falsas em favor do Governo. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/19/fake-news-pro-bolsonaro-whatsapp-eleicoes-robos-disparo-em-massa.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

<sup>12</sup> O Presidente Bolsonaro, em mais um episódio de exaltação pública da Ditadura de 1964, atacou o pai do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Felipe Santa Cruz, ao afirmar ironicamente que sabia como seu pai, Fernando Santa Cruz, opositor político do regime ditatorial, teria morrido. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-se-presidente-da-oab-quiser-saber-como-que-pai-dele-desapareceu-eu-conto-para-ele-23839835>. Acesso em 26 nov. 2019.

<sup>13</sup> O Presidente Bolsonaro publicou, em sua página do Tweeter, um vídeo em que se compara a um leão sendo atacado por várias hienas, dentre as quais estaria o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/bolsonaro-compara-supremo-e-psl-a-hienas-que-o-atacam.shtml>. Acesso em 27 nov. 2019.

<sup>14</sup> O Presidente Bolsonaro, após críticas do governo francês à atuação do Brasil para conter os incêndios na Amazônia em agosto de 2019, fez uma piada com a primeira-dama da França, Brigitte Macron, ao criticar sua aparência física em comparação com a primeira-dama brasileira, Michelle Bolsonaro. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro-faz-piada-sobre-primeira-dama-da-franca/>. Acesso em 25 nov. 2019.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://crusoe.com.br/edicoes/76/os-blogueiros-de-cracha/>. Acesso em 13 out. 2019.

concretas da vida social é a última *ratio* do Poder Judiciário, o qual — na atual quadra do constitucionalismo democrático — está cada vez mais compelido a tratar de pretensões abusivas inéditas, típicas de uma modernidade líquida, hipercomplexa, globalizada e amplamente fragmentária.

## **A TEORIA HABERMASIANA DO DISCURSO, *FAKE NEWS* E A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE (NA LINGUAGEM E NO DIREITO)**

Um dos problemas centrais que Habermas se propõe a responder é aquele referente à legitimidade do Direito moderno. Ou seja: em que medida se justifica a utilização do aparato jurídico-estatal enquanto institucionalização da coação?

Para ele, a passagem da Pré-Modernidade para a Modernidade implicou na superação do Direito Natural típico das sociedades tradicionais, as quais eram caracterizadas por uma indiferenciação entre o jurídico e o político e pela existência de um embasamento metafísico-religioso para o Direito (HABERMAS, 1997, v. II, p. 308), que se mostrava como indisponível e essencialmente voltado para a manutenção do *status quo* comunitário (NEVES, 2009, p. 6-7).

A emergência do mundo moderno, contudo, provocou um baque absolutamente revolucionário nesse modo de legitimação do Direito. Com efeito, é importante lembrar, com Habermas, o deslumbramento do homem moderno, visto agora, pela primeira vez na história, como indivíduo e como sujeito de direitos, tudo isso garantido por aquele Direito racional (forjado a partir da clara influência de pensadores como Locke e Kant) e da sua consagração de ideias abstratas auto evidentes (porque advindas da razão), como a liberdade individual, a propriedade e a igualdade formal (CARVALHO NETTO, 2004).

No entanto, segundo aponta Habermas, o pensamento de Kant não teria conseguido explicar a relação entre liberdades subjetivas e a autonomia dos cidadãos, especificamente no que toca à legitimação do Direito (HABERMAS, 1997, v. II, p. 239-240).

Habermas se insurge contra essa visão, a qual serviu de pano de fundo mantenedor do Direito liberal burguês típico do primeiro paradigma constitucional, buscando demonstrar que a Moral não poderia servir, como preconizado por Kant, de fundamento legitimador do Direito moderno. De acordo com ele, Direito e Moral seriam, na verdade, sistemas complementares e não subordinados um ao outro (HABERMAS, 1997, v. I, p. 256). Nesse sentido, relacionando as visões de Dworkin e de Habermas sobre o Direito e a Moral, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, afirmam que

[...] para ambos os autores [Habermas e Dworkin], portanto, é o conteúdo moral traduzido para o código especificamente jurídico que confere aos direitos fundamentais o *status* de incondicionalidade em face dos demais bens e valores sociais. Da incondicionalidade dos direitos resulta seu funcionamento como trunfos em face de possíveis abusos justificados com base em políticas de maximização de finalidades coletivas (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 74).

De igual maneira, Habermas critica a teoria jurídica neopositivista, a qual, segundo ele, teria primado por reduzir o Direito à legalidade, ou seja, à sua facticidade oriunda da possibilidade de sanção e coerção estatal, não se preocupando com a legitimidade.

Com efeito, conforme já explorado, o paradigma Social primou por produzir visões como as de Kelsen, que buscou reduzir a validade normativa à condição de que a norma emanasse de alguma autoridade estatal dotada de poder para tal normatização, o qual, por sua vez, seria advindo, de outra norma hierarquicamente superior (KELSEN, 1978, Cap. V).

Há, portanto, de acordo com a visão habermasiana, uma obliteração da dimensão de validade (ou seja, da legitimidade do Direito) pela a teoria neopositivista do Direito (HABERMAS, v. I, 2010, p. 118-119), vista por ele como um enfoque jurídico objetivador, ao qual pode ser contraposta outra perspectiva:

Por referir-se tanto à facticidade da validade social, que se mede pela obediência geral às normas, quanto à legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo, o direito permite aos membros da comunidade jurídica escolherem entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma: objetivador ou performativo, podendo adotar modos de ler correspondentes a cada um dos enfoques. Para o 'arbitrio' de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, a regra constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico - com consequências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma. Quando, porém, um ator deseja entender-se com outros atores sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenha sucesso em suas ações, a regra amarra a sua 'vontade livre' através de uma pretensão de validade deontológica (HABERMAS, v. I, 2010, p. 51).

É assim que o professor de Frankfurt propõe uma nova explicação da relação entre legalidade e legitimidade no âmbito do Direito, a partir do enfoque performativo dos atores em sua *teoria do agir comunicativo*, a qual se mostraria adequada a explicar as contingências do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Após a implosão da razão prática calcada nas formas concretas da vida social (que vigorou filosoficamente desde Aristóteles a Hegel como explicação da dinâmica social) pela filosofia do sujeito, não se pode mais fundamentar o direito racional na teleologia da história e na tradição. Tampouco se mostraria atrativa uma melancólica crítica da razão nos moldes pós-nietzscheanos ou, em sua visão, um funcionalismo social que neutralizasse a noção de sujeito (HABERMAS, 2010, v. I, p. 17-19). Habermas propõe, então, a substituição da razão prática por uma razão comunicativa. Segundo ele:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa é o médium linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigações relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer (HABERMAS, v. I, 2010, p. 20).

Sobre a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem, Habermas assim discorre:

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se

defronta com o ‘ter que’ prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o ‘ter que’ de uma coerção transcendental fraca — derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores proferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 20-21).

Dessa forma, essas “*intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 21) formam a base de validade que possibilita a própria comunicação.

Como se vê, a propagação disseminada de *fake news* como estratégia eleitoral e governamental corrompe justamente essa base de validade da comunicação, na medida em que os emissores da mensagem — diretamente interessados em colonizar o sistema político com o uso de mentiras sobre adversários, instituições e até sobre a história constitucional — desrespeitam essas condições possibilitadoras e limitadoras do entendimento, emitindo informações que não atribuem significado idêntico a enunciados, tampouco considerando-se como imputáveis — “*isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 20).

Sobre o ponto, Habermas afirma que

A suposição da utilização de expressões linguísticas com significado idêntico pode às vezes parecer errônea na perspectiva de um observador, e, inclusive, parecerá sempre errônea à luz do microscópio dos etnometodólogos; entretanto, tal pressuposto é necessário, ao menos contrafactualmente, para todo o uso da linguagem orientada pelo entendimento (HABERMAS, v. I, 2010, p. 38).

Ademais:

Os participantes da interação têm que atribuir-se reciprocamente a consciência de seus atos, ou seja, têm que supor que eles são capazes de orientar seu agir por pretensões de validade. A partir do momento em que essa expectativa de racionalidade se revela falsa, os participantes — bem como os observadores sociológicos enquanto virtuais participantes — passam do enfoque performativo para o objetivador (HABERMAS, v. I, 2010, p. 38).

Para Habermas o enfoque objetivador seria aquele caracterizado pelo “*‘arbítrio’ de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, a regra constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico - com consequências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 51).

De maneira oposta, o enfoque performativo seria aquele em que “*um ator deseja entender-se com outros atores sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenha sucesso em suas ações, a regra amarra a sua ‘vontade livre’ através de uma pretensão de validade deontológica*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 51)

Nota-se, portanto, que a utilização de *fake news* prima por corromper a comunicação com pretensões abusivas individualistas do seu emitente, que não se orienta mais para o entendimento e para a comunicação, visando o consenso racional na esfera pública, mas, ao contrário, pretende corromper própria comunicação com vistas a apenas cancelar politicamente objetivos políticos pragmáticos seus.

Sobre a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem Habermas afirma o seguinte:

O momento ideal de incondicionalidade está enraizado nos processos de entendimentos factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra a dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação — pois não existe para isso um contexto zero. A universalidade da aceitabilidade racional asserida explode todos os contextos; entretanto, somente a aceitação obrigatória in loco pode fazer das pretensões de validade trilhos para uma prática cotidiana ligada ao contexto (HABERMAS, v. I, 2010, p. 39).

De acordo com o professor de Frankfurt, no afã de se entenderem mutuamente, os atores transportam essa tensão do interior da linguagem para a coordenação de suas ações, ou seja, para o mundo social (HABERMAS, v. I, 2010, p. 34-35). É aí que se pode falar em agir comunicativo:

[...] Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão linguística desencadeada no agir comunicativo através de pretensões de validade como um momento de facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem formas de vida. [...] A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto (HABERMAS, v. I, 2010, p. 56-57).

Pode-se falar, dessa forma, da sua teoria do agir comunicativo, que é assim por ele definida:

O conceito 'agir comunicativo', que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas *mantêm-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados — ao menos de indivíduos socializados comunicativamente — devendo ser trabalhada pelos participantes." (HABERMAS, vol. I, 2010, p. 35).

No âmbito jurídico, sobre a tensão entre facticidade e validade<sup>16</sup>, coloca a indagação central no sentido de que *"o que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente"* (HABERMAS, vol. I, 2010, p. 56). Para ele,

[...] a ideia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da autoaplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito a partir de fora. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma sequência aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder — ilegítimo — das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa (HABERMAS, vol. I, 2010, p. 61).

---

<sup>16</sup> Segundo aduz, "[...] com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, através da qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo), essa relação de tensão emigra para os fatos sociais. Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão linguística desencadeada no agir comunicativo através de pretensões de validade como um momento da facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem as formas de vida" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 56).

Com efeito, para Habermas, o Direito é marcado por uma dupla tensão entre facticidade e validade. A tensão externa “[...] refere-se à situação do direito perante os imperativos funcionais de uma sociedade supercomplexa” (NEVES, 2012, p. 112), ou seja, à relação entre fundamentação e efetividade do Direito, a qual pode ser exemplificada no embate entre conceitos sociológicos do Direito e conceitos filosóficos de justiça.

Para ele, as teorias sociológicas (principalmente, Marx e Luhmann), ao privilegiarem a facticidade do fenômeno jurídico, teriam recaído em um objetivismo radical, desconsiderando a fundamentação e a justificação filosófica do Direito (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 68-69). De outra banda, as teorias filosóficas da justiça (notadamente, Rawls), ao privilegiarem sobremaneira a validade do sistema jurídico, teriam incorrido na desconsideração de aspectos institucionais do fenômeno jurídico, recaindo fortemente em uma abstração teórica desamarrada do mundo fático-social (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 90).

Por outro lado, haveria uma tensão interna, referente à relação entre positividade e legitimidade: “o direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos” (NEVES, 2012, p. 114).

Nesse sentido,

[...] o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação”. Isso quer dizer que “a autonomia do direito, inerente ao Estado de Direito, [...] resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação racional discursiva (NEVES, 2012, p. 143).

Para Habermas, as leis

[...] obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade (HABERMAS, vol. I, 2010, p. 114-115).

Sendo assim, a teoria do discurso afirma ser o Direito *procedimentalmente legitimado*. Noutras termos,

[...] entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS, vol. II, 2010, p. 181).

Habermas sintetiza as suas reflexões sobre o *procedimentalismo jurídico* da seguinte maneira:

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocratas do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para o desenvolver do direito — a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito —, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legitimadora da opinião e da vontade necessitam de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura

de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas (HABERMAS, vol. II, 2010, p. 183-184).

Os procedimentos, então, para a teoria discursiva de Habermas, “*legitimam-se [...] enquanto possibilitam e valorizam o consenso racional, ou seja, a tomada de decisões racionalmente generalizáveis*” (NEVES, 2012, p. 145).

Diga-se que Habermas adota, em certa medida, os postulados da separação proposta por Klaus Günther entre *discursos de fundamentação* e *discursos de aplicação* (o que será visto no próximo Subcapítulo), buscando complementá-los com sua *Teoria Discursiva do Direito*.

Segundo afirma, a legitimidade do Direito moderno, no que concerne aos seus discursos de fundamentação, ou seja, de formação da lei, residiria na possibilidade de que todos os possíveis afetados tenham a possibilidade de interferir no processo político de formulação do Direito, podendo-se falar numa verdadeira auto legislação marcada pelo consenso como horizonte.

Isto é, os discursos de fundamentação são marcados pela

[...] força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade — e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 138).

Noutras palavras:

O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito (HABERMAS, v. I, 2010, p. 190-191).

Em decorrência disso, Habermas suscita o seu famoso *princípio da universalização*, o qual “*obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares previsivelmente típicos, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 203). Isso, para ele, tornaria uma norma imparcial e legítima.

Todavia, tais situações típicas seriam um *standard* e, por isso mesmo, apresentar-se-iam de maneira “completamente descontextualizada”, na medida em que “*nos discursos de fundamentação, não se pode levar em conta ex ante todas as possíveis constelações de casos singulares futuros, a aplicação da norma exige um esclarecimento argumentativo sui generis*” (HABERMAS, v. I, 2010, p. 203).

Dessa forma, do excuro acima tecido, nota-se que a utilização instrumental e interessada de *fake news* por agentes políticos constitui uma dupla colonização comunicativa. Dupla porque, além de corroerem os pressupostos comunicativos idealizados que possibilitam a comunicação orientada pelo entendimento (minando a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem), a disseminação de *fake news* influencia a própria coordenação da ação social e, por conseguinte, a Política e o Direito, eis que — aqueles atores que as emitem na esfera pública o fazem justamente com o objetivo de não se comunicarem pelo entendimento, mas sim, conforme visto, pelo enfoque objetivador, que é personalista e trata a comunicação como um fórum privado em que o entendimento é o último fator a ser considerado, importando mais a perpetuação de pretensões individualistas jurídico-políticas e econômicas.

Esse é, portanto, um dos grandes desafios do paradigma do Estado Democrático de Direito no que se refere às *fake news*: a constatação de que seus efeitos na esfera pública não se limitam a simplesmente a dificultarem o entendimento comunicativo, mas sim, e principalmente, ao fato

de que essas notícias falsas atuam de maneira destrutiva sobre a democracia, ao influenciarem de maneira distorcida agendas, debates, plataformas políticas e pleitos eleitorais, como comprovam as eleições presidenciais de 2018 no Brasil.

Para além disso, há a preocupante circunstância de as *fake news* atuarem de maneira destrutiva não só no que se refere às eleições e à governabilidade, ou seja, ao sistema político e à democracia. O uso de notícias falsas provoca o constitucionalismo, os direitos fundamentais e os procedimentos jurídicos, ou seja, atua diretamente sobre os fundamentos de legitimidade do Direito e da prática jurisdicional, na medida em que os discursos de aplicação — ao cobrarem do julgador a análise concreta e séria de todos os argumentos aptos a influenciarem o desdobramento de um caso concreto, único e irrepetível — podem eles mesmos serem influenciados por circunstâncias processuais pragmaticamente distorcidas, o que exigirá, mais do que nunca, sensibilidade e imparcialidade do julgador e dos aplicadores do Direito em geral, esses mesmos — como bem demonstram alguns lamentáveis episódios transcorridos na operação “Lava Jato” — estando sujeitos a criarem, processualmente, narrativas enviesadas e abusivas, materializando objetivos personalistas e pragmáticos e atentando contra o constitucionalismo democrático.

## DWORKIN, A PÓS-VERDADE E A INTEGRIDADE NA POLÍTICA E NO DIREITO

À semelhança de Habermas, questão fundamental para Ronald Dworkin é a problemática da legitimação política e moral do aparato jurídico de uma comunidade (DWORKIN, 2014b, p. 231): de onde advém a autoridade moral do Direito para monopolizar a força coercitiva estatal, criando deveres e obrigações jurídicas para as pessoas?

Para ele, as explicações dadas pelos filósofos políticos clássicos, como Kant e Rousseau, com suas ideias de legitimação mediante noções de contrato social, auto legislação e autonomia, não explicam satisfatoriamente a natureza da legitimidade do Direito. Isso porque se olvidam para aspecto indeclinável e fundante da questão, referente às obrigações morais mais intimistas e fundamentais que os membros de uma determinada comunidade básica<sup>17</sup> possuem uns em relação aos outros<sup>18</sup>. Em suas palavras:

“A integridade [...] promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania” (DWORKIN, 2014b, p. 230).

Segundo afirma, essas obrigações políticas e morais basilares são importantes na medida em que o “*Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendam impor-lhes deveres*” (DWORKIN, 2014b, p. 232).

Para a caracterização da natureza dessas obrigações, Dworkin recupera um dos famosos lemas da Revolução Francesa (1789), a fraternidade, conhecido mais comumente pelo sinônimo

---

<sup>17</sup> De acordo com Dworkin, “é essencial insistir em que as verdadeiras comunidades devem ser também comunidades básicas. As pessoas não podem ser forçadas a se tornar, involuntariamente, membros ‘honorários’ de uma comunidade à qual nem mesmo ‘basicamente’ pertencem somente porque outros membros estão dispostos a trata-las como tais” (DWORKIN, 2014b, p. 244).

<sup>18</sup> “A obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como em geral a representam os filósofos políticos. Torna-se uma ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence” (DWORKIN, 2014b, p. 231).



“comunidade” (DWORKIN, 2014b, p. 228). O que caracteriza uma comunidade? Quais laços político-morais unem seus membros?

Segundo aponta, as comunidades associativas e as obrigações delas resultantes são definidas pela história das suas práticas sociais, o que ocorre “*não por decreto ou ritual, não através da extensão explícita das convenções, mas de maneira mais complexa, introduzida pela atitude interpretativa*” (DWORKIN, 2014b, p. 238).

Seriam quatro as atitudes que os membros da comunidade associativa devem adotar para que suas mútuas responsabilidades individuais passem a ser vistas como verdadeiras obrigações fraternais: (a) as obrigações devem ser vistas como especiais<sup>19</sup> entre os membros da comunidade em relação a grupos externos; (b) as obrigações têm de ser pessoais, ou seja, devem trespassar desde as mais elementares responsabilidades entre membros (família, amizade, trabalho, etc.) até a comunidade vista em sua perspectiva macro<sup>20</sup>; (c) as obrigações específicas e casuísticas devem ser vistas como expressão de uma responsabilidade política mais geral; e, (d) as associações fraternais devem refletir obrigações que demonstrem igual interesse<sup>21</sup> por seus membros reciprocamente, de forma que “*a vida de uma pessoa não é mais importante que a de nenhuma outra*” (DWORKIN, 2014b, p. 242-243).

Dworkin, portanto, combina dois complexos vieses ao caracterizar as obrigações associativas de uma comunidade: a prática social criadora das obrigações e a interpretação crítica dessas mesmas práticas. Isso porque há práticas sociais forjadoras de grupos que não se enquadram nessas exigências — não obstante a necessidade de que as associações fraternais sejam, antes de tudo, comunidades basilares. Justamente a delimitação do cumprimento ou não dessas condições é uma questão de interpretação crítica (DWORKIN, 2014b, p. 246-247).

Operando o giro linguístico hermenêutico-pragmático no campo do direito, mediante sua intrigante questão filosófica do “*agulhão semântico*”, Dworkin compara, como pressuposto de sua reflexão sobre a integridade na política e no direito, a natureza interpretativa da prática jurídica com a interpretação literária. Para ele, seja em qualquer desses domínios, interpretar significa lançar as melhores luzes sobre o objeto interpretado, (DWORKIN, 2014, p. 292), reconstruindo seja a história institucional dos princípios constitucionais, seja um poema, da maneira mais

---

<sup>19</sup> “*Imaginamos que temos interesses especiais por outros membros de nossa própria nação, bem como obrigações para com eles. Os norte-americanos dirigem seus apelos políticos, suas exigências, visões e ideais, em primeiro lugar, a outros norte-americanos; os ingleses a outros ingleses, e assim por diante. Tratamos a comunidade como algo anterior à justiça e à equidade, no sentido de que as questões de justiça e equidade são vistas como questões do que seria equitativo e justo no interior de um grupo político específico. Assim, tratamos as comunidades políticas como verdadeiras comunidades associativas*” (DWORKIN, 2014b, p. 251-252).

<sup>20</sup> Segundo aponta, “*a melhor defesa da legitimidade política — o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade — vai ser encontrada não onde os filósofos esperaram encontrá-la — no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos —, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne*” (DWORKIN, 2014b, p. 249-250).

<sup>21</sup> “*As responsabilidades de que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse. Estas não são condições psicológicas. Ainda que um grupo raramente as satisfaça ou sustente por muito tempo, a menos que seus membros realmente se sintam unidos por algum laço emocional, as condições em si não o exigem. O interesse que exigem é uma propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades — estas devem ser práticas que seriam adotadas pelas pessoas que tenham o grau exigido de interesse —, e não uma propriedade psicológica de algum número fixo de verdadeiros membros. Assim, contrariamente ao pressuposto que parecia não admitir assimilação das obrigações políticas às obrigações associativas, as comunidades associativas podem ser maiores e mais anônimas do que poderiam ser se houvesse a condição necessária de que cada membro ame todos os outros, ou mesmo que os conheça ou saiba quem são*” (DWORKIN, 2014b, p. 243-244).

coerente possível, ainda que existam — e Dworkin não nega isso (pelo contrário, reconhece) — a possibilidade de diferentes formas de reconstrução e de interpretação de uma prática política e/ou política por intérpretes diferentes.

É nesse sentido que políticas de pureza racial e de discriminação são práticas sociais que, apesar de criarem obrigações genuínas *a priori*<sup>22</sup>, devem ser extintas devido à profunda injustiça que provocam, bem como ao flagrante desrespeito aos requisitos das comunidades associativas, notadamente no que concerne à exigência de igual interesse, consideração e respeito pelos cidadãos entre si.

Com efeito, Dworkin não está preocupado simplesmente com a observação e descrição sociológica de práticas comunitárias, mas com “*a questão interpretativa da natureza do interesse e das responsabilidades mútuas que nossas práticas políticas devem expressar para justificar a pretensão de verdadeira comunidade que parecemos ter*” (DWORKIN, 2014b, p. 252).

Sendo assim, propõe três modelos ilustrativos gerais de associação política, tendo por base os tipos de atitudes e de laços entre os seus respectivos membros: (a) *a associação de fato*: não há qualquer caráter especial na associação de seus integrantes, uma vez que ela resulta de mera causalidade histórico-geográfica da qual não se deriva qualquer obrigação ou responsabilidade associativa especial<sup>23</sup>; (b) *o modelo das regras*: os membros da comunidade comungam do pacto geral de obedecer às regras particularmente estabelecidas pela comunidade enquanto compromissos que refletem negociações de interesses diversos, estando as obrigações dos indivíduos para com os demais esgotadas tão-somente nos limites prescritos pelos conteúdos das regras e não em quaisquer princípios de moral política subjacentes; e, (c) *o modelo dos princípios*: parte do pressuposto de que os membros da comunidade estão ligados por princípios comuns e não simplesmente por regras estipuladas consensualmente, sendo os indivíduos portadores de direitos e deveres quando estes são derivados desse rol de princípios<sup>24</sup>, ainda que nunca tenham sido formalmente declarados por qualquer autoridade pública (DWORKIN, 2014b, p. 252-255).

Desses três espécimes de comunidade, apenas o terceiro, o *modelo dos princípios*, satisfaria os três requisitos para a configuração de uma associação autêntica, uma vez que seria o único a apresentar o terceiro requisito, qual seja, o interesse genuíno e profundo de cada membro por todos os indivíduos da comunidade. Em outras palavras: “*sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa*” (DWORKIN, 2014b, p. 257).

Com efeito, uma verdadeira comunidade aceita o postulado da integridade, enquanto “*interpretação construtiva bem-sucedida de nossas práticas políticas como um todo*” (DWORKIN,

---

<sup>22</sup> Dworkin, para ilustrar seu argumento, suscita um exemplo de sociedade em que pais podem escolher os maridos das filhas, mas não as mulheres dos filhos. De acordo com ele, “*se o tratamento discriminatório imposto às filhas tiver por base o pressuposto mais geral de que elas são menos dignas que os filhos, a associação não é genuína, e dela não decorre nenhuma responsabilidade especificamente associativa*” (DWORKIN, 2014b, p. 247) Nesse sentido é a reflexão de Dworkin sobre o clássico enigma das leis más e sobre os decretos nazistas (DWORKIN, 2014a, p. 627-630).

<sup>23</sup> “Na verdade, como sua única preocupação é a justiça abstrata, universalista por natureza, não podem ter base alguma para um interesse especial” (DWORKIN, 2014b, p. 255).

<sup>24</sup> “*Também não presume que esses outros direitos e deveres não estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política*” (DWORKIN, 2014b, p. 255).

2014b, p. 259), como uma de suas maiores virtudes políticas<sup>25</sup>, ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal, desprezando as soluções legislativas conciliatórias, as quais representam tudo aquilo que uma comunidade de princípios rechaça (DWORKIN, 2014b, p. 62). Isso porque a integridade política leva a sério

[...] a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral — suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder — em nome da fraternidade (DWORKIN, 2014b, p. 258).

Nota-se, portanto, que uma verdadeira comunidade de princípios adota a integridade como postura interpretativa de suas práticas jurídico-político comunitárias, assumindo o compromisso de que, mesmo diante das naturais divergências interpretativas entre indivíduos e grupos, há de prevalecer o compromisso democrático de reconstruir essa história político-constitucional, quando do seu processamento legislativo e jurisdicional, da maneira mais coerente e fidedigna possível, levando-a a sério.

Sendo assim, para ele, em resposta ao clássico dilema da filosofia política, pode-se ver “*a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos portanto tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção*” (DWORKIN, 2014b, p. 258).

Como se conceber, então, à luz de Dworkin, o fenômeno contemporâneo da utilização massiva de *fake news* em processos eleitorais e como ferramenta política de governo?

Só evidente, de tudo quanto já aqui dito, que, a utilização, estratégica e abusiva, de notícias falsas como forma de atacar, de maneira interessada e oportunista, opositores políticos, instituições democráticas e narrativas históricas se apresenta, precisamente, como uma frontal negativa da comunidade de princípios que a Constituição constitui e do seu projeto de sociedade democrática, na medida em que nega não só o postulado da integridade, mas, principalmente, transforma uma comunidade baseada em princípios em uma mera associação de fato, em que não se tem, para com o outro, qualquer o associativo mais robusto, qualquer obrigação moral e política a ligar os indivíduos entre si e com a sociedade.

Uma prática política que esteja calcada em objetivos político-econômicos pragmáticos e instrumentais, em que a história constitucional seja utilizada não como espaço de memória (NORA, 1993) das lutas pela afirmação e reafirmação de direitos, mas como mero palanque a ser abusivamente apropriado por governantes de momento para, torcendo-a e retorcendo-a a seu bel prazer, produzirem narrativas sobre a democracia e sobre a Constituição que, ao fim e ao cabo, primam justamente por negá-las.

O uso de *fake news* como estratégia política nega o princípio da fraternidade e rechaça, portanto, a visão de que todos os cidadãos devem ser detentores de igual respeito e consideração, sendo livre e iguais em seus projetos identitários individuais e coletivos.

---

<sup>25</sup> De acordo com Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “*Uma verdadeira comunidade, que Dworkin denomina de princípios, é uma comunidade especial. Além de compartilhar esses princípios comuns, eles a compreendem como uma comunidade de princípio, pois seus membros se conhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é constitutiva. Não se obedece a essas normas como realização de uma justiça global, universal, no exemplo dado por Dworkin. Tais obrigações nascem justamente desse senso de pertencimento a uma comunidade que compartilha os mesmos princípios*” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 62-63).

A perspectiva da constituição como comunidade de princípios cede lugar, dentro dessa ótica política instrumental, à clássica e autoritária tese de Carl Schmitt de que a política seria fundamentalmente calcada na relação amigo/inimigo e que, para a conquista e manutenção da soberania política, seria não só facultado, mas até mesmo impositivo no contexto de uma sociedade de massas, que o líder se valha de um aparato midiático para, mediante artifícios retórico-carismáticos, a criação de um inimigo comum a unir a nação e a formar um “nós” contra “eles” (SCHMITT, 1992, p. 51-53).

Utilizar *fake news* para atacar adversários políticos e instituições democráticas que tomem decisões contrárias a interesses jurídico-políticos imitados de quem as emitem, procurando criar na esfera pública um quadro político belicoso em que o adversário não é visto como detentor de igual respeito e consideração, mas como inimigo, é negar a intrincada tensão entre constitucionalismo e democracia no paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que estimula o uso

Sendo assim, para ele, em resposta ao clássico dilema da filosofia política, pode-se ver “*a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos portanto tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção*” (DWORKIN, 2014b, p. 258).

O uso massificado de *fake news* como estratégia jurídico-político, portanto, prima pelo oposto, por transformar a sociedade, enquanto comunidade de cidadãos que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e detentores de igual respeito e consideração (CARVALHO NETTO, 2004), e a Constituição, enquanto comunidade de princípios (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 158), em possibilidades de atuação abusiva e pragmática para a consagração não da melhor interpretação de nossas práticas legislativas e jurídicas ao longo da história constitucional, mas sim para a consagração de objetivos individualistas e personalistas de governanças de momento, em detrimento da soberania popular e dos direitos fundamentais.

Dessa forma, de acordo com Dworkin, a integridade na política (e sua exigência de coerência como virtude maior quando se reconstrói a trajetória política de determinada associação genuína de indivíduos governados por princípios comuns) é aquilo que dá vida democrática à comunidade política. De igual maneira, é a integridade no direito, com a sua exigência de coerência quando se interpreta a comunidade de princípios que a Constituição constitui que dá vida jurídica aos direitos fundamentais. Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto: “*E, realmente, o Direito Constitucional é vida; ou é vida ou não é nada*” (CARVALHO NETTO, 2003).

## CONCLUSÃO

O uso de notícias falsas como estratégia político para conquista e perpetuação de poder mostra-se, conforme amplamente acima discorrido à luz de Dworkin e de Habermas, como uma prática flagrantemente inconstitucional, na medida em que trai a tensão entre constitucionalismo e democracia, corrompe a possibilidade de comunicação na esfera pública voltada para o entendimento acerca dos caminhos políticos da sociedade, intoxica a coordenação da ação social com pretensões altamente abusivas que atentam contra a legitimidade da política e do direito e transformam a comunidade de princípios constituída pela Constituição em algo similar à autoritária visão de Carl Schmitt sobre o conceito de político, para ele resumido na relação amigo/inimigo, disponível ao personalismo individual de líderes carismáticos e de seus meios heterodoxos de obtenção e manutenção de poder.

O debate é multifacetado e, diante de problemáticas experiências políticas atuais no Brasil e no mundo, carece de reflexões cada vez mais críticas, que busquem reafirmar, a um só tempo, a democracia, enquanto soberania popular, enquanto o povo tomando as rédeas efetivas de sua vida em comunidade e tendo participação concreta e agora sobre a construção de sua cidadania; e o constitucionalismo, enquanto direitos fundamentais, enquanto garantia dos direitos das minorias e dos procedimentos jurídico-políticos constitucionalmente assegurados para exercício efetivamente democrático da participação política.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adécio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUNLAP JR., Charles. **Lawfare today**: a perspective. Yale Journal of International Affairs, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NORA, Pierre. **Entre Memória e História**: a problemática dos lugares. Revista Projeto História, São Paulo, v. 10. Dez. 1993.

SCHIMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

# A RETÓRICA REACIONÁRIA COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA

**Natália Carolina Santos de Paula**

Advogada. Mestranda em Direito (UFPE).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar se a problemática tributária geradora de desigualdades sociais no Brasil pode ou não encontrar respaldo em teses reacionárias como as elencadas por Hirschmann.

Sendo assim, para investigar o problema apresentado e galgar o objetivo explanado, primeiramente, salientar-se-á as principais dificuldades tributárias presentes em território brasileiro, tais quais: a regressividade do ordenamento fiscal, a ausente positividade do Imposto sobre Grandes Fortunas e as demasiadas concessões de incentivos fiscais. A partir disso, serão colacionados alguns dos discursos utilizados para manter o sistema tal como é. Sucessivamente, procurar-se-á elucidar as três teses reacionárias de Hirschman, quais sejam, a tese da perversidade ou do efeito perverso, a tese da inutilidade e a tese do risco ou ameaça. Por último, pretende-se aplicar as noções expostas à questão da desigualdade fiscal ainda existente em solo brasileiro, que gera a desigualdade social, a fim de analisar se a injustiça fiscal respaldada pelo ordenamento jurídico tributário encontra-se alicerçada nas teses retóricas de Hirschmann.

## SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

A carga tributária brasileira é um tema bastante controvertido entre a população. Muito embora desconheçam as minúcias que envolvem a questão, as pessoas muitas vezes tendem a divulgar aquilo que é repassado pelos meios comunicativos como verdadeiro. Deste modo, a informação usualmente difundida é a de que os tributos seriam bastante elevados para todos no Brasil.

No entanto, uma análise mais pormenorizada sobre a temática mostra que os impostos tidos como diretos (mais especificamente, o Imposto de Renda, o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, o Imposto sobre a propriedade Predial e Territorial Urbana e o Imposto sobre a Transmissão de Bens *Inter vivos*) possuem uma ausente variedade em suas bases de cálculo e alíquotas incoerentes com o princípio da capacidade contributiva, o que faria com que as classes média baixa e média média tivessem quase que o mesmo encargo fiscal que as camadas mais abastadas da sociedade.

Tomando a tabela mensal do Imposto de Renda Pessoa Física 2019 como exemplo, observa-se que, para aqueles sujeitos que recebem um rendimento a partir de R\$4.664,68 por mês, a alíquota incidente já é a máxima, de 27,5% (RECEITA FEDERAL, 2018). Ou seja, não importa se o ganho individual é o de cinco mil ou trinta mil reais, a porcentagem a recair sobre ele é a mesma, indicando que a progressividade desse imposto é apenas aparente. O mesmo ocorre com os outros impostos aludidos acima.

Já os impostos indiretos (nomeadamente, o Imposto sobre Produtos Industrializados, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços e o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza) submetem a todos os consumidores igualmente, sem nenhuma distinção em

relação à capacidade contributiva e à igualdade material existente entre eles, uma vez que todos compram os produtos destinados às suas sobrevivências basicamente por um mesmo preço.

Não se poderia nem utilizar a justificativa de que os bens supérfluos seriam mais fortemente tributados que os essenciais, vez que o feijão e a caneta esferográfica recebem um encargo maior que a compra de um piano.

Há que se considerar ainda que o consumo é considerado como proporcionalmente decrescente em relação à renda, tendo em vista que, quanto maior o valor dessa, menos se gasta percentualmente em relação a ela, e que a própria satisfação com o consumo é maior entre os estratos menos favorecidos, fazendo com que estes tenham uma propensão a despender mais.

Destarte, um sujeito que receba R\$3.000,00 (três mil reais) mensais e despenda R\$500,00 (quinhentos reais) em alimentação, a parcela destinada a tal intento seria a de 25%. Por outro lado, aquele que ganha R\$30.000,00 (trinta mil reais), mesmo que gastasse o sêxtuplo em alimentos, no caso, R\$3.000,00 (três mil reais), estaria reservando somente 10% do seu dinheiro para este objetivo. Isto é, considerando que a porcentagem do imposto não mudaria de sujeito para sujeito, tendo em vista que o arroz, por exemplo, custa o mesmo para todos, aquele que utilizaria 25% de seu rendimento para tal finalidade acabaria por pagar mais do que aquele que empregaria apenas os 10%.

Isto posto, o que se observa é que o Brasil possui, sim, uma grandiosa incumbência fiscal, mas não para todos – apenas para as classes médias baixa e média. Inclusive, em comparação com os países da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), o Ministério da Fazenda concluiu em 2015 que o país meramente detém um excessivo ônus fiscal em relação à tributação de bens e serviços. No que se refere aos outros parâmetros, como o salário, a propriedade e a renda, a nação teria um dever tributário mais reduzido (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2015).

O que se constata, portanto, é que o sistema só beneficia a minoria mais opulenta do topo, funcionando de maneira regressiva na maioria das vezes. E, do jeito que está nenhuma modificação econômica ou a utilização de algum benefício social resolveria a problemática.

A questão pode ser considerada prejudicial à própria estrutura do capitalismo. Isso porque acaba por impedir a mobilidade entre as classes através do trabalho, já que a maioria dos ganhos das camadas medianas vai direto para os cofres públicos, enquanto que o excedente de riqueza do topo da pirâmide não é proveniente do capital, e sim de investimentos realizados com o outrora montante excedente, que dificilmente serão aplicados na economia do país.

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Global de 2016 - relativo ao ano de 2015 - , realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil ocupa a 79ª posição (de um total de 188 países) no Índice de Desenvolvimento Humano, com o valor de 0,754. De 2010 a 2015, a nação apresentou o coeficiente de Gini de 51,5 – que revela a medida de desvio da distribuição de renda de uma nação, sendo 0 (zero) a representação da igualdade absoluta e 100 (cem) a desigualdade completa -, sendo, portanto, o 10º país do mundo em desigualdade de renda (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2016).

Neste cerne, normalmente apontam-se duas saídas como forma de redução desse desequilíbrio. A primeira seria através das receitas, que serviriam como modo de custeio arrecadado por meio da capacidade contributiva dos cidadãos. E a segunda delas por intermédio de despesas, com a promoção de políticas públicas para a inclusão social (MELO, 2014).

Entretanto, no Brasil, se faz necessária tanto uma justiça na tributação quanto na distribuição. Isto porque é fundamental que se recolham as receitas de uma forma materialmente

igualitária do mesmo modo que o gasto delas deve ser utilizado com despesas que propiciem um equilíbrio redistributivo. Sendo assim, não basta apenas arrecadar de forma adequada, se o Estado desembolsa tais recursos indiscriminadamente, promovendo incentivos fiscais desmedidos, por exemplo. Igualmente, também não se poderia falar em efetivar uma melhor distribuição de riquezas quando a maior parte das quantias se retira somente das classes média baixa e média da sociedade.

Neste cerne, entra em cena o próprio princípio da igualdade tributária, que nada mais é que um reflexo do princípio constitucional da igualdade. Deste modo, ele estabelece tanto a igualdade formal quanto a material, isto é, uma isonomia perante as normas tributárias, assim como que os dessemelhantes devam ser tratados desigualmente na medida de suas diferenças, a fim de que se efetive uma verdadeira isonomia. Atendendo a esse sentido, então, está conforme o seu mandamento a ideia de que aqueles que melhor possam contribuir para com o fisco têm o dever de assim o fazer em uma maior dimensão.

Neste mote, ingressa na questão o princípio da capacidade contributiva ou econômica, que, por sua vez, é consagrado pela Constituição Federal e serve para concretizar e especificar o princípio da igualdade. De acordo com ele, os tributos possuiriam um caráter pessoal e, por isso, deveriam ser graduados conforme a capacidade econômica que cada contribuinte deteria.

Assim, Regina Helena Costa entende que a progressividade é a técnica mais adequada para se atingir a igualdade material e, com isso, a capacidade contributiva, posto que aqueles que realmente possuam maiores riquezas acabarão por arcar efetivamente mais pelos tributos em geral, em favor dos que pouco ou nada dispõem (COSTA, 2012, p.83).

No entanto, o que se pode notar é que, no Brasil, pouca atenção se é dada à progressividade. Ou bem ela é de fraca aplicação, como nos impostos diretos, ou bem ela cede lugar à regressividade, como ocorre com os impostos indiretos.

Além disso, há ainda o tópico dos benefícios fiscais, já aludido em um dos parágrafos acima. Atualmente, são cada vez maiores as vantagens tributárias concedidas às empresas para que aqui se instalem. E esses benefícios não são acompanhados de nenhum retorno à sociedade. A própria criação de empregos com o surgimento desses estabelecimentos é muitas vezes questionável, o que faz com que partes do corpo social obtenham mais uma sobrecarga indevida. Não que esses tipos de proteção não possam ser, sob hipótese alguma, bem recebidas. O problema jaz na falta de transparência quanto às razões de suas concessões e a falta de justificativas para suas perpetuações.

Os auxílios seriam uma vantagem seletiva conferida a certas empresas ou atividades econômicas, isto é, um proveito que não é geral, e sim direcionado a determinado(s) tipo(s) de negócios. Portanto, não representariam um dispêndio de fundos públicos, e sim o não recebimento das receitas a que o poder público teria direito.

Todavia, a perda da entrada dessas receitas fiscais se traduziria em um maior desembolso de recursos estatais para a efetivação de suas despesas. Afinal, com a não introdução desse capital no orçamento administrativo, o Estado precisaria retirar tal montante de lugar diverso, a fim de satisfazer o importe que as demandas sociais originalmente exigiriam. Ou, ainda, simplesmente deixaria de atender os custos de determinadas necessidades públicas.

Porém, como já dito, no Brasil, muito se fala em incentivos e benefícios fiscais para propiciar uma melhora no desenvolvimento econômico local, mas pouco se vê dessa melhora na prática. Muitos negócios são instalados sem trazer nenhuma vantagem laboral ou econômica para a área. Pelo contrário. Os empregados desses empreendimentos são provenientes do estado de origem do negócio, assim como o dinheiro é para lá enviado.



E essas políticas se perpetuam ao longo do tempo sem nenhuma transparência ou controle governamental. Não há nenhum acompanhamento dessas medidas, para que se analise se as mesmas têm alguma necessidade de renovação, revogação ou aperfeiçoamento. Também não há maiores critérios para a estipulação de seu estabelecimento e manutenção.

No entanto, ainda que seja uma política brasileira bastante popular, não há razão para que essa conjuntura assim permaneça, já que os benefícios fiscais afetam uma parte importante da arrecadação das receitas estaduais. Para haver um comprometimento da concorrência empresarial saudável entre os negócios, uma desigualdade regional gerada entre os estados e um prejuízo orçamental com as receitas públicas, que acaba por ser repassado ao contribuinte, deve haver um mínimo de justificação e progresso econômico da região. E isso não ocorre na maioria das vezes.

Talvez uma política de subsídios fosse mais eficaz nesse quadro. O subsídio é, neste caso, um valor monetário concedido governamentalmente com o escopo de estimular um determinado comportamento. Sua vantagem é que seria uma grandeza fixa, estabelecida de modo temporário, não seria prejudicial ao recolhimento fiscal, evitaria a guerra fiscal entre os estados e não geraria desigualdades a depender da forma como fosse realizada.

Somado a tudo isso, há ainda a falta de positividade do Imposto sobre Grandes Fortunas, cujo regramento seria essencial para promover uma melhor distribuição de renda e de riquezas. No entanto, cada vez que o tema é posto em pauta, várias são as razões para não se legislar sobre o mesmo.

## **DISCURSOS COMUMENTE UTILIZADOS PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM TRIBUTÁRIA**

O sistema tributário brasileiro encontra-se da forma como é devido à defesa e à utilização de alguns discursos que impedem que haja uma modificação de sua lógica interna, de modo que ele passe a melhor atender o anseio constitucional por uma maior igualdade social e distributiva no país.

Em primeiro lugar, muitas das políticas tributárias brasileiras têm como embasamento a *trickle-down theory*, que, em português, seria a teoria do gotejamento. Tal conceito é originário da política norte-americana e tem como preceito fundamental a ideia de que o aumento de renda dos mais ricos respingaria sobre os mais pobres. Assim, uma tributação que trouxesse mais vantagens para as classes mais altas estimularia mais poupança para investimentos e empreendedorismo, o que acabaria por ocasionar ganhos econômicos para toda a sociedade, através do surgimento de novos postos de trabalho.

Tal tese, inclusive, serviu de mote para o livro “A riqueza de poucos beneficia todos nós?”, de Zygmunt Baumann, no qual o autor procura desmontar os argumentos que permeiam essa teoria (BAUMANN, 2015).

O modelo brasileiro também foi influenciado pela política do *flat tax*, na qual há um baixo grau de progressividade restrita apenas aos rendimentos de trabalho. Isso porque tal teoria se baseia na suposta ineficiência econômica da tributação das classes mais altas (GOBETTI, 2017, p. 705).

Há, ainda, reflexos do pensamento de Kaldor, de que a tributação de renda seria inibidora da poupança, sendo melhor um imposto progressivo sobre o consumo (*expenditure tax*), pois este não incidiria sobre a poupança (KALDOR, 1955). Dessa ideia surge a teoria neoclássica de que medidas que promovem a distribuição de renda desestimulam o indivíduo a trabalhar, a poupar e a investir (GOBETTI, 2017, p. 710).

Por último, há os argumentos comumente utilizados pelo Poder Legislativo para evitar a positivação do Imposto sobre Grandes Fortunas. Segundo ele, o imposto não merece avançar porque a) possui uma baixa arrecadação, b) porque possui um alto custo administrativo, c) porque é extinto em vários países europeus, d) porque significa bitributação, uma vez que já existe o imposto de renda (IR), o imposto sobre veículos automotores (IPVA) e o imposto sobre os bens imóveis (IPTU), e) porque vão ser facilmente evadidos. (PASSOS; CARVALHO JR., 2017. p.575 – 624).

## **CATEGORIAS ARGUMENTATIVAS DE HIRSCHMAN**

Tomando como base o texto “Duzentos anos de retórica reacionária”, de Albert O. Hirschman, que baseia sua pesquisa em T. H. Marshall, esse trabalho se propõe a discutir a problemática tributária brasileira sob o enfoque da retórica reacionária desse autor (HIRSCHMAN, 1989).

Segundo Hirschman, haveria um ponto em comum entre todos os impulsos contrarreformistas ao longo da história. Todos eles estariam baseados mais ou menos em três categorias argumentativas utilizadas ao longo do tempo, quais sejam: i) a tese da perversidade ou do efeito perverso, ii) a tese da inutilidade, e iii) a tese do risco (HIRSCHMAN, 1989).

A **tese da perversidade ou do efeito perverso** seria a seguinte. Por viverem em um clima bastante propenso às transformações desejadas pelas reformas, seria quase impossível que os opositores ensejassem um ataque completo contra os objetivos progressistas. Destarte, no mais das vezes, procurariam endossar os propósitos reformistas, mesmo que dissimuladamente (ou não), mas atentando para o fato de que a maneira pela qual a execução é realizada não estaria sendo bem concebida. Ou seja, que o suposto progresso levaria a um retrocesso (HIRSCHMAN, 1989).

A **tese da inutilidade** estabeleceria que quaisquer ideias de mudanças seriam apenas superficiais ou ilusórias, porque, no final das contas, a estrutura societária sempre se manteria intacta (HIRSCHMAN, 1989).

A **tese do risco ou da ameaça**, por sua vez, apresentaria a concepção de que agir de certo modo, embora muitas vezes conveniente e factível quando considerado de forma isolada, geraria custos ou perdas inadmissíveis de alguma espécie. Esse é o argumento menos explícito dos três e, por isso, o que transmitiria menos convicção, já que as noções de custos e benefícios não seriam assim tão fáceis de serem analisadas. Entretanto, torna-se mais convincente quando assume uma roupagem especial de uma nova, melhor e incompatível reforma em relação à outra anteriormente proposta (HIRSCHMAN, 1989).

A partir dessas teses, o trabalho terá a proposta de investigar se o uso de alguma delas faz-se presente na seara de desigualdade tributária, como meio de legitimar a ausência de uma reforma nesse âmbito.

## **APLICAÇÃO DAS TESES ARGUMENTATIVAS DE HIRSCHMAN AOS DISCURSOS UTILIZADOS**

Diante da estrutura regressiva do sistema tributário pátrio, em que há uma predominância da tributação indireta e uma fraca progressividade dos impostos diretos, associada a uma concessão desmedida de benefícios fiscais ao empresariado e a uma falta de positivação do Imposto sobre Grandes Fortunas, é cabível perguntar-se como toda a conjuntura de desigualdade gerada por tais problemas ainda se mantém. E a resposta para esse questionamento pode estar nas teses reacionárias de Hirschman.

Afinal, diante de uma situação tributária nem um tanto promissora como a hodierna, nada se vê sendo feito para atenuá-la ou, pelo menos, fazer atentar a população contra os malefícios de sua perpetuação. Longe disso. Ao invés de alardear as dificuldades da questão, ela é camuflada por meio de rasos discursos midiáticos, políticos e governamentais de que os tributos nacionais seriam ostensivos para todos e que o Brasil estaria entre os países com as maiores cargas tributivas mundiais, sem demonstrar as minúcias factuais por detrás do tema. Ou seja, há uma verdadeira construção retórica que serve de alicerce à conservação do sistema tributário nacional tal como ele é.

Sendo assim, ao examinar as manifestações que frequentemente são empregadas em combate a uma política de redistribuição de riquezas mediante um remodelamento fiscal necessário, é latente a aplicação das teses reacionárias mencionadas anteriormente. Dar-se-ão alguns exemplos abaixo que melhor ilustrarão essa prática.

Primeiramente, é patente a utilização da **tese da perversidade ou do efeito perverso** quando se iniciam os debates a respeito de uma possível elaboração de uma legislação atinente ao Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF). Muito se fala que uma medida desse mote prejudicaria o empresariado e, conseqüentemente, a economia do país, o que, ao invés de promover uma maior igualdade do corpo social, levaria a uma crise econômica e seu decorrente prejuízo ao proletariado devido à baixa nos investimentos e à diminuição dos postos de trabalho.

No entanto, os argumentos utilizados pelo Legislativo para barrar uma lei desse tipo muitas vezes estão baseados em hipóteses não postas à prova. Conforme um estudo realizado, o IGF não possuiria baixa arrecadação. Pelo contrário, ele poderia arrecadar 13 bilhões ou 0,24% do PIB do país em 2014. Esse cenário se apresentaria com a isenção de 1 milhão e alíquotas de 0,5% (ingressos entre R\$57.920,00 e R\$115.840,00) e 1% (renda mensal superior a R\$115.840,00) ou com a isenção de 5 milhões e alíquota de 1,5% para renda mensal superior a R\$115.840,00 (NASCIMENTO, 2016).

Da mesma forma, com a informatização e a modernização da Administração Pública brasileira, juntamente com a troca de informação entre os países, dificilmente se poderia falar de uma diferença monetária tão grande para os cofres públicos. Ademais, o imposto, ainda que sob diferentes nomes e regramentos, ainda existe em muitos países europeus, como França, Noruega e Suíça (CARVALHO; PASSOS, 2017).

A posituação do IGF também não significaria bitributação, vez que o fato gerador dele (riqueza acumulada) seria diferente dos fatos geradores do IR (renda), IPTU (propriedade imóvel) e do IPVA (propriedade móvel). Por fim, a evasão do aludido imposto em nada se diferiria das evasões fiscais já existentes no Brasil. A política a ser utilizada para evitar tais ocorrências, como a troca de informações por meio de acordos internacionais, deve ser utilizada para todo tipo de tributo pátrio evadido.

Ou seja, todos os efeitos adversos previstos quando da realização de uma lei própria para o Imposto sobre Grandes Fortunas não necessariamente virão a acontecer.

De igual modo, cada vez que se debate acerca da realização de progressão mais justa em relação ao Imposto de Renda (IR), ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) e ao Imposto sobre a propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), rapidamente também se enfatiza os danos econômicos que adviriam dessas práticas, que inevitavelmente seriam os futuros responsáveis pela acentuação do empobrecimento ou da desigualdade da população. Nessa teoria, contudo, não se considera o novo mercado de consumo que iria se formar com uma maior distribuição de riquezas, que poderia gerar novas possibilidades econômicas.

O argumento levantado pela política do *flat tax* também se encontra aqui, já que traz a hipótese de que uma maior tributação das classes mais ricas, ao invés de promover uma maior distribuição de riqueza, promoveria a ineficiência econômica.

Do mesmo modo, a ideia de que medidas para a distribuição de renda ocasionariam, na verdade, um desestímulo ao trabalho, à poupança e ao investimento encontra guarida nessa tese. No entanto, com o aumento do poder econômico das classes mais baixas, essas poderiam começar a poupar e investir no país, assim como as camadas hoje mais altas.

Em segundo lugar, em diversas circunstâncias também se observa o uso frequente da **tese da inutilidade**. Ao enxergar repetidamente as oscilações contínuas de avanços e retrocessos no país, a massa tende a abraçar uma atitude resiliente ante a situação experienciada. Por tudo aparentar ser um ciclo constante de privilégios aos detentores de poder econômico e político, é árduo manter continuamente um mesmo ritmo em prol de reformas progressistas. Principalmente porque tais embalos de desesperança são usualmente propagados pelos mais distintos meios reacionários, sobretudo pelos comunicativos, que mais bem atingem a multidão. Porém, a ideia de que lutar por uma situação mais igualitária socialmente não renderá bons resultados é apenas mais uma forma da ideologia dominante do momento convencer a que está sendo renegada de que seus esforços são infrutíferos e de que a preservação do *status quo* é inalterável. A difusão e a crença em tal pensamento, contudo, é que impede a mutabilidade de todo esse cenário de desigualdade.

Por último, a **tese do risco ou da ameaça**. Um pouco semelhante a da perversidade, ela também reconhece as vantagens que uma reestruturação tributária possa oferecer separadamente. Contudo, os contrabalança com os custos inaceitáveis que uma maior tributação das classes mais altas e que uma redução na concessão dos benefícios fiscais às empresas trariam para o cenário econômico. Portanto, como forma de evitar esses impasses, se sugere que a lógica tributária permaneça como está, variando uma ou outra alíquota aqui ou baixando as incidências sobre os produtos essenciais e ocasionando o aumento nos supérfluos ali, de modo que a mudança não seja algo tão agressivo aos direitos individuais das camadas mais ricas.

Quer dizer, há uma concordância a respeito da injustiça da tributação, mas também há uma “crença” de que mudar para uma situação mais justa traria resultados desastrosos. Então, com o fito de reduzir a desigualdade, ao mesmo tempo em que se procura um efeito menos catastrófico, defende-se a adoção de medidas pontuais em favor de um sistema mais igualitário. Todavia, tais reformas não impedem em nada a perpetuação da regressividade, da desigualdade e da injustiça.

A hipótese do gotejamento segue essa tese. Isso porque transmite a ideia de que um aumento de impostos para o topo da pirâmide seria inadequado, pois geraria danos econômicos e que a saída, portanto, seriam modificações mais pontuais que não prejudicassem tanto as camadas mais ricas da sociedade, pois o enriquecimento delas, por si só, geraria benefício a todos. No entanto, mais uma vez, esse modo de pensar não considera que o acúmulo cada vez mais alto de capital pelos mais abastados pode não ser reinvestido no país e, com isso, não haveria benefício nenhum para essa sociedade. Do mesmo modo que desconsideram a importância do consumo para economia, principalmente porque a poupança de hoje não necessariamente indicaria o consumo de amanhã. Inclusive, o crescimento da desigualdade, ao comprometer o poder de compra dos consumidores, pode gerar consequências econômicas bastante negativas.

Para que a economia melhor se desenvolva, é preciso que haja uma grande oferta de consumidores que detenha poder de compra suficiente para movimentar os mercados. A regressividade do sistema tributária pátrio, constatada pela massiva utilização dos impostos

indiretos como fonte fiscal, somada à pretensa progressividade dos impostos diretos - que se caracterizam, de fato, pela ausência de alíquotas e bases de cálculos adequadas ao princípio da capacidade contributiva -, não deixa apenas de distribuir riquezas, como também encarece bens e serviços, o que diminui a demanda pelo consumo e prejudica o crescimento econômico do país.

O pensamento de Kaldor também se insere nessa ótica, pois, de acordo com sua teoria, uma progressividade maior em relação à tributação de renda, ainda que promovesse alguns benefícios, inibiria as pessoas a pouparem, o que traria prejuízos à economia, sendo mais efetiva, portanto, uma progressividade sobre o consumo. No entanto, o erro dessa teoria encontra-se na ideia de que o capital poupado pelas classes mais ricas necessariamente seria investido na economia do país, e não utilizados em empreendimentos estrangeiros ou conservados em paraísos fiscais.

Não obstante o frequente uso dessas três classes de argumentos, poucos são os dados que as corroborem na prática. É bastante complicado afirmar que “x” ou “y” irão de fato ocorrer se forem tomadas as medidas “a” e “b” para a promoção de uma maior isonomia fiscal. As consequências provenientes de uma eventual transformação na política fiscal em prol da igualdade aparentam ser absolutas, certas e imutáveis para alguns, como se a realidade de fato assim se apresentasse: de modo simplista e nem um pouco complexa. Ademais, é por demais incerto e dubitável que um efeito involuntário fatal perverso seja irrestrito, incondicional e ilimitadamente mais provável que um mais favorável, uma vez que as providências podem ser detectadas e corrigidas gradativamente, a depender do obstáculo que se apresente (HIRSCHMANN, 1989).

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é preciso ter cuidado ao se valorar determinados tipos de argumentos utilizados nas searas tributária e econômica, que acabam por manter a situação de desigualdade tributária e, por consequência, de desigualdade social no país. É necessário dar a esses modelos retóricos a precaução adequada, de sorte que sejam apresentadas alternativas apropriadas que antecipem suas adversidades.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Tradução de Renato Aguiar. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

CARVALHO JR., Pedro; PASSOS, Luana. Imposto sobre Grandes Fortunas: O recente debate internacional e a situação no Brasil. *In* **Tributação e Desigualdade**. Organizadores: José Roberto Afonso [et al]. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: FGV Direito Rio, 2017.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Tributação da Renda do Capital e Progressividade: O que fazer. *In* **Tributação e Desigualdade**. Rio de Janeiro: Casa do Direito, FGV Direito Rio, 2017.

HIRSCHMAN, Albert O.. Duzentos anos de retórica reacionária. **Novos estudos**. São Paulo, nº 23, pp. 102-119, março de 1989.

KALDOR, N. **Na Expenditure Tax**. Londres: Allen and Unwin. 1955.

MELO, Luciana Grassano de Gôuvea. Enlaces entre a questão tributária, o crescimento econômico e a diminuição das desigualdades. **Revista direitos culturais**, nº 19, p. 95-107, dez. 2014.

Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Carga tributária no Brasil 2015**. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NASCIMENTO, Natassia. **A inexistente tributação da riqueza no Brasil e o Imposto sobre Grandes Fortunas**. Tesis. (Máster en Economía) – Programa de Posgrado en Economía, Universidad Federal Fluminense, Niterói, 2016.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Human development report 2016**. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

Receita Federal. Disponível em: [http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#calculo\\_mensal\\_IRPF](http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#calculo_mensal_IRPF). Acesso em: 29 de novembro de 2019.

# ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE HABEAS CORPUS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DE “PACIENTES” FEMININAS: UM OLHAR PARA AS MINORIAS INVIABILIZADAS

**Natália Santana Ferreira**

Graduanda em Direito (UPE)

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prática textual legal consolida-se como um discurso hierárquico e dominante, pois se baseia em uma estrutura de exclusão/discriminação de minorias sociais, como negros, homossexuais, mulheres, etc. Daí a importância de uma metodologia de análise dos textos jurídicos que desmistifique a aura de objetividade e imparcialidade que envolve o Direito (e a lei). Isto porque os textos legais expressam relações de gênero: lei e a cultura masculina estão intimamente ligadas; o sistema jurídico, por exemplo, é quase que inteiramente dominado por homens (só recentemente as mulheres passaram a fazer parte de instituições jurídicas), o que implica em uma forte presença, nas decisões emitidas, de um discurso opressor e que evidencia a presença de crenças machistas e patriarcais.

O presente trabalho propõe, portanto, o estreitamento teórico entre o Direito, de natureza social crítica, e a Linguística Crítica Discursiva com o objetivo de investigar a (des) construção discursiva e ideológica da imagem da mulher e como a mesma é representada no gênero textual *Habeas Corpus* do crime de tráfico de drogas impetrados por “pacientes” femininas – concedidos e negados - com a finalidade de observar os componentes ideológicos, culturais e as relações de poder e opressão social que compõem a representação discursiva feminina e as intervenções da ideologia patriarcal e as caracterizações das estratificações sociais nesses textos judiciais.

O recorte metodológico do gênero feminino deu-se porque “a mulher detenta é vista como tendo transgredido a ordem em dois níveis: a) a ordem da sociedade; b) a ordem da família, abandonando seu papel de mãe e esposa” (LEMGRUBER, 1983, p.86). Essas mulheres são criminalizadas por sua conduta ilícita e também estigmatizadas pela violação do comportamento socialmente esperado, ou seja, sofrem também um ônus da coação moral social.

Para efetivar este trabalho, os textos foram analisados numa perspectiva sincrônica e das relações entre língua, história, cultura, relações de poder e sociedade, compreendendo o discurso, como um modo de representação social e uma ação sobre o mundo e sobre o outro.

O percurso teórico utilizado foi baseado na perspectiva da Análise Crítica do Discurso textualmente orientada a partir de uma dinâmica que buscou identificar os elementos linguístico-discursivos que operam no processo de interface entre os “macroaspectos” (contexto social) e os “microaspectos” (linguísticos). Teve como marco teórico Norman Fairclough, apoiando-se ainda em Arendt, Baratta, Bourdieu, Colares, Foucault e Thompson.

Quanto a sua natureza, a pesquisa é aplicada, tendo em vista que se propõe a desenvolver conhecimentos para aplicação prática com a finalidade de encontrar a solução de problemas específicos. Esta possui, ainda, caráter explicativo, pois se propõem também trazer à luz dos porquês dos discursos e orientações ideológicas que culminaram a inversão da criminalização agressor/vítima. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, possui um cunho bibliográfico, com o objetivo de ter acesso direto a todo material já escrito sobre o assunto, e ainda tem um

cunho documental e de fonte de “primeira mão”, que não receberam qualquer tratamento analítico, ou seja, são totalmente inéditos.

Desta maneira ao detectar a presença dos “modos de operação de ideologia”, descrito por J. Thompson nas decisões dos magistrados que denegaram a concessão dos *Habeas Corpus* impetrados por “pacientes” femininas foi possível observar que as justificativas e o escopo ideológico baseado no senso comum patriarcal ocasionam, no âmbito do judiciário, uma violência institucional e simbólica.

Dentre os fatores que acarretam tal situação pode-se ressaltar o fato de que o encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Comprovou-se por meio de pesquisas como a do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN que, embora a maioria das mulheres condenadas por tráfico de drogas geralmente desempenhem uma posição de coadjuvante no crime, sendo muitas das vezes presas por estarem transportando drogas a mando dos seus cônjuges ou companheiros, a pena aplicada a estas e o regime em que as cumprem, revelam-se desproporcionais se considerada a função que desempenham. Tal situação decorre do fato de que ao decretar a sentença, muitas vezes o julgador não considera os aspectos sociais, étnicos, ideológicos e morais, que levaram a prática do crime.

Dessa forma, pretende-se fazer uma análise mais detalhada desse gênero textual a fim de observar como as relações de poder, a opressão social e as ideologias patriarcais, estão presentes nos argumentos e fundamentos presentes nas decisões emitidas pelos magistrados, ora de maneira mais explícitas, ora mais implícitas.

## **A INSERÇÃO E O PAPEL DESEMPENHADO PELA MULHER NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

É de suma importância, antes de qualquer análise jurídica, entender os fatores sociais que influenciam significativamente no papel que a mulher desempenha na prática de uma conduta criminosa, mais especificamente no crime de tráfico de drogas. A verificação é necessária para a compreensão do modo como esses fatores sociais e ideológicos influenciam na decisão dada pelo juiz no momento da apreciação do *Habeas Corpus* e como isso pode corroborar com a violência institucional praticada pelo Estado.

O papel das mulheres na sociedade esteve, ao longo de toda história da humanidade, subordinado ideologicamente ao poder masculino, ou seja, os homens por serem considerados fisicamente mais fortes detinham o poder sobre estas e sobre suas escolhas, cabendo a elas, assim, apenas os cuidados domésticos e a criação dos filhos. Este pensamento foi reproduzido, inclusive, por grandes filósofos e pesquisadores. Rousseau (1995, apud GASPARI, 2003, p. 29) detinha, por exemplo, um discurso de que a educação feminina deveria ser restrita ao doméstico, pois, segundo ele, elas não deveriam buscar o saber, considerado contrário à sua natureza.

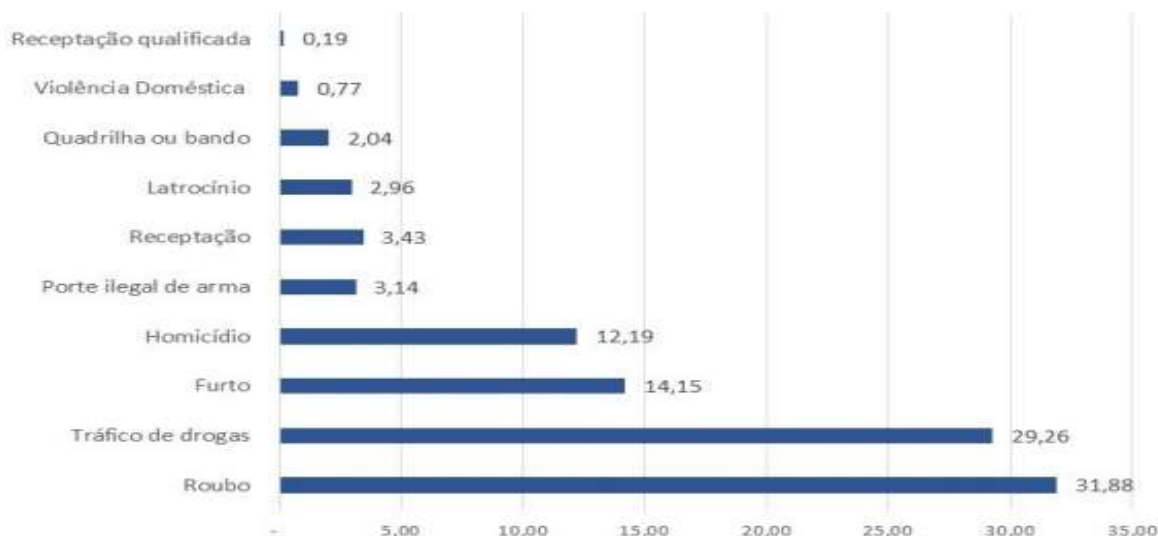
É possível verificar que estes pensamentos ainda interferem no subconsciente da sociedade atual. Seus reflexos podem ser vistos, por exemplo, na falta de equiparação salarial entre homens e mulheres que exercem a mesma profissão, no número de mulheres vítimas de violência doméstica e até mesmo no papel que as mulheres desempenham na prática de uma conduta criminosa.

Em âmbito geral observa-se que os crimes atribuídos às mulheres obedecem a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Um dos aspectos que contribui para este entendimento é o fato de que enquanto 29,26 % dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a



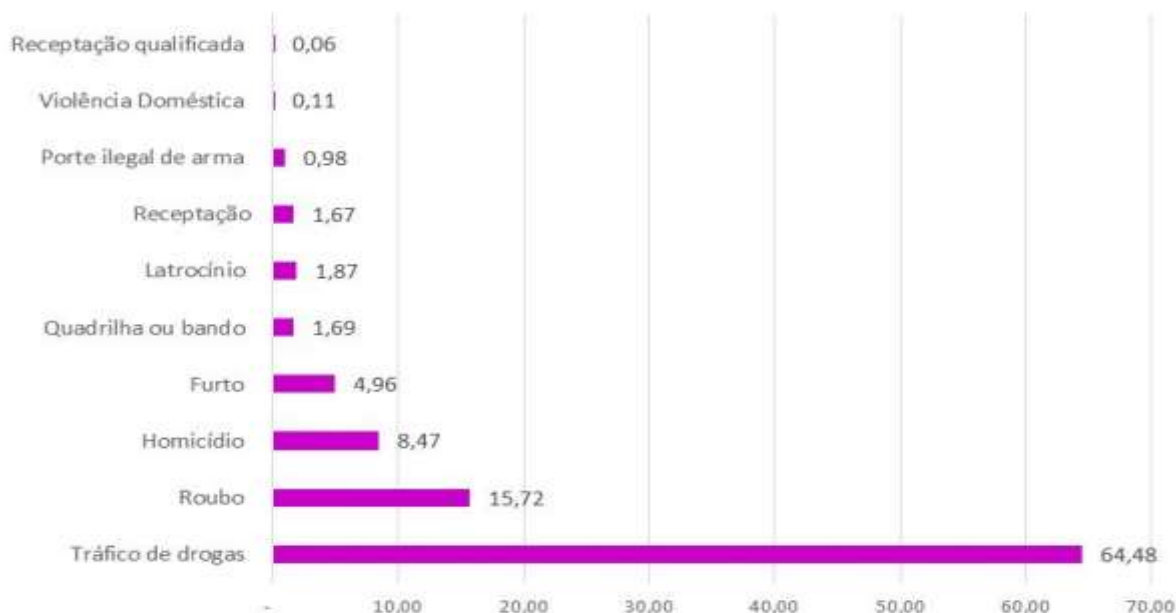
64,48%, conforme pode ser observado através dos dados divulgados em 2017 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Veja-se:

**Imagem 1** - Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo de pena - Homens



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016

**Imagem 2** - Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo de pena - Mulheres



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016

É necessário ressaltar, entretanto, que a maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico (INFOPEN, 2017). Prova disso é o crescente número de mulheres condenadas por tentarem entrar em presídios masculinos com drogas, que, na maioria das vezes, seriam destinadas aos seus companheiros. Estas mulheres muitas vezes se submetem a este tipo de situação por ameaças feitas pelos

próprios parceiros ou até mesmo por medo de que estes sofram algum tipo de represália por parte dos demais detentos.

Ademais, embora os dados estatísticos revelem que os homens se envolvem mais com a criminalidade do que as mulheres, há quem defenda, como Fátima Ceccheto, por exemplo, que o exercício da violência não é um elemento estrita e diretamente relacionado à figura masculina, isto é, não existem mais genes violentos presentes na estrutura biológica masculina do que na feminina. Para autora, o emprego da violência como mecanismo de autoafirmação da masculinidade pode ser explicado por meio da ideologia compartilhada por determinado segmento populacional e em um dado contexto histórico (Ceccheto, 2004).

Ou seja, a desproporção numérica apontada acima está relacionada ao fato de que os valores socialmente desenvolvidos com base em uma ideologia e discurso patriarcal, nos conduzem ao pensamento de que esse tipo de conduta criminosa é mais esperada de um homem, vez que as mulheres geralmente são consideradas seres mais “frágeis”. Isto fica evidente quando observado que os crimes cometidos pelas mesmas se restringiam aos espaços privados ou a um papel secundário, como ocorre no crime de tráfico de drogas, por exemplo. De fato, se considerarmos que, durante muito tempo, era reservado àquelas apenas o espaço do lar, já que esta era responsável direta pelas tarefas de casa, educação e cuidado das crianças, não é de se surpreender que a maior parte de seus crimes ocorram dentro do âmbito família ou relacionado a seus parceiros.

Nesta perspectiva, percebe-se que a inserção dessas no mundo do crime ocorre, na maioria das vezes, por questões culturais, econômicas e sociais. Este entendimento, inclusive, pode ser observado na decisão dada no *Habeas Corpus* trazido a abaixo. A saber:

HABEAS CORPUS Nº 438.319 - SP (2018/0042947-4) RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS IMPETRANTE : PEDRO DIVINO DO NASCIMENTO ADVOGADO : PEDRO DIVINO DO NASCIMENTO - MG174626 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : JOSIANE PERPETUA FERREIRA DA SILVA (PRESO)

[...]

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 118.533/MS (Pleno, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 23.6.2016), decidiu que o tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, não tem natureza hedionda, oportunidade na qual ficou consignado no voto do em. Ministro Ricardo Lewandowski: **"Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Muitas participam como simples 'correios' ou 'mulas', ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica. Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso ficaram impedidas de ser contempladas, dentre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos. Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenha experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. Quer dizer, são de pessoas que não apresentam um perfil delinqüencial típico e, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os 'descartáveis', dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já**

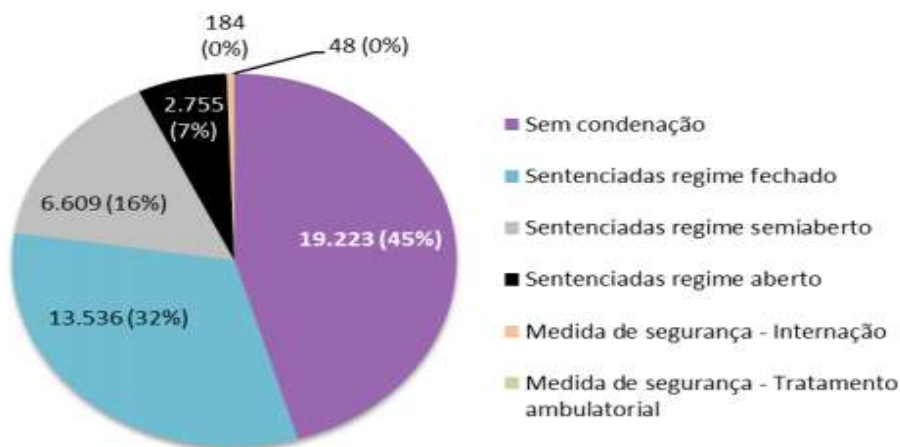
saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da 'individualização da pena', sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam." Aplico este mesmo raciocínio ao caso presente. Não se pode comparar uma mulher, que se aventura a entrar em presídio para levar drogas a detento e que, como regra, já se encontra em situação social desfavorável, com o traficante contumaz, que escolhe fazer do comércio de entorpecentes seu meio de vida. Assim, em se tratando de ré primária e sem antecedentes, mãe de uma criança de 4 (quatro) anos, que tentava adentrar em presídio com cocaína escondida em sua genitália, não havendo nos autos, por enquanto, qualquer indício de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, entendo que sua submissão a medidas cautelares menos gravosas que o encarceramento, especialmente a proibição de visitas a presidiários, é adequada e suficiente para garantir a ordem pública, assegurar a higidez da instrução criminal e a aplicação da lei penal, em atendimento ao princípio da proibição de excesso. (grifo nosso)

[...]

(STJ - HC: 438319 SP 2018/0042947-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 28/06/2018)

Isto posto, calha indagar, então, se a pena aplicada a essas se mostram proporcionais ao papel que estas desempenham na conduta criminosa. De acordo com pesquisa divulgada pelo INFOPEN (2016), o número de mulheres privadas de liberdade sem condenação chega a representar 45% se comparado com outros tipos de prisões existentes no ordenamento jurídico, ressalta-se ainda que estas cumprem maior parte da pena em regime fechado, conforme pode ser observado abaixo:

**Imagem 3** - Mulheres privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016

Resta demonstrado, assim, que, embora os próprios tribunais reconheçam que a prática da conduta delitiva por parte da maioria das mulheres decorra, em alguns casos, de fatores alheios a sua vontade, a pena aplicadas a estas se mostram muitas vezes desproporcionais ou até mesmo mais severa se comparadas com as impostas a seus companheiros, por exemplo. Isto evidencia, desse modo, que até mesmo os magistrados não estão isentos da influência dos componentes ideológicos, culturais e das relações de poder que fazem parte do subconsciente da sociedade e que carregam consigo uma forte influência do sistema patriarcal.

A este respeito calha destacar o exposto por Giacomolli e Duarte(2006, p. 288):

O juiz poderá até julgar de uma maneira formalmente imparcial (não ser parte), mas isso de longe suprime sua neutralidade subjetiva no processo, aquela projetada sobre o processo que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu *modo de ser* no mundo, pois o sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade.

Dessa maneira, pode-se constatar que é praticamente inevitável que a autoridade judicial ao sentenciar se afaste totalmente de suas vivências pessoais e ideológicas. Entretanto, como garantidor dos direitos individuais e sociais é dever desses procurarem da melhor maneira possível assegurar que a punição imposta seja proporcional e adequada a conduta delitiva praticada, considerando, inclusive, os fatores sociais e econômicos que a ocasionaram.

O aumento das estatísticas no número de presas, portanto, é um reflexo não apenas do aumento real dos delitos cometidos por ambos os sexos, mas também uma elevação dos níveis de reprovação do Sistema de Justiça Criminal em relação às mulheres delinquentes, que em outras conjunturas sociais eram submetidas a um julgamento diferente, isto é, os magistrados costumavam ser mais tolerantes nas suas decisões/sentenças, baseando-se até mesmo no imaginário que envolvia os papéis de gênero (SOARES, 2002).

Acontece que, mesmo que os papéis de gênero tenham mudado e que as mulheres estejam ganhando cada vez mais espaço na sociedade, ainda é evidente, conforme demonstrado acima, que os componentes ideológicos, sociais e culturais e as relações de poder são umas das principais causas da sua inserção no mundo do crime. Desse modo, não pode o Estado simplesmente condenar a conduta praticada sem antes procurar entender o que está ocasionando este crescente número de pessoas envolvidas com o tráfico de drogas.

## **O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS***

O *habeas corpus* é um remédio constitucional que tem como finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, estando previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º LXVIII e no Código de Processo Penal no art. 647 ao 667. Tecnicamente, entende-se que este instituto é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas.

Como aponta Pinto Ferreira:

O *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem do *habeas corpus* significa, em essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo. (FERREIRA, 1982, p. 13)

Desta feita, observa-se que o *habeas corpus* surge com o intuito de proteger o direito de liberdade do indivíduo em um Estado Democrático de Direito, vez que, ao ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, procura garantir o respeito a liberdade que é um dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

O fato do *habeas corpus* poder ser impetrado por qualquer pessoa, conforme dispõe o art. 654 do Código de Processo Penal (1941), e de ser uma ação de rito abreviado, de cognição sumária e independe de custas, faz com que o mesmo seja um dos principais artifícios utilizados por meio daqueles que veem sua liberdade restringida ou ameaçada.

Pensando nisso, serão analisadas sentenças proferidas em sede de julgamento desse tipo de gênero textual, vez que este remédio constitucional pode ser muitas vezes o único meio ou recurso utilizado pelas “pacientes” para conseguirem sua liberdade de volta.

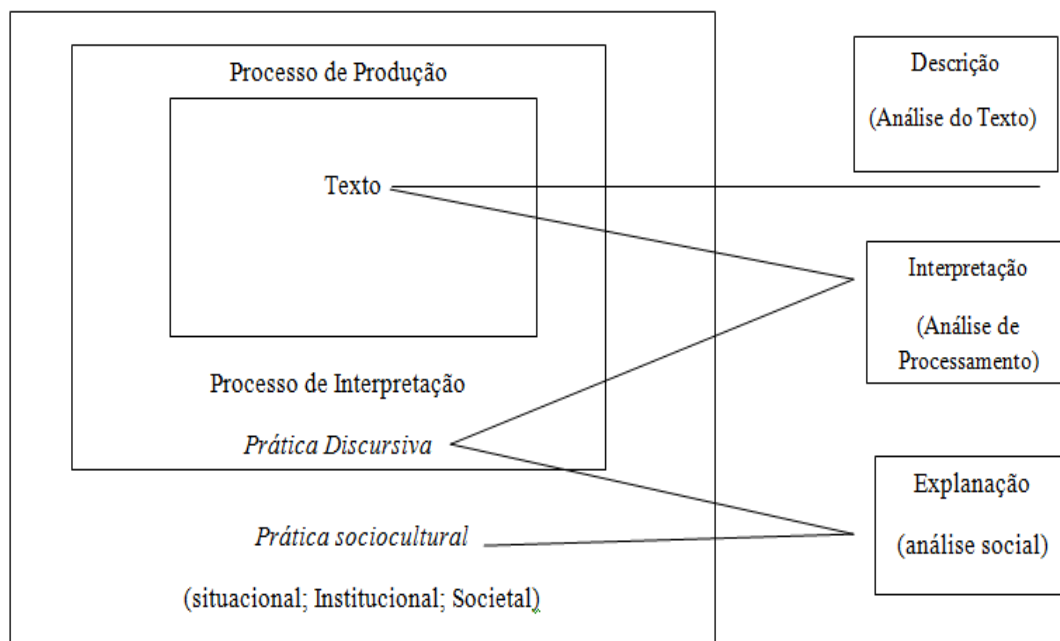
## **ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO PRESENTE NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS EM FASE DE JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* IMPETRADOS POR “PACIENTES” FEMININAS**

Através da pesquisa *Boleana* foi possível compor uns ‘*corpora*’ inicial de 07 “textos jurídicos” sendo eles *Acórdãos* e *Sentenças Judiciais* onde são analisados *habeas corpus* impetrados por “pacientes” femininas acusadas pelo crime de tráfico de drogas.

A análise dos fragmentos dessas sentenças foi realizada com base na teoria social do Discurso e na abordagem da Análise Crítica do Discurso desenvolvida por Norman Fairclough, que possui abordagens críticas que analisam as práticas discursivas e mostram “como o discurso é moldado por relações de poder e ideologias e os efeitos construtivos que o discurso exerce sobre as identidades sociais, as relações sociais e os sistemas de conhecimento e crença, nenhum dos quais é normalmente aparente para os participantes do discurso” (FAIRCLOUGH, 2001).

É preciso entender, portanto, que discurso para Fairclough (2001) “é usado na linguística com referência a amostras ampliadas de linguagem falada ou escrita”. Assim, o discurso não é apenas texto, mas também é a própria interação social consequente do processo de produção, composição e interpretação do que é escrito ou falado. Desse modo, o autor entende qualquer evento discursivo como simultaneamente um texto, uma prática discursiva e uma prática social, o que o mesmo denominou de “Modelo Tridimensional de Análise”.

**Imagem 4 - Modelo Tridimensional de Análise**



### **Dimensões do Discurso**

Fonte: Fairclough, 1995, p. 98

Nessas três esferas calca-se a perspectiva tridimensional do discurso concebida pelo autor e entendida, respectivamente, como a dimensão da análise linguística, da análise do processo interacional e da análise de circunstâncias organizacionais e institucionais da sociedade.

Nesta perspectiva, Wodak (2004) também assegurará que o discurso vai muito além da linguagem, envolvendo aspectos ideológicos e de poder. A ideologia permite que relações desiguais de poder mantenham-se ou mesmo sejam criadas e remodeladas. Desse modo, decifrando as ideologias por trás dos discursos, é possível captar a intenção que eles possuem e que nem sempre é explícita. Por isso, muitas vezes, o discurso daqueles que se encontram no poder é analisado na ACD, pois são eles que geralmente são responsáveis pela manutenção das desigualdades ou possuem os meios para mudar de fato a situação. Daí a importância da análise dos aspectos ideológicos e de poder que podem estar inseridos no discurso das sentenças que denegam ou concedem o *Habeas Corpus*, pois, através do discurso ali contido, podemos observar como os aspectos sociais, econômicos, jurídicos e políticos influenciam, positivamente ou negativamente, na decisão dada pelos magistrados.

Nessa toada, John Thompson (2000) ao defender uma concepção crítica de ideologia – compreendendo-a como o uso de ideias, estratégias e formas simbólicas que, em determinados contextos, servem para estabelecer (produzir, criar, instituir e sustentar, manter e reproduzir) sistematicamente desigualdades sociais, entendidas como relações de poder ou de dominação – destaca que as formas simbólicas não são ideológicas per si, mas dependem do contexto histórico e social em que são inseridas.

O autor defende ainda que as formas simbólicas são ideológicas, portanto, quando servem para estabelecer e sustentar relações assimétricas de poder. A partir desse entendimento o mesmo compreende cinco modos gerais pelos quais a ideologia pode operar simbolicamente para sustentar relações de poder, que são: Legitimação; Dissimulação; Unificação; Fragmentação e Reificação. Veja-se no quadro abaixo a definição dos “modos de operação ideológicos”, Cf. Ramalho e Resende (2011, p. 28).

**Imagem 5 – Modos Gerais de Construção Simbólica**

<b>Modos Gerais de Construção Simbólica</b>	<b>Algumas Estratégias Típicas</b>
<b>Legitimação:</b> relações de dominação são apresentadas como legítimas.	<b>Racionalização</b> (uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações). <b>Universalização</b> (interesses específicos são apresentados como interesses gerais). <b>Narrativização</b> (exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente).
<b>Dissimulação:</b> relações de dominação são ocultadas, negadas ou obscurecidas.	<b>Deslocamento</b> (deslocamento contextual de termos e expressões). <b>Eufemização</b> (valorização positiva de instituições, ações ou relações). <b>Tropo</b> (sinédoque, metonímia e metáfora).
<b>Unificação:</b> construção simbólica de identidade coletiva.	<b>Padronização</b> (um referencial padrão proposto como fundamento partilhado). <b>Simbolização da unidade</b> (construção de símbolos de unidade e identificação coletiva).
<b>Fragmentação:</b> segmentação de indivíduos e grupos que possam representar uma ameaça ao grupo dominante.	<b>Diferenciação</b> (ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo). <b>Expurgo do outro</b> (construção simbólica de um inimigo).
<b>Reificação:</b> retratação de uma situação transitória como permanente e natural.	<b>Naturalização</b> (criação social e histórica tratada como acontecimento natural). <b>Eternalização</b> (fenômenos sócio-históricos são apresentados como permanentes). <b>Nominalização/Passivização</b> (concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações).

Fonte: Ramalho e Resende (2011, p. 28)

Dito isto, calha ressaltar que, segundo o autor acima, os modos citados não são os únicos modos pelos quais a ideologia pode operar e que estes não são exclusivos ou tampouco isentos de se entrelaçarem de acordo com o contexto em que estão inseridos. Nos fragmentos de sentença coletados e analisados, por exemplo, é possível identificar como esses “modos de operação ideológicos” estão presentes na fundamentação e nos argumentos utilizados nas decisões dadas pelos magistrados, para manter e sustentar as relações assimétricas de poder.

Com o intuito de demonstrar como os magistrados utilizam estes modos de operação ideológicos de maneira diferente ao longo de um mesmo processo, fora selecionado, dentre os sete *Habeas Corpus* coletados, um em que é possível observar de forma clara uma mudança na fundamentação a partir da instância em que o processo se encontra. Veja-se:

#### **Fragmento 1**

1.No caso, a convivência da paciente com sua filha pode não proteger a menor, **pelo contrário**, é capaz de 2.**corrompê-la**, até porque, de início, a mãe demonstrou **estar longe de um modelo** a ser seguido,pois **mesmo 3. tendo filhos se enveredou pela senda criminosa**,sem pensar nas consequências de tal conduta em relação à 4. educação de seus descendentes. (grifos nosso)

(STJ – HC: 464516 SP 2018/0207686-3, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Publicação: DJ 05/10/2018)

No caso trazido acima, a paciente, presa em flagrante, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas. Inconformada a defesa, impetrou habeas corpus perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pleiteando a substituição da medida constritiva pela prisão domiciliar. Nesta oportunidade o eg. Tribunal se posicionou pela impossibilidade da substituição, alegando, entre os fundamentos utilizados, o fato da acusada não ser um modelo de mãe a ser seguido. Esta decisão, entretanto, fora reformada em momento posterior pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme será visto ao longo da pesquisa.

Observa-se através do fragmento apresentado que os magistrados consideraram o fato de ser a acusada uma mãe presa, por si só, uma característica desaprovadora de seu caráter, em um raciocínio que coloca a acusada como duplamente criminosa: por cometer o delito e falhar como mãe. Percebe-se, assim, que ao utilizar expressões como “corrompê-la” (linha 2) e “estar longe de um modelo a ser seguido” (linha 2), o magistrado utilizar-se da técnica de operacionalização do discurso denominada fragmentação e da estratégia do expurgo do outro, para realiza uma construção simbólica de um inimigo. Desta forma, constrói-se a imagem de uma mulher criminosa e de uma mãe degenerada, baseando-se no argumento de que esta se enveredou no crime sem se preocupar com o que seria melhor para seus filhos.

A associação da “paciente” presa, portanto, com aquela que não é dedicada ou negligente para com os cuidados dos filhos, é algo que evidencia uma forte presença de ideologias patriarcais e machistas nas quais se tem atribuída à mulher a responsabilidade pela criação dos filhos e a culpa pela não execução de tal papel. Verifica-se, entretanto, que esse tipo de discurso não é constatado quando analisadas decisões em que se tem um homem nas mesmas circunstâncias e sendo acusado pelo mesmo crime.

Esse tipo de pensamento e ideologização da mulher perfeita como sendo aquela que cuida dos filhos e dos afazeres do lar, é algo que já remota do século XVIII, pensadores como Rousseau(1995), por exemplo, já defendiam a “mãe má” como aquela que não alcança o ideal de submissão e que não tinha uma conduta “socialmente aceitável” para uma mulher, ou seja, que de algum modo fugiam ou ameaçavam os padrões sociais a elas impostos, conforme pode ser visto através do trecho trazido abaixo:

Pela própria lei da natureza, as mulheres, tanto por elas como por seus filhos, estão a mercê do julgamento dos homens: não basta que sejam estimáveis, cumpre que sejam estimadas; não basta que sejam belas, é preciso que agradem; não basta que sejam bem-comportadas, é preciso que sejam reconhecidas como tal; sua honra não está apenas na sua conduta, está na sua reputação, e não é possível que a que consente em passar por infame seja um dia honesta. O homem, agindo bem, não depende senão de si e pode desafiar o juízo público; mas a mulher, agindo bem, só cumpre metade de sua tarefa, e o que pensam dela lhe importa tanto quanto o que é efetivamente. (Rousseau, 1995, p. 428-429)

Verifica-se, assim, que o argumento utilizado para a negativa do remédio constitucional está baseado em “juízos morais” sobre a competência da maternidade de mães encarceradas pelo tráfico e “se sua presença na vida dos filhos é benéfica ou não”.

Resta claro, portanto, que o magistrado ao utiliza-se, em alguns casos, de “juízos morais” para fundamentar a denegação da ordem, age de certo modo influenciado por suas crenças e ideologias pessoais, que, em casos como o trazido acima, acabam refletindo e propagando ideologias patriarcais onde a mulher criminosa é duplamente condenada simplesmente por ofender a própria construção do papel de gênero.

Cumpre destacar, entretanto, que a partir das sentenças analisadas foi possível notar inclinação dos tribunais superiores de reformarem as decisões de primeira instância reconhecendo o direito das mulheres de receberem o benefício da prisão domiciliar, inclusive identificando os fatores sociais que as fazem praticarem esse tipo de conduta criminosa, conforme pode ser observado nos fragmentos da decisão que reformou o acórdão utilizado no fragmento 1:

#### **Fragmento 2**

1. No caso, em tela, não houve a devida fundamentação apta a justificar, o indeferimento da mencionada 2.substituição, porquanto não se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça, tampouco contra 3.seus descendentes, não se constatando, também, situação excepcionalíssima que impeça a concessão do 4.benefício.

#### **Fragmento 3**

1. Cultura do encarceramento' que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a **2.mulheres pobres e vulneráveis**, em decorrência de **excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem 3.assim da processual penal**, mesmo diante da existência de outras soluções, caráter humanitário, abrigadas 4.no ordenamento jurídico existente. (grifos nossos)

Nota-se neste ponto do processo, portanto, que há uma mudança na imagem dada à paciente, ela neste momento não é mais vista somente como uma mãe degenerada ou má, mas sim como um indivíduo “vulnerável”, conforme pode ser visto na linha 2 do fragmento 3.

É possível enxergar, assim, que a escolha lexical do adjetivo “pobre” e “vulnerável” demonstra claramente a utilização da estratégia de nominalização, que é uma das estratégias da reificação e um dos modos de operacionalização da ideologia de Thompson, por meio da qual é feito o apagamento de atores ou ações por meio da concentração da atenção depositada sobre certos temas em detrimento de outros, o que ocorre no caso em tela, vez que o magistrado passa a foca na cultura do encarceramento (linha 1, fragmento 3) para justificar a concessão do benefício da prisão domiciliar. A acusada, a partir da estratégia da passivação, que é uma dessas formas de apagamento, deixa de ser, portanto, agente da ação e passa a ser colocada como sujeito passivo, uma vez que sofrer com os efeitos da sua condição social.

É importante frisar, que esse tipo de argumentação está mais presente nas decisões proferidas em tribunais superiores. De acordo com pesquisa divulgada pelo Instituto Terra,



Trabalho e Cidadania (2016), em 201 audiências de custódia acompanhada pelo ITCC, 106 mulheres se enquadravam nos critérios estabelecidos pelo HC, podendo receber o benefício. No entanto, dessas, apenas nove receberam a prisão domiciliar (7,5%); e, dos 200 processos de mulheres já em prisão preventiva que se enquadravam no benefício, apenas 32,7% conseguiram o deferimento do HC. Já nos tribunais superiores, o número cresce para 63% de pedidos atendidos.

Verifica-se, assim, que os dados mostram que quanto mais alta a instância, maior é a chance do *habeas corpus* ser concedido. Ocorre que, geralmente, um processo pode levar muito tempo para chegar aos tribunais superiores e nem todas as mulheres que poderiam responder em liberdade conseguem ter acesso aos mesmos. Isto evidencia, portanto, uma séria violência institucional e simbólica por parte do estado, pois mesmo fazendo jus ao benefício da prisão domiciliar ou até mesmo de uma pena que não seja restritiva de liberdade, essas mulheres permanecem irregularmente presas, tendo em vista que, na maioria das vezes, aguardam seu julgamento em regime fechado, conforme já visto.

Cumpra analisar, dessa maneira, o que seria esta violência institucional e simbólica e os efeitos que estas podem causar no ordenamento jurídico, bem como a sua relação com os componentes sociais e ideológicos presentes na sociedade e nos discursos emitidos pelos magistrados.

## **A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E SIMBÓLICA**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, no seu artigo 3º, os principais objetivos da República Federativa Brasileira. Dentre os objetivos trazidos pode-se destacar o previsto no inciso IV do referido artigo que é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ocorre que nem sempre o Estado, no exercício da sua função constitucional, age de forma a assegurar o cumprimento de tal objetivo. Ao analisar os fragmentos apresentados acima, por exemplo, pode-se ver que ainda que se tenham introduzido novos padrões legislativos e interpretativos, percebe-se a persistência de uma práxis jurídica que causa incômodo pela desconsideração de um recorte social e de gênero no trato institucional dos crimes relacionados ao tráfico praticado por mulheres. Observa-se assim que:

Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito da família), mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso, quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição. (RADBRUCH, 1999, p. 146-147)

A violência que decorre desse tipo de *práxis* jurídica ocasiona o que chamamos de violência institucional e violência simbólica, a primeira nada mais é do que a violência praticada através da ação ou omissão das entidades e agentes representantes do Estado. Neste sentido é o que afirma Taquette (2007, p. 95):

Violência Institucional é aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos tais como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, Judiciário, dentre outras. É perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos. Na seara da violência institucional, podemos encontrar desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços de saúde e a má qualidade dos serviços prestados, até mesmo como expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e usuário. Uma forma, infelizmente, muito comum

de violência institucional ocorre em função de práticas discriminatórias, sendo as questões de gênero, raça, etnia, orientação sexual e religião um terreno fértil para a ocorrência de tal violência. A eliminação da violência institucional requer um grande esforço de todos nós, pois, em sua grande maioria, acontece em nossas práticas cotidianas com a população usuária dos serviços.

Já a segunda, cuja definição foi elaborada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 2003), é um conceito social, o qual aborda uma forma de violência exercida pelo corpo sem coação física, causando danos morais e psicológicos. É uma forma de coação que se apoia no reconhecimento de uma imposição determinada, seja esta econômica, social, cultural, institucional ou simbólica. A violência simbólica se funda na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante.

Esses tipos de violências restam demonstradas, por exemplo, a partir do momento em que o magistrado denega o *habeas corpus* com base no não enquadramento da mulher acusada no modelo socialmente esperado de uma mãe, reproduzindo assim um discurso dominante e opressor baseado em preceitos e ideologias patriarcais, conforme observado nos fragmentos analisados. A ausência desse tipo de argumento nas decisões que analisam *habeas corpus* impetrados por “pacientes” masculinos, evidência, assim, ainda mais a prática discriminatória baseada no gênero. Segundo Suely Almeida (2007, pág. 27):

As desigualdades de gênero fundam-se e fecundam-se a partir da matriz hegemônica de gênero. Isto é, de concepções dominantes de feminilidade e masculinidade, que vão se configurando a partir de disputas simbólicas e materiais, processadas, dentro de outros espaços, nas instituições cuja funcionalidade no processo de reprodução social é inconteste – marcadamente, a família, a escola, a igreja, os meios de comunicação – e materializadas, ainda, nas relações de trabalho, no quadro político-partidário, nas relações sindicais e na divisão sexual do trabalho operada nas diversas esferas da vida social, inclusive nas distintas organizações da sociedade civil. É nesses espaços e práticas que vão se produzindo, reatualizando e naturalizando hierarquias, mecanismos de subordinação, o acesso desigual às fontes de poder e aos bens materiais e simbólicos. É também nesse registro que vai se consolidando, para a mulher, a jornada extensiva de trabalho, a maior superposição de tempos e espaços nas dimensões pública e privada da vida, as menores possibilidades de investimento em qualificação, as maiores cobranças quanto à sua responsabilidade na reprodução familiar.

Prova dessa discriminação em decorrência do gênero está no modo como a mulher acusada pelo crime de tráfico de droga é tratada ao decorrer de toda persecução penal. Como visto no tópico anterior, a mulher em um mesmo processo pode ser vista tanto como uma criminosa como uma pessoa vulnerável a depender da instância em que estiver sendo julgada. Sendo assim, dependendo de quem a está julgando, a mesma pode ser mantida presa ou não. Ou seja, resta a estas mulheres apelarem para sorte para terem ou não sua liberdade concedida mesmo legalmente e juridicamente fazendo jus a tal direito.

O uso de preceitos morais pelo juiz ao julgar o *habeas corpus*, acima apresentado, se mostra, portanto, em descompasso com o previsto no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna de 1988, ao prever o princípio da estrita legalidade estabelece que “não a crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, desse modo, qualquer decisão judicial que estiver embasado no caráter do *justo*, conceituada com respaldo na moral, em vez do Direito, será uma decisão arbitrária e imoral, vez que “a atividade do juiz está limitada pela lei, no sentido de que o conteúdo de uma sentença deve corresponder ao de uma lei” (BOBBIO, 1999. p.56). Desta feita, a fundamentação dada com base em uma

reprovação moral por parte do magistrado não merece prosperar, pois não se qualifica como uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, que assim prever:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Verifica-se, dessa forma, que o juiz, ao julgar, deve está atado à norma e ao conjunto probatório feito no processo, não podendo julgar conforme bem entender sua consciência ou com respaldo em fontes alheias ao ordenamento jurídico ou não autorizadas por este.

Observa-se, entretanto, que embora a teoria geral do processo enfatize que são elementos imprescindíveis a uma prestação jurisdicional justa a imparcialidade e neutralidade dos magistrados, não há dúvidas de que estes são, de fato, fortemente influenciados por diversos fatores – internos e externos – e expressam suas convicções morais e políticas em suas deliberações. São essas decisões que trazem carregadas consigo ideologias patriarcais e um discurso dominante e opressor que acarretam a violência institucional, simbólica e de gênero.

Cumprir destacar que a “Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos”, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1993, na Áustria reconheceu as mulheres como sujeitos internacionais de direitos, a existência da violência de gênero e a necessidade de seu enfrentamento nas esferas pública e privada, bem como o combate à violência institucional, sobretudo na administração da justiça, como dever prioritário dos Estados. Considerando que o Brasil é signatário do documento mencionado acima e de diversos tratados e acordos internacionais que visam combater a violência contra a mulher, é de se chocar que ainda tenhamos decisões que intensifiquem esses tipos de violência.

Embora tenhamos algumas medidas públicas que visem combater a violência contra a mulher, como a criação da Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio, a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a atual previsão de que a ação será pública e incondicionada nos crimes de violência contra estas, não há no mesmo sentido uma preocupação com o combate da violência praticada pelo próprio Estado contra estas mulheres. Embora o Brasil seja signatário das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), que prever regras mínimas para o tratamento dos reclusos, é quase imperceptível à criação de políticas públicas que visem combater esse tipo de decisão que viola não só direitos básicos como a própria dignidade da pessoa humana.

A “ofensa” ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, por aqueles que constitucionalmente possuem o dever de defendê-lo, nos leva a crer que os magistrados ou até mesmo o próprio ordenamento jurídico atual, não estão preparados para lidar com as questões de gênero e com os avanços sociais e culturais que acometeram a sociedade nos últimos anos. Isto é comprovado, como visto no

decorrer do trabalho, através dos argumentos carregados de ideologias machistas e patriarcais presentes nas decisões dadas.

Percebe-se, assim, que essas mulheres além de lidarem com o fato de terem sua liberdade restringida, sofrem com os efeitos de serem julgadas por um ordenamento jurídico que as pune duplamente pelo simples fato de não terem cumprido o papel socialmente esperado de uma mulher, violando, assim, direitos fundamentais como o da liberdade, isonomia e da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise da *Corpora* coletada foi possível observar que os componentes ideológicos, culturais e as relações de poder e opressão social influenciam sim no discurso por trás das decisões dos magistrados que denegam ou concedem os *habeas corpus* impetrados por “pacientes” femininas. Acastela-se que os valores vigentes na sociedade, marcada pelo patriarcado e pela misoginia, são reafirmados em uma construção discursiva e textual que duplamente condena a mulher criminosa, tanto pela prática da conduta delitativa como por esta não se enquadrar no que é socialmente esperado de uma mulher.

Nos fragmentos de sentença analisados é possível observar isso através dos adjetivos e substantivos lexicais utilizados para construir a imagem da mulher, imagem esta construída de acordo com “juízos morais” e sem considerar o previsto em lei. Prova disso é que em um mesmo processo a mulher pode ser vista como um ser vulnerável ou socialmente reprovável, a depender de quem a julga.

Desta feita, foram identificadas articulações discursivas montadas com base na atual estrutura sociopolítica da sociedade, o que reflete em uma construção textual que reproduz discursos firmados em valores antropocêntricos. Observa-se, assim, que ainda de maneira inconsciente, os agentes discursivos responsáveis pela estruturação e análise dos *habeas corpus* se utilizaram de estratégias de operacionalização da ideologia, de modo que são utilizadas valorações culturais tão arraigadas no senso comum que aparentam a normalidade. A utilização da análise crítica do discurso, portanto, exerce o importante papel de identificar essas operações e buscar indícios deixados no texto para interpretar aquilo que está implícito.

Através dessa interpretação observou-se que o magistrado ao basear a sua decisão em valorações culturais e em um discurso dominante e opressor, acaba praticando uma violência institucional e simbólica contra a mulher, vez que esse tipo de valorização não encontra aparato legal para ser utilizada como forma de negar um direito que lhe é legalmente devido.

Conclui-se, assim, que a reprodução desse tipo de violência por aqueles que constitucionalmente são incumbidos de assegurar o cumprimento da lei aumenta, portanto, a descrença na efetividade do poder judiciário, pois quem deveria promover a justiça acaba sendo o responsável por aprofundar ainda mais a desigualdade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely Souza de. (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007, p. 27.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV. **Falcão: mulheres e o tráfico**. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p.56.

- BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- CECCHETTO, Fátima Regina. **Violência e estilos de masculinidades**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.
- Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 24 out 2019.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 set 2019.
- FAIRCLOUGH, N. **Discurso e Mudança Social**. (Coordenação da trad.) Izabel Magalhães. Brasília: UNB, 2001.
- FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática de hábeas corpus**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- GASPARI, Leni Trentim. **Educação e Memória: Imagens Femininas nas “Gêmeas do Iguaçu” nos anos 40 e 50**. (Dissertação de Mestrado em Educação). Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. **O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos**. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, n. 102, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.146-147.
- RAMALHO, Viviane & RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a) crítica: o texto como material de pesquisa**. Campinas: Pontes, 2011.
- RESENDE.V.M. **Análise de Discurso Crítica e Realismo Crítico**. Campinas: Pontes Editora, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Emílio: ou da educação**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 428-429.
- SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: Vida e Violência Atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond Ltda., 2002.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC: 438319 SP 2018/0042947-4. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Brasília 28.06.2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595145287/habeas-corpus-hc-438319-sp-2018-0042947-4>>. Acesso em: 15 de jun. 2019.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC: 464516 SP 2018/0207686-3. Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Publicação: DJ 05/10/2018). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647183534/habeas-corpus-hc-464516-sp-2018-0207686-3>>. Acesso em: 15 de jun. 2019.
- TAQUETTE, Stella (org.). **Mulher adolescente/jovem em situação de violência**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007, p. 95.
- THOMPSON, J. B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social e crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. **Linguagem em (Dis)curso - LemD**, Tubarão, 2004. v. 4, n. esp., p. 223- 243.

# A REPRESENTAÇÃO DISCURSIVA DA CRIANÇA VÍTIMA DE ESTUPRO EM TEXTOS JURÍDICOS

Rebeca Lins Simões de Oliveira

Docente (UPE)

## INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa<sup>1</sup> é analisar textos jurídicos de âmbito decisório/apelativo selecionados no site do Tribunal de Justiça que envolvem crianças menores de quatorze anos do sexo feminino quando estão na condição de principal ‘elemento executor’ do ato processual como vítima de crimes sexuais consumados (estupro) e o acusado seja decretado inocente mesmo com a apresentação de provas do crime. As peças processuais escolhidas possuem em comum a denúncia da vítima, a persecução penal finalizada, laudos periciais comprovando os fatos e, além de tudo, a confissão do réu confirmando o crime cometido.

No caso da *sentença judicial* a decisão é de absolvição na qual são apresentados os contra argumentos para sentenças proferidas. Para atingirmos o objetivo descrito, fixamos teoricamente esse trabalho no campo da Teoria Crítica Social e na Teoria da Análise Crítica do Discurso de Norman Fairclough (2005;2001;2008), que embasam as reflexões acerca das relações de poder, luta hegemônica e ideologias no discurso. Justificamos a delimitação teórica do trabalho no fato em que ambas as epistemologias se concentram em observar o contexto da sociedade por meio da práxis e opõe-se às teorias herméticas e positivistas, aparelhando-se de uma postura dialética no que toca às mudanças da vida social.

No que compete ao estudo da Ideologia e Poder, contamos também como os preceitos de J. Thompson e Hannah Arendt. Para as investigações dentro da epistemologia feminista, nossa base será Heleieth Saffioti, Joan Scott e Soraia da Rosa Mendes. Por fim, os estudos da representação discursiva ficarão a cargo da Teoria de Representação do Ator Social de Moscovici e Theo van Leeuwen. Quanto à sua Natureza, classifica-se a pesquisa como aplicada e explicativa. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa teve um cunho documental para a composição e análise dos *corpora*. Além disso, quanto à abordagem do problema, o método é de caráter qualitativo.

## CONJECTURAS SOBRE A VIOLÊNCIA

Atos violentos compõem a historiografia da humanidade, entretanto, mesmo sendo vivenciada de modo individual, quando se decide estudar este fenômeno é comum tender para seu aspecto quantitativo, através da realização de sensos e levantamento de dados. Além disso, uma problemática que se apresenta ao analisar o fenômeno é a banalização do mesmo, encarado como meras informações, fatos noticiados nos meios de comunicação: terrorismo, guerras, rebeliões, tráfico de drogas e tumultos civis são apresentados nas mídias sociais, nos (tele) jornais e em outros veículos de comunicação apenas como mais uma notícia do dia e, assim que saciar a ‘curiosidade dos consumidores’, torna-se, portanto, um produto contemporâneo descartável.

Segundo Wieviorka (1997 p. 9), o tema da violência não compõe o cerne das discussões filosóficas atuais. “E quando deixa de ser pensada, passa a ser temida ocupando apenas o campo

---

<sup>1</sup> O artigo apresentado é um recorte da pesquisa de doutoramento ainda em andamento.

subjetivo [...] a violência deixa de ser objeto de estudo ou por excesso de respeito às diferenças cultural e religiosa ou por sua banalização”. Complementa ainda (WIEVIORKA, 1997) que diversos ramos das ciências, como a Psicanálise, Sociologia, Antropologia, Biologia/Frenologia, Psicologia, a partir do objeto e método específicos, discutem o fenômeno acentuando um ou mais aspectos, porém raramente considerando o fenômeno como uma totalidade refletindo a partir de uma proposta interdisciplinar. Ou seja, não existe apenas uma “violência”, mas sim “violências”, o que denota uma pluricausalidade de um fenômeno multifacetado<sup>2</sup>.

Sendo um fenômeno atemporal, que atinge todas as culturas e os diversos setores da sociedade, em certa perspectiva, foi força motriz para a sobrevivência da humanidade em determinados períodos históricos e garantiu não apenas a subsistência, mas a demarcação de territórios. Entretanto, a violência transfigurou-se de estratégia elementar voltada para sobrevivência da espécie para índice de conflito social, onde prevalecem às estratégias de manipulação e de opressão social via capital. Marx defendia que “a violência é a parteira de toda velha sociedade que está prenhe de uma nova; ela mesma é uma potência econômica” (MARX, 1985, tomo II, p. 286). Na mesma medida que a sociedade avança nos quesitos tecnológicos e descobertas científicas, desenvolve meios de tornar essas inovações em produtos vendáveis que alimentam a produção capitalista. Mesmo que não sejam produtos palpáveis, inova-se em criação de elementos simbólicos que despertam o desejo do grande público. Todo esse engendro não é apenas visto pelo Estado, é também patrocinado.

De acordo com Cruz Neto e Rasga Moreira:

[...] através de suas políticas públicas o Estado abre um canal de comunicação, na maioria das vezes unívoco, com a sociedade, demonstrando e praticando sua ideologia, metas e diretrizes, num movimento que interfere e regula o fluxo da vida cotidiana. No desenrolar deste processo, que engloba desde a elaboração até a implementação destas políticas, há um choque entre os interesses que postulam ser contemplados, capitaneado pelo embate entre mercado e sociedade civil. [...] Num Estado em que os governantes organizam as políticas públicas a fim de atender aos interesses do capital financeiro, a alocação de recursos para atender às demandas da sociedade civil fica gravemente prejudicada e restringida (CRUZ NETO; RASGA MOREIRA, 1999, p. 38).

Teoricamente, o Estado e a sociedade buscam meios de enfrentamento à violência e métodos para que os índices de ameaça à vida cotidiana retrocedam (diminuição dos assaltos, homicídios, roubos, tiroteios etc.), contudo o que se questiona são os motivos para falta de sucesso nessa empreitada. Quais seriam as verdadeiras razões para o insucesso? Quais os setores que são/estão no centro da preocupação do Estado à busca da redução da violência?

Essas indagações esbarram na leniência e a condescendência da sociedade em exigir políticas públicas preventivas eficientes e na incapacidade e do descompromisso do Estado brasileiro para planejar e executar essas políticas porque visam apenas o enriquecimento financeiro de grandes conglomerados capitalistas em face dos interesses das massas.

Nesse bojo, em 2002, a OMS publicou o **Relatório Mundial de Violência e Saúde**. O diferencial desse texto foi à observação de como violência diz respeito à saúde ou ao bem-estar dos indivíduos e a falta de ações afirmativas causariam danos à saúde do indivíduo e consequentemente da sociedade em que ele está inserido. O documento é visto como um

---

<sup>2</sup> Reconhecemos o caráter plural do fenômeno da violência, contudo, abordaremos neste texto **apenas o aspecto sociológico e histórico**. Adiantamos também que não se pretende aqui realizar um levantamento abrangente das abordagens sobre o tema nas diversas áreas do saber, nem apresentar as similitudes e discordâncias e, caso sejam apresentadas, servirão apenas para fins argumentativos;

“complemento” para a teoria, visto que o escopo teórico original não trata dos fatores de violência, apenas criminalidade, além de esmiuçar a violência em categorias analíticas.

Assim, o Relatório mundial sobre Violência e Saúde da OMS, define Violência:

Uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG et al., 2002, p. 5).

Pela primeira vez nos estudos acerca do tema “violência” os atos violentos podem ser realizados contra o outro e contra o próprio indivíduo, incluindo também os aspectos psicológicos. Nota-se de maneira saliente o uso da palavra “poder”, que amplia a natureza de um ato violento e expande o conceito incluindo ameaças, intimidação, negligência ou atos de omissão, além dos atos violentos “tradicionais”.

Desta forma, ascendemos ao aspecto político do poder. O ponto fulcral da teoria de Arendt utilizada aqui é que “a violência pode destruir o poder, mas é incapaz de cria-lo.” (ARENDR, 1985, p. 31). A violência que se determina não é manifestada fisicamente como uma estratégia para angariação de poder, pois quando o Estado utiliza a violência física é porque o poder de dominação social está em risco. Portanto, o poder “[...] corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em unísono, em comum acordo” (ARENDR, 2004, p. 27). Em razão disto, violência e poder são fenômenos dissociados.

Com isso, o exercício da política sem a utilização da violência seria a ação legitimadora do poder do Estado na Sociedade, que seria expressa via dominação e obediência resultando em impotência e opressão. Para Arendt, “o poder é originado sempre que um grupo de pessoas se reúne e age de comum acordo, porém a sua legitimidade deriva da reunião inicial e não de qualquer ação que possa se seguir” (ARENDR, 1994, p. 32).

Para resumir: politicamente falando, é insuficiente dizer que poder e violência não são o mesmo. Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, ela conduz à desapareção do poder. Isto implica ser incorreto pensar o oposto da violência como a não-violência; falar de um poder não-violento é de fato redundante (ARENDR, 2001, p.44).

Cumpramos reiterar que o enfoque desse trabalho não é sobre uma violência individual e muito menos alicerçada em teorias que caracterizam o fenômeno como uma característica patológica<sup>3</sup> sob uma ótica positivista, tratamos aqui de uma violência de base estrutural, de caráter social de dominação e opressão do Estado. Ou seja, quando um indivíduo comete um ato violento - como um roubo, sequestro, crimes contra a dignidade sexual por exemplo – o faz porque o Estado não proporcionou as condições de dignidade e bem estar social adequadas, leia-se: educação crítica igualitária entre os sexos, condições de acesso, saneamento básico nas cidades, planejamento urbano, combate ao desemprego e toda gama de políticas de bem estar social.

Ratificamos que, conforme a criminologia crítica/radical, a inassistência do poder público é estratégica como forma de controle, não apenas populacional, mas de perpetuação de práticas de opressão construídas historicamente e dentro de um discurso de exclusão. Esse indivíduo, ora excluído, recebe o estigma que gera profundo descrédito e que é entendido como defeito, fraqueza, desvantagem e que uma vez “maculado” dificilmente se livrará do rotulo, o que garantirá a permanência no ciclo de pobreza e exclusão.

---

<sup>3</sup> Não negligenciamos o fato de que existem doenças oriundas da psicopatologia e transtornos mentais que culminam em atos de violência contra outrem, mas esses casos devem ser analisados pela psicologia e psiquiatria.



A violência estrutural é instrumentalizada por diversas vias e uma delas é a via institucional jurídica, quando não são oferecidas, negadas ou negligenciadas as possibilidades de acesso à justiça, mesmo quando o litigante é o titular do direito, como assegura Fragoso (1977) que “o Direito, assim como qualquer outro mecanismo de controle social, é governado por preconceitos e estereótipos socialmente produzidos”.

Então, como poderíamos arquitetar uma sociedade menos violenta e com uma menor utilização de aparelhos repressores? Como buscaríamos uma coletânea de esforços que nos conduzissem além de uma sociedade punitivista e instrumental?

De início, devemos conceber que o “estado democrático de direito” cumpre devidamente suas funções para a manutenção da democracia, o que atinge frontalmente o direito. Pensar em equidade é pensar no indivíduo além de seus crimes e atos, entretanto na formação do humano sem uma concepção pré-moldada positivista das penas e comportamentos. Aduz Zaffaroni<sup>4</sup> (1993b, p. 29 - 31):

De fato, nossa resposta é que, em última instância, desenvolvendo a abordagem em suas últimas consequências, o exercício de poder através dos sistemas penais é incompatível com a ideologia de direitos humanos. Isto pode parecer uma contradição, já que todos os instrumentos de direitos humanos reconhecem a legitimidade dos sistemas penais e se ocupam com certos detalhes e garantias. (...) Os direitos humanos não são uma utopia (no sentido negativo), mas um programa de transformação da humanidade de longo alcance. Considerá-los de outro modo seria banalizá-los e instrumentalizá-los. Sua positivação em documentos normativos internacionais serve para fortalecer um parâmetro para medir até que ponto o mundo está “ao contrário” (tradução nossa).

O que nos conduz à conclusão que o sistema liberalista de capital e força de trabalho não apenas impede o acesso dos que estão localizados à margem para o centro, mas também a própria concepção do contido/não contido na distribuição dos bens sociais. Por isso, uma concepção de justiça mais voltada para a ampla percepção dos direitos humanos, sem distinção dos “humanos” envolvidos, pode ser o eixo norteador de modificação social.

## ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO

No paradigma funcionalista, a língua é estudada pela relação que estabelece com os seus elementos externos, tem por mote estabelecer princípios gerais relacionados ao uso da linguagem e investigar a interface entre aspectos sociais e o sistema interno das línguas. Nele, o texto é uma trama de sentidos assentados historicamente, elementos de ordem ideológica que se constituem por uma “rede de forças” sociais que influencia e é influenciada pelos contextos situacionais em que estão inseridos. Assim a linguagem não é transparente, não é neutra: é carregada de conteúdo simbólico e através dela nos confrontamos cotidianamente com o mundo, com outros sujeitos, com a história.

Contudo, mesmo observando a linguagem por outro foco, questões sobre *Ideologia, Dominação, Poder, Hegemonia*, entre outros conceitos, não eram contempladas nos estudos

---

<sup>4</sup> “En efecto, nuestra respuesta es que, en definitiva, desarrollando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los Derechos Humanos. Esto puede parecer un contrasentido, desde que todos los instrumentos de Derechos Humanos reconocen la legitimidad de los sistemas penales y se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías (...) Los derechos humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance. Considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentalizarlos. Su positivación en documentos normativos internacionales sirve para fortalecer un parámetro para medir hasta qué punto el mundo está "al contrario" (traducción nuestra).

pragmáticos. Essa falácia teórica possibilita o surgimento dos estudos críticos da linguagem e conseqüentemente o nascimento da Análise Crítica do Discurso. Nessa diretriz assevera Connerton (1976, p. 20):

A crítica [...] objetiva a mudança ou até a remoção do que é considerado como consciência falsa ou distorcida [...] A crítica [...] torna transparente o que previamente estava oculto, e, ao fazer isso, inicia um processo de reflexão própria, nos indivíduos ou em grupos, destinado a romper com a dominação de limitações passadas. Aqui uma mudança na prática é, portanto, um elemento constitutivo de uma mudança na teoria (tradução nossa)<sup>5</sup>.

Na história da linguística, Norman Fairclough foi um dos primeiros a usar o termo “crítica” nos estudos discursivos em um artigo publicado no *Journal of Pragmatics*. Para o linguista:

Ela [a Análise Crítica do Discurso] é crítica, primeiramente, no sentido de que busca discernir conexões entre a língua e outros elementos da vida social que estão normalmente encobertos. Entre eles: como a língua aparece em relações de poder e dominação; como a língua opera ideologicamente; a negociação de identidades pessoais (sic) e sociais (continuamente problematizadas através de mudanças na vida social) em seu aspecto linguístico e semiótico. Em segundo lugar, ela é crítica no sentido de que está comprometida com mudanças sociais contínuas (FAIRCLOUGH, 2001, p. 230).

Ainda segundo Fairclough, as análises com base na Teoria Crítica têm “o objetivo de mostrar maneiras não óbvias pelas quais a língua envolve-se em relações sociais de poder e dominação e em ideologias” (2001, p.229). Destarte, o norte epistemológico da teoria adotada é que a linguagem não está dissociada das práticas sociais e não está instituída de Poder *per se*, adquire poder pelo uso que os agentes/atores que detêm poder fazem dela. Isso explica porque a TC e ACD escolhem temáticas voltadas para as minorias sociais, minorias ideológicas e aqueles que não compactuam com as práticas hegemônicas. A ACD pensa na linguagem a partir da práxis, “como forma de prática social e não como uma atividade puramente individual ou como reflexo de variáveis situacionais”. (FAIRCLOUGH, 2001, p.190). E situa discurso como uma prática, não apenas de representação do mundo, mas de significação do mundo, constituindo e construindo o mundo em significado. (FAIRCLOUGH, 2001, p. 91). Ou seja, a realidade é representada, simbolizada e significada nas relações simbióticas entre a composição discursiva (história e ideologia) e prática social.

A ACD de Fairclough circunda três pontos basilares:

1. A dialética entre discursos e práticas sociais e como esses elementos se retro constituem;
2. A consciência e inconsciência que os atores sociais possuem dessas relações;
3. O papel essencial do discurso na transformação social.

O que significa que a constituição de todas as dimensões da estrutura da organização social na dá na prática discursiva na interação dos atores sociais e seus níveis de consciência ideologia e de manipulação de poder.

Segundo Fairclough (2008, p.93), “a constituição discursiva da sociedade não emana de um livre jogo de ideias nas cabeças das pessoas, mas de uma prática social firmemente enraizada em estruturas sociais materiais concretas, orientando-se para elas”. Quando advém o nascimento de um indivíduo esse apenas se insere na sociedade e internaliza a prática social a ponto de reproduzi-la, muitas vezes sem questionamento. São os preceitos básicos das tradições culturais

---

<sup>5</sup> Criticism [...] aims to change or even remove what is considered as a false or distorted conscience [...] Criticism ... makes the which was previously hidden, and in doing so initiates a process of reflection individuals or groups, destined to break with of past limitations. Here a change in practice is, therefore, a constitutive of a change in theory.

que se firmam nas sociedades em construções ontológicas do tempo e do espaço. O ponto que se alinhava com a Teoria Crítica é a justamente a capacidade emancipatória que o ator social pode desenvolver a partir da reflexão crítica sobre a prática.

Categorias muito caras para ACD que envolvem relações assimétricas de poder e manifestações de poder, Ideologia, Hegemonia e Representação merecem uma seção específica. Ao produzir uma palavra, neológica ou não, essa palavra está contida na estruturação morfossintática da língua e conseqüentemente será utilizada com atores sociais em um contexto de interação específico regido por práticas de consumo e distribuição de textos. Todo esse mecanismo de produção está contido em uma prática social estabelecida pela história e construída através de constantes conflitos sociais.

Dentro da teoria crítica, o termo ganha uma acepção inserido na prática social, na interação entre os atores e, sobretudo, um elemento basilar na construção do discurso.

O próprio significado que o termo “ideologia” assumiu na filosofia da práxis contém implicitamente um juízo de desvalor, o que exclui que para os seus fundadores a origem das ideias devesse ser buscada nas sensações e, portanto, em última análise, na fisiologia: esta mesma “ideologia” deve ser analisada historicamente, segundo a filosofia da práxis, como uma superestrutura (GRAMSCI, 2002, p. 208).

Um ponto nevrálgico que apresenta uma mudança de rota na construção do termo não é apenas o reconhecimento de que a ideologia surge e engendra as relações das práticas sociais, mas perde a concepção “neutra” para adquirir uma concepção “crítica”. Thompson (2011, p, 72) explana que as “concepções neutras são aquelas que tentam caracterizar fenômenos como ideologia, ou ideológicos, sem implicar que esses fenômenos sejam, necessariamente, enganadores e ilusórios” e ainda complementa informando que uma concepção neutra de ideologia é aquela que “é um aspecto de vida social (ou uma forma de investigação social) entre outros e não é nem mais nem menos atraente”.

Prontamente, em oposição, Thompson (ibidem, p, 73) afirma que as concepções críticas “e a própria caracterização do fenômeno como ideologia carrega consigo criticismo implícito ou a própria condenação desses fenômenos”. Por isso a concepção crítica combate o conceito de naturalização de ideologias hegemônicas que ocasionam práticas de opressão, exclusão porque vislumbra perceber “como as maneiras e formas simbólicas se entrecruzam em relações de poder” (ibidem, p, 75).

Por fim, associaremos esses conceitos e os tomaremos como base para assentar o conceito de ideologia por nós adotado. Em ACD, Fairclough (2008, p, 117) acrescenta:

As ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação.

É através da aceitação voluntária da ideologia hegemônica que se constroem a noção social de “senso comum”, manifesta no texto, distribuída pela prática discursiva e construída na prática social as ideologias dominantes se tornam naturalizadas, portanto, invisíveis.

Esse processo envolve escolher “o quê”, “quem” e “como” os instrumentos culturais e atores sociais são representados. O grupo social dominante, no caso em tela o que detém o capital financeiro e simbólico, determina valorativamente a representação social. Logo, é dentro do discurso hegemônico que se constroem as relações de poder. Fairclough (2001,2008, p.117), comenta “que as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das

formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação”.

O processo de representação do ator social é construído na prática discursiva e molda o que denominamos de realidade e a maneira em que moldamos a “categorização” das pessoas e sua função social. Ao observar um homem negro, correndo pela rua, ocasionalmente sem camisa não teremos a mesma leitura do “o quê” esse homem está fazendo/pretendendo se avistássemos outro homem, agora branco, realizando a mesma tarefa. A percepção do Outro e da coletividade não se dá apenas pelo processo de alteridade construído internamente, mas também é construído através do intercâmbio realizado na prática social. Então, usamos as palavras de Moscovici para definir Representação Social:

São entidades quase tangíveis. Elas circulam, se entrecruzam e se cristalizam continuamente, através duma palavra, dum gesto, ou duma reunião, em nosso mundo cotidiano. Elas impregnam a maioria de nossas relações estabelecidas, os objetos que nós produzimos ou consumimos e as comunicações que estabelecemos. Nós sabemos que elas correspondem, dum lado, à substância simbólica que entra na sua elaboração e, por outro lado, à prática específica que produz essa substância, do mesmo modo como a ciência ou o mito correspondem a uma prática científica ou mítica. (MOSCOVICI, 1961/1976 apud MOSCOVICI, 2010, p. 10).

O autor (2010, p. 34) ainda explica que as representações sociais possuem dupla função:

- a. Categorizamos o modo como interpretamos o mundo, por isso a representação social possui a tarefa de convencionalizar o mundo tornando-o pré-concebido. Nas palavras de Moscovici “A realidade é, para a pessoa, em grande parte, determinada por aquilo que é socialmente aceito como realidade.” (LEWIN, 1948, p. 57 apud MOSCOVICI, 2010, p.36);
- b. As representações sociais possuem um caráter prescritivo e histórico: “são impostas sobre nós, transmitidas e são o produto de uma sequência completa de elaborações e mudanças que ocorrem no decurso do tempo e são o resultado de sucessivas gerações” (cf. Moscovici. 2010, p, 37).

Nesse certame, Van Leeuwen desenvolveu uma metodologia de análise para identificar os modos de representação no texto e como eles se manifestam. Nas palavras do autor (1997, p, 169): “Procurarei antes esboçar um inventário sócio-semântico dos modos pelos quais os atores<sup>6</sup> sociais podem ser representados e estabelecer relevância sociologia e crítica das minhas categorias antes de me debruçar sobre a questão de como é que se realizam linguisticamente”. As categorias propostas por Van Leeuwen são definidas de caráter “pan-semiotico” (cf. VAN LEEUWEN, 1997, p, 171) porque devem ser observadas de modo específico consoante a cultura, história e contexto de produção e envolvem textos verbais quanto visuais. Inicialmente dividem-se em representações que podem excluir o ator social e excluir o ator social<sup>7</sup>.

## BREVES ANÁLISES

Percebemos que o arcabouço do tratamento que a mulher recebe no judiciário corresponde aos axiomas sociais do que deveria ser atuação da mulher na sociedade, conforme a ideologia patriarcal. Ao considerar que a “verdade” está condicionada ao seu comportamento sexual não podemos desconsiderar que a prática jurídica criminaliza a ofendida mesmo quando vítima. Ainda que se argumente que as leis que amparam o gênero feminino se amplificaram e

---

<sup>6</sup> “Actores” cf. original.

<sup>7</sup> Nas análises do *corpus* reforçaremos que a decisão de incluir e/ou excluir o ator social e o modo em que se desenvolve é de caráter ideológico.

muitas vezes militantes ainda persistem devemos lembrar que a lide será julgada por um/a ator/atriz social que não está isento que questões ideológicas e discursivas que repercutem nas práticas sociais. Por isso:

Discutir a ideologia na magistratura é atentar, preliminarmente, para esta figura do juiz, que é ser social, não vive isolado, logo suas ideologias permeiam suas sentenças, e daí examinar estas suas raízes sociais, visto que, as ideologias devem as suas estruturas e as funções mais específicas às condições sociais da sua produção e da sua circulação. (...) As ideologias são sempre duplamente determinadas, que elas devem suas características mais específicas não só aos interesses das classes ou das frações de classe que elas exprimem (função sociodiciária), mas também aos interesses específicos daqueles que as produzem e à lógica específica do campo de produção. (FREITAS, 2005, p,10-11)

O/a Magistrado/a não goza do privilegio da neutralidade: está enxertado de tradições de modos coletivos de vida, de crenças religiosas, de convicções morais, ideologias e formações familiares. É um ser constituído de discurso em contato com a sociedade onde o discurso hegemônico é patriarcal. Não ocorre por maldade ou pelo desejo de prejudicar algum ator processual, é um ato muitas vezes inconsciente e desmedido. Por isso:

O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime - a ação, regra geral é de iniciativa privada - acaba por ver-se ela própria "julgada" (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada. (ANDRADE, 2006, p.23)

Todavia, deve-se cobrar uma postura decisória dos magistrados pautada nos fatos reais e na imaleabilidade da aplicação da lei, espera-se que os mesmos possuam consciência da importância das decisões para a vida pessoal dos envolvidos e, especialmente, para a sociedade. O 'julgado' deve acompanhar os avanços sociais no tocante as atualizações das demandas sociais, pois não apenas a atuação feminina na sociedade mudou, mas também sua concepção de mundo, anseios e necessidades. Arrematamos com o apontamento de Nucci (2006, p.641), ao comentar Nelson Hungria:

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.

No momento da efetivação da atividade jurisdicional espera-se, ao menos, que o magistrado tenha "prudência" de perceber que é um ator social que goza de determinados privilégios e o ato de julgar e sentenciar deve estar calcado nos fatos e no direito e não regido por motivações sentenciais podem variar conforme a classe, formação, idade, religião e a ideologia do juiz. Mesmo não estando isento da "clivagem discursiva" e que a configuração do direito é eminentemente ideológica espera-se uma atuação crítica e reflexiva que culmine em condições para decidibilidade dos conflitos. A seletividade do processo penal depende da seletividade da credibilidade da suposta vítima. Por isso concordamos com Andrade que:

É precisamente porque o núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle da sexualidade (implica preservação da virgindade e zelo pela reputação sexual) (...) Na criminalização sexual o sistema criminal segue, talvez com mais contundência do que em qualquer outra, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as pessoas (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas. O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais - a que denomino "lógica da honestidade" - que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do

ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas ( das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adéquam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher; lógica que pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da Lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso jurídico-penal entre ambas. (ANDRADE, 2006, p. 19-20)

A seguir analisaremos um fragmento extraído da *Sentença*<sup>8</sup> referente ao processo número 061/2.09.0000972-5. Comarca de Quaraí, Vara Judicial, do Estado do Rio Grande do Sul proferida na data de 05 de abril de 2011.

1. “Eu fui chamada pela mãe da menina eu estava de plantão que a menina teria saído de casa
2. e estaria com um rapaz de vinte três ou vinte quatro anos. (...)
3. Juíza de Direito: E chegando na casa desse moço o que vocês constataram?
4. Testemunha: Ele demorou um pouco para abrir a porta perguntando o que queriam e nós
5. entramos e a menina estava escondida no banheiro abaixada.
6. Juíza de Direito: E por que estava escondida?
7. Testemunha: Porque ela não queria voltar para casa. (...) Nesta noite fui eu, mas na outra
8. noite eu estava de folga mas eu soube que a minha colega teria atendido que ela teria
9. disparado para um campo.
10. Juíza de Direito: E ela chegou a falar alguma coisa no caminho?
11. Testemunha: Falou que não queria ir, bem rebelde, queria ficar com o namorado.
12. Juíza de Direito: O que mais ela falou? Se ele teria levado ela a força?
13. Testemunha: Não, ele teria convidado e ela aceitou ela estava muito brava e
14. agressiva e não queria falar. (...)
15. Juíza de Direito: Ela não gostava ou queria ficar na casa do namorado?
16. Testemunha: Sim queria ficar na casa. (...)
17. Juíza de Direito: Vocês atenderam a \_\_\_\_\_ outras vezes?
18. Testemunha: Sim, várias vezes. (...) São várias coisas envolvendo coisas com
19. meninos.
20. Juíza de Direito: Desde que idade ela se envolvia com meninos?
21. Testemunha: Desde os onze.
22. Juíza De Direito: E era outros meninos ou era esse menino aqui?
23. Testemunha: Era um menino que tinha uns doze anos talvez, mas o mais impacto
24. foi esse rapaz aí. (...)
25. Juíza de Direito: Não tinha nada de ela falar que ela gostava de ter relações sexuais
26. ou tinha alguma coisa?
27. Testemunha: Ela é uma menina meio largada pela mãe assim, não tem aquela as
28. vezes ela fugia ficava em outras casas.
29. Juíza de Direito: De outros meninos?
30. Testemunha: É mais pequenos. (...)

---

<sup>8</sup> Todos os nomes próprios e referências aos atores sociais envolvidos serão suprimidos.

31. Defesa: Tu confirmas então que ela era uma menina largada?
32. Testemunha: Sim, exatamente com essas palavras.
33. Defesa: Tu diz que as vezes ela ficava em outras casas, e nessas outras casas com
34. meninos?
35. Testemunha: Ela fugia e quando nós a achávamos ela tinha outros meninos meio
36. da idade dela assim. (...)
37. Defesa: Quer dizer que a \_\_\_\_\_ é uma menina que há tempos vinha dando
38. problemas?
39. Testemunha: Sim, tem vários relatórios dela.
40. Defesa: Vários relatórios dela, sempre envolvendo namoros e meninos?
41. Testemunha: Sim.”

Em depoimento, a conselheira contradiz, de início, a tese argumentativa da magistrada ao afirmar que foi a genitora que acionou o conselho tutelar no período de plantão noturno, sendo assim não se sustentaria a asserção de consentimento de mudança de residência, não por parte da genitora. Afirma ainda que ao chegar à casa do acusado a vítima escondeu-se no banheiro, agachada, porque não desejava voltar à casa materna. Não foram mencionados os motivos de se querer permanecer com o ofensor e nem se estava sofrendo algum tipo de coação ou constrangimento sob o pátrio poder. Menciona-se apenas que foi um convite e o estado emocional da ofendida, que estava *bem rebelde, muito brava e agressiva*. Todas as perguntas realizadas pela juíza concernem à vontade da vítima em permanecer na casa do acusado de maneira consentida, entretanto não é feita nenhuma pergunta sobre o porquê a menor não queria permanecer sob julgo da mãe e como era o relacionamento familiar. Não são mencionados, em nenhum momento, outros parentes e nem mencionado o pai (quem é, se é conhecido pela vítima, onde reside, por exemplo) ou se a genitora vivia em matrimônio ou união estável com outra pessoa, sendo assim todos esses atores sociais são excluídos por supressão, exclusão total. Fato muito significativo na esfera social porque temos, no Brasil, um aumento de lares chefiado exclusivamente por mulheres na mesma medida que constatamos um número vultoso de crianças que não possuem o nome de seus genitores nos registros de nascimento nacional.

Desta forma, temos ratificado simbolicamente pela juíza a tese da construção de um engendro (rememorando os efeitos interpretativos da expressão “caem por terra”) feminino contra o réu, na medida em que exclui os homens por parte da Narrativização dos fatos quando se trata da ofendida, que seria a protagonista da versão “caluniosa” e inclui os homens em sentido oposto, como coparticipantes das atividades narrativizadas, como recebedores, destinatário passivo. Ademais, é perguntado se a vítima foi assistida em outras ocasiões pela autoridade competente e a resposta é afirmativa com uma informação complementativa de que “São várias coisas envolvendo meninos”. Sobre o tocante devemos primeiro observar que não consta na no fragmento do interrogatório quais as medidas tomadas pelo órgão para a proteção da menor, embora este estivesse imbuído de competência para tal. Conforme o ECA (2017, p, 51).

## **TÍTULO II – Das Medidas de Proteção**

### **CAPÍTULO I – Disposições Gerais**

**Art. 98.** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta.

Tendo em vista que foi detectado que a menor estava em situação de vulnerabilidade e existiam outros relatórios sobre essa conjuntura, quais as medidas cabíveis de proteção foram tomadas? Ainda conforme o ECA (2017, p. 57), temos como medidas de proteção:

#### **CAPÍTULO II** – Das Medidas Específicas de Proteção

**Art. 101.** Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII – acolhimento institucional;

VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX – colocação em família substituta.

Posto isto, não é cognoscível que a menor estava matriculada em uma escola, não é apresentado nenhum relatório psicossocial da ofendida, não é esclarecido se a mesma possuía interação doméstica com pessoas que realizavam uso de álcool e outras drogas e muito menos foi esclarecido se a vítima e família foram inseridos em grupos de apoio municipal, conforme consta na lei. Apenas relata-se que “há tempos vinha dando problemas” sem o devido esclarecimento sobre que problemas eram esses.

Alega-se aqui que a descoberta da sexualidade e a interação sexual *per si* não constituem um problema. Como foi transcrito no fragmento, a menor tinha interação com outros meninos, um de 12 anos e outros pequenos sem especificação de idade, para mais essa interação é supostamente sexual, visto que é descrita como *coisas com meninos* por parte da testemunha e descrita como *namoro* por parte do advogado de defesa do réu. Já tinha sido esclarecido pela vítima que a mesma era virgem e tinha tido sua primeira experiência sexual com o acusado, o que significa que a interpretação dos fatos é meramente especulativa. Mesmo que não o fosse, que de fato existisse conjunção carnal com outras crianças da mesma idade seria tipificado como descoberta das atividades sexuais, visto que o direito fundamental individual ao exercício da liberdade sexual. Desta feita:

A vertente positiva liberdade sexual impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade. Já a vertente negativa estabelece o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual contra a sua vontade (LEITE, 2004, p. 26).

Complementa Huerta (apud FUHRER, 2009, p.118) sobre conceito de liberdade sexual:

É a liberdade de amar é a faculdade inerente ao ser humano e nobilíssimo atributo de sua personalidade, que se exterioriza no plano pessoal, que ao indivíduo incumbe manter relações amorosas com quem bem lhe parecer, de interrompê-las livremente, de não ter quem não for de seu agrado ou de se abster temporária ou permanentemente de toda relação carnal.



O que não deveria ser discutido na sentença nem na condução do processo penal é a questão da liberdade sexual da menor, mas sim a preservação de sua dignidade sexual, visto que é um bem jurídico de caráter individual. Para Marcão e Gentil (2011, p.44), dignidade sexual é *aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual*. A Lei 12.015/2009 almeja salvaguardar o bem jurídico da dignidade sexual das pessoas, o direito inalienável de escolha e consentimento, então quando o judiciário realiza qualquer especulação ou julgamento sobre a liberdade sexual será sempre de tom ofensivo, indigno e no caso feminino machista porque julga a mulher pelo ato sexual sem considerar seu direito ao sexo.

Para asseverar o dito acima, observemos com atenção os trechos das linhas 115 até a linha 118 onde é perguntado pela juíza de direito para a testemunha do conselho tutelar se constava nos relatórios se a vítima ***gostava de ter relações sexuais***, no qual se observa que o emprego do verbo *Gostar* é no sentido de sentir prazer na prática sexual. A pergunta é direta sobre o comportamento sexual da vítima e de sua lascívia, é um julgamento afrontoso a dignidade sexual da menor, além da manifestação de uma ideologia machista opressora que aprisiona a sexualidade feminina e a subjulga a normas rígidas de controle moral. A resposta obtida é ***Ela é uma menina meio largada pela mãe assim, não tem aquela às vezes ela fugia ficava em outras casas***. A expressão “largada pela mãe” é lida de maneira equivocada, pela perspectiva da ideologia machista, e transfigurada de sentido. A vítima deixa seu lugar de negligenciada pelo *matris imperium* para ser ativa em suas escolhas, sexuais no caso. Não é levado em consideração a idade, o os fatores contextuais, que nem foram explicitados, a vulnerabilidade social. Apenas observou-se sua suposta desenvoltura sexual e de denunciante de um crime passou a ser julgada pelas lentes da ideologia do sistema hierárquico de gêneros.

Para arrematar, notemos ainda que o réu é caracterizado como “moço” e na linha 112 como “menino” (*E era outros meninos ou era esse menino aqui?*) o que o coloca ideologicamente na mesma categoria de representação social que os outros meninos de idade semelhante a da vítima, que são representados como incluídos de pela categoria sociológica de Impersonalização na definição de Objetivação, quando os atores sociais são representados por uma metonímia. A imagem construída do acusado é ideologicamente *Unificada* simbolicamente a das outras crianças do sexo masculino.

Com isso, o réu deixa de ser um homem que manteve práticas sexuais com uma criança e passa a ser categorizado como uma criança que não possui condições de responder pelos seus atos, enquanto a vítima não é categorizada como criança, logo ela não é vulnerável. Concluímos o fragmento, observando que enquanto o réu é ideologicamente *Unificado* as crianças menores de idade, incapazes de responder juridicamente e carentes de proteção do Estado, a vítima sofre o processo ideológico de Fragmentação em relação a essa condição pueril de vulnerabilidade passando a ser expurgada simbolicamente desse contexto.

## CONCLUSÃO

Para perfazer as análises destacamos um paralelo entre os dois gêneros textuais no que se referencia a vítima e ao acusado. Na *Sentença* temos a apreciação de um tribunal/ turma recursal sobre determinado assunto, caso. Possui um caráter decisório/apelante mas, sobretudo, imperativo no que concerne a um posicionamento sobre o “destino” de cada ator/atriz que são postos em pontos conflitantes e, especialmente, onde se possui a pretensão de buscar-se a “verdade transparente” dos fatos. Confrontam-se testemunhas e provas, entretanto cada narrativa está interpelada de posicionamentos ideológicos com construções sócio-discursivas. A

“pseudoverdade” está estruturada por construções de mundo, de significações simbólicas autorreforçadas e culturalmente heterogêneas e não estão afastadas da efetivação da atividade jurisdicional. O que, aparentemente, é lógico, maniqueísta, insurgi-se como discursivamente ideológico e dissidente. Como já esclarecemos, notabilizamos atos de violência institucional, haja vista que as “demonstrações ideológicas” sobrepujaram-se as necessidades dos casos criminais analisados e julgados. Como nos ensina Foucault:

Daí toda uma série de efeitos: o deslocamento interno do poder judiciário ou ao menos de seu funcionamento; cada vez mais dificuldade de julgar, e uma tal qual vergonha de condenar; um desejo furioso de parte dos juizes de medir, avaliar, diagnosticar, reconhecer o normal e o anormal; e a honra reivindicada de curar ou readaptar. Inútil creditar isso à consciência limpa ou pesada dos juizes, nem mesmo a seu inconsciente. Seu imenso “apetite de medicina” que se manifesta sem cessar — desde seu apelo aos peritos psiquiatras, até à atenção que dão ao falatório da criminologia — traduz o fato maior de que o poder que exercem foi “desnaturado”; que a um certo nível ele é realmente regido pelas leis, que a outro, e mais fundamental, funciona como poder normativo; é a economia do poder que exercem, e não a de seus escrúpulos ou humanismo, que os faz formular veredictos “terapêuticos” (...). Estamos na sociedade do professor-juiz, do médico-juiz, do educador-juiz, do “assistente social”-juiz; todos fazem reinar a universalidade do normativo; e cada um no ponto em que se encontra, aí submete o corpo, os gestos, os comportamentos, as condutas, as aptidões, os desempenhos. (FOUCAULT, 2002, p. 330- 331.).

A relação entre ideologia e representações sociais reflete as condições contextuais dos atores sociais que as elaboram, ou seja, suas condições discursivas, familiares, religiosas socioeconômicas, culturais... dos *entes* que as projetam. Abeira-se aí uma formação social construída como um reflexo invertido, distorcido. O “olhar” sobre o outro é a exteriorização da composição discursiva do próprio “ponto de vista”.

Ao “olhar” a vítima se enxerga duas construções simbólicas distintas amparadas no imaginário social: a mulher desregrada e a criança desprotegida. Da mesma forma que se avalia o agressor: o abusador de meninas e o menino inconsequente e impunível. A percepção distintiva das representações está calcada na composição do imaginário social, da identificação social, cujo objetivo é escamotear o conflito (entre as classes sociais), dissimular a dominação patriarcal, dando-lhe a aparência de universal. De acordo com Vera Regina Andrade:

O julgamento de um crime sexual - inclusive e especialmente o estupro - não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é - ao lado do status familiar - uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. Regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima. Isto é facilmente compreensível pelas circunstâncias em que ocorrem (ANDRADE, 2006, p.21 -22. Grifo nosso).

O imaginário social é um constructo de imagens e modelos de indivíduos construídos através da interação social, mas também expressa nas mesmas experiências vivenciadas em sua individualidade. Por isso, o discurso jurídico não é neutro, não é lógico e não é infalível. É concebido de acordo com a distribuição e locação de cada ator/atriz dentro do grupo social e das instancias sociais, configurando assim as normas e padrões consoantes à ideologia do segmento detentor de poder, legitimando ou não o discurso dominante.

E o poder dominante expresso discursivamente é machista, haja vista que “os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar à luz do sistema de ideias justificador do presente estado de coisas”. (SAFFIOTTI, pg. 16, 1987). Todo o exposto nas análises lida com o fato de que padrões comportamentais incrustados na sociedade oriundos de ideologias que cerceiam e oprimem a liberdade sexual da mulher baseia-se em uma justificativa moralista de preservação do corpo e da instituição família. Complementa-se ainda o fato de que interessa ao sistema patriarcal o aprisionamento das vontades e das liberdades femininas porque assim mantém estruturas sociais já estabelecidas de dominação.

Antes que se questione o porquê dessa homogeneização de concepções de mundo devemos asseverar que a perspectiva de análise aqui adotada é a da Teoria Crítica que se fundamenta na investigação de sistemas financeiros – hoje o sistema capitalista – e perpetuação do *modus operandi* de uma cultura de acúmulo de posses. Rememoramos que o princípio do enclausuramento feminino se dá no período Neolítico com o desenvolvimento da agricultura e processo de sedentarização das comunidades, que deixam de ser nômades para fixarem-se em locais determinados para o cultivo de alimentos. Faz-se *mister* ter certeza de que linhagem está preservada e a herança não iria para filhos ilegítimos, ainda assim não bastava ter o suficiente para a manutenção da família, precisava-se ampliar as terras e a colheita o que torna a mulher “mercadoria” de troca para alianças favoráveis.

Por isso que sempre que a dignidade da mulher foi questionada a questão sexual é evocada, o que não mudou na atualidade. Na verificação da “culpa” em casos de crimes contra a dignidade sexual a mulher ainda é a primeira suspeita no que tange à verificação da verdade. Isto posto, a reputação pessoal é levada em consideração no momento da dosimetria da pena em casos de condenação e também em casos de absolvição de acusados em crimes sexuais. A mulher rotulada como “desonesta”, “promiscua” provoca o crime de acordo com a avaliação do sistema patriarcal. Falta-nos a percepção da necessidade de uma transfiguração ontológica completa da mulher de “ser biológico – maternal” para “atuante e decisório”, que embora essa nova perspectiva de olhar já não seja a mesma em muitas esferas, ainda não alcançou os meandros do ambiente conservador jurídico a ponto de refletir em decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hanna. **Sobre a violência**. Relume-Dumará: Rio de Janeiro, 1994.
- ARENDRT, Hanna. **Entre o Passado e o Futuro**. 2. ed. Trad. Mauro V. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- ARENDRT, Hanna. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 2017 – ECA. Brasília, DF.
- CONNERTON, P. (Ed.). **Critical sociology**. Harmondsworth: Penguin, 1976
- CRUZ NETO, O. & MOREIRA, M. R. **A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural**. Ciência e Saúde Coletiva, Vol. 4, Nº 1, 1999, p.33-52. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81231999000100004&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81231999000100004&script=sci_abstract&tlng=pt)  
Acesso em: 12 de junho de 2018.
- KRUG, E. G. et al. (Org.). **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Geneva: Organização Mundial da Saúde, 2002.

- LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia, Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção**. Almedina, Coimbra, 2004.
- FAIRCLOUGH, N. L. **Critical and descriptive goals in discourse analysis**. Journal of Pragmatics, v. 9, p. 739-763, 1985.
- FAIRCLOUGH, N. L. Language, ideology and power. In: FAIRCLOUGH, N. L. **Critical Discourse Analysis: the critical study of language**. Edinburg: Pearson, 1995.
- FAIRCLOUGH, N. L. **Discourse, social theory, and social research: the discourse of welfare reform**. Journal of Sociolinguistics, v. 4, n. 2, p. 163-195, 2000.
- FAIRCLOUGH, N. L. **Teoria Social do Discurso**. Brasília: Ed. UnB, 2001a.
- FAIRCLOUGH, N. L. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 2001.
- FAIRCLOUGH, N. L. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Ordem do Discurso**. 13. ed. São Paulo: Loiola, 2006.
- FRAGOSO, H. **Direito Penal e Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- FREITAS, Lorena de Melo. **Marxismo, Direito e a Problemática da Ideologia Jurídica**. In: 4º colóquio Marx e Engels. Cemarx / Unicamp, nov. 2005.
- FURHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, vol. 5, 2002a.
- HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VIII. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MARX, Karl. A. Assim Chamada Acumulação Primitiva. In: **O Capital** – Crítica da Economia Política. Livro Primeiro. Tomo II. São Paulo, Nova Cultural Ltda., 1985.
- MOSCOVICI, S.: **Representações sociais investigações em psicologia social**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- THOMPSON, J.B. **Ideologia e Cultura Moderna: Teoria Social Crítica na era dos Meios de Comunicação de Massa**. 9. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- WIEVIORKA, Michel. **O Novo Paradigma da Violência e Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 5-41, maio de 1997. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/sociologia/tempo-social/pdf/vol09n1/o%20novo.pdf> Acesso em: 21 nov. 2017.
- ZAFFARONI, E. R. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila latinoamericana, 1993b.



**Coordenação:**

Orlando Villas Bôas Filho (USP/UPM)

Alexandre da Maia (UFPE)

Gustavo Angelelli (UNIV. CRUZEIRO DO SUL)

Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira (UNISANTA)



## A DIFERENCIAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL MILITAR A PARTIR DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE LUHMANN

**José Lenho Silva Diógenes**

Doutor em Sociologia (UFC). Professor Adjunto do Departamento de Estudos Interdisciplinares (UFC).

### INTRODUÇÃO

As limitações do potencial explicativo do pensamento de Niklas Luhmann para a compreensão do direito brasileiro têm sido discutidas em diferentes sentidos (NEVES, 2001, 2006, 2009; VILLAS BOAS, 2009). Sem aprofundar esses debates, aborda-se no texto – a partir da hipótese de que o sistema jurídico brasileiro está diferenciado socialmente da ciência, da política, da religião, da economia, da arte, do amor etc – a diferenciação do crime militar e de uma semântica a ele referida em uma trama de comunicações que se organiza em torno de uma distinção específica, a distinção entre o crime militar e o não crime militar.

Na primeira parte do texto, realiza-se um resgate histórico de alguns acontecimentos ocorridos nos limites dos sistemas político e jurídico, através da seleção de alguns acontecimentos que marcam o percurso da formação histórico-social do processamento das frustrações de expectativas normativas militares. Considera-se que esses eventos são estruturantes da realidade jurídico-penal-militar examinada e permitem a um observador de segunda ordem avaliar a hipótese da diferenciação do objeto da análise. Para reduzir a complexidade que envolve o tema, foram selecionados momentos de grande variabilidade político-jurídica, com o objetivo de destacar como foi realizada, na história recente, a função de estabilização dessas expectativas e as distinções que concorreram para isso.

Considera-se que cada comunicação sobre as expectativas militares atualiza um lado de uma distinção, marcando-o como ponto de partida para outras comunicações, e, na medida em que o tempo avançou, elas resultaram em uma diferenciação no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Apontando acontecimentos que se iniciaram no final do século XVIII, procura-se demonstrar que os processos comunicacionais por eles deflagrados redundaram na reentrada de uma forma crime militar/não crime militar no seu lado marcado, isto é, no crime militar. A referência sociológica do trabalho é a sociologia do direito Niklas Luhmann, conforme se pode notar por essa breve introdução (LUHMANN, 1983, 1985, 2005, 2016).

Não é demais recordar que a versão da sociologia luhmanniana que se procura mobilizar não acredita na existência de um pretense sistema penal militar ou crime militar que estejam postos ontologicamente no mundo esperando serem descobertos. Pelo contrário, tratam-se de estados de coisas em permanente deslocamento e reconstrução, o que não permite, portanto, qualquer intento de verificar se eles satisfazem tais ou quais formulações teóricas. Assim, a

perspectiva que se tenta colocar em jogo no trabalho pode ser compreendida como uma forma de construir um ponto de vista a partir do qual é possível reduzir a complexidade da investigação sobre o crime militar (LUHMANN, 2005, 1998).

Na segunda parte do texto, observa-se como o sistema direito opera e produz informações e redundâncias, generalizando expectativas normativas militares. Pode-se dizer que o *corpus* dessa seção são comunicações jurídicas e, portanto, sua compreensão demanda "un operar con distinciones" [que] sólo se realiza cuando se recurre a una distinción determinada, a saber, la de sistema y entorno (LUHMANN, 1998, p. 89). Assim, por intermédio da referência ao sistema jurídico, observam-se as redes de comunicações, descrições e reflexões sobre os crimes militares desenvolvidas nas duas principais instâncias decisórias do sistema - o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) - para colher decisões judiciais veiculadas em seus sítios eletrônicos de jurisprudências. O objetivo é identificar distinções, indicações e processos recursivos manifestos no sistema jurídico brasileiro por meio dos quais ocorre a estabilização das expectativas normativas militares.

## **O PROCESSO HISTÓRICO DE DIFERENCIAÇÃO DO CRIME MILITAR**

No sentido da sociologia do direito de Luhmann, pode-se dizer que a emergência do direito penal militar remete à origem dos exércitos, com a estabilização de expectativas militares no âmbito das próprias organizações militares. Inicialmente, ele foi estruturado diretamente pelos militares, *ad hoc*, sendo que, com a evolução, diferenciaram-se normas e processos para a solução de casos futuros. Formou-se uma memória sistêmica escrita e, em decorrência disso, potencializou-se a capacidade de discriminação entre o sim e o não sobre essas expectativas, surgindo formas de sentido como motim, deserção, pederastia e o próprio conceito de crime militar (LUHMANN, 2005). Assim, para compreender a questão, é razoável começar a observar alguns acontecimentos das últimas décadas do século XVIII e isso não é uma escolha arbitrária, conforme se percebe quando revemos os registros históricos desse período.

Foi nesse contexto que o exército prussiano abandonou a organização com base no voluntarismo e na coragem e passou a se organizar a partir da disciplina, ocorrendo uma reestruturação das forças militares europeias. Em Portugal, isso desencadeou o surgimento de novas organizações incumbidas da função de estabilizar as expectativas militares, como por exemplo, os Conselhos de Guerra, criados em fevereiro de 1763, "como pequenos tribunais, atrelados aos Regimentos, para funcionar como primeira instância da justiça militar" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 364). Com isso, ampliou-se a preocupação em seguir o registro da lei, ocorrendo uma reformulação do direito português que passou a reconhecer a decisões dessas organizações "como área específica do domínio jurídico, com lógica e temas próprios, que deveriam pôr em prática procedimentos regulares de disciplinarização da tropa e de resolução de conflitos" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 365).

Com o tempo, a estabilização das expectativas militares passou a ser realizada de maneira institucionalizada por duas organizações: os Conselhos de Guerra (CG) e o Conselho Supremo Militar e de Justiça (CSMJ). A princípio, elas não operavam com base em uma legislação específica – um Código Penal Militar – que incriminasse determinadas condutas, na linguagem de Luhmann, não existiam instâncias programatórias preexistentes. As instâncias decisórias atuavam a partir da tradição, dos costumes militares e, em alguns casos, da legislação penal comum. No início de suas atividades elas se comportavam ora como órgãos judiciais, ora como órgãos administrativos encarregados, por exemplo, das promoções de militares. Além disso, o CSMJ era presidido pelo próprio imperador (SILVA; SOUZA, 2016).

Foi preciso tempo para a evolução colocar a dúvida sobre quais condutas humanas estariam submetidas a essas organizações e qual o seu alcance jurisdicional, sendo que, apenas em 1802, foi criada por Dom João uma junta encarregada de elaborar o primeiro Código Penal Militar (CPM). Em 1806, contudo, ela foi dissolvida sem que se aprovasse uma legislação penal militar, devido à falta de consenso sobre os limites da competência da justiça penal militar (SILVA; SOUZA, 2016). O máximo que se conseguiu foi aprovar uma ordenança, em abril de 1805, que criminalizou a conduta da deserção para as praças em tempo de paz e criar os conselhos de disciplina para julgá-lo<sup>1</sup> (SILVA; SOUZA, 2016, p. 366).

Existiam duas posições antagônicas sobre a competência da justiça militar no âmbito dessa junta: uma defendia que essa justiça deveria ser um tipo de objeto honorífico que deveria assegurar aos oficiais a competência para administrar a justiça e a interpretação das leis militares; a outra advogava que a justiça penal militar não fosse um privilégio, mas uma forma de disciplinar a tropa a fim de aumentar a eficácia das forças militares. Como não se chegou a um acordo, permaneceu a incerteza em relação aos programas a partir dos quais operariam o CG e CSMJ, ficando a justiça penal militar aberta à possibilidade de se "levar – sem qualquer critério – civis a tribunais militares, e tirar oficiais do alcance da justiça comum" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 368).

Com a chegada da família real no Brasil, em 1808, foi introduzido formalmente esse modelo, criando-se o CSMJ no Brasil, que, segundo a autodescrição da própria justiça militar, foi o embrião de todas as justiças brasileiras<sup>2</sup>. Similar ao que ocorria em Portugal, no Brasil, o CSMJ compôs-se de duas seções: "um Conselho de Justiça, que mantinha a função de tribunal militar, e um Conselho Militar, destinado às questões burocráticas da caserna" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 367). O CG também desempenhava funções de caráter administrativo e judiciário: "ao mesmo tempo em que julgava os processos criminais, desempenhava atividades como, por exemplo, concessão de patentes, requerimentos de reforma, de pensão, de promoção, entre outras" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 365).

Essas estruturas permaneceram em atividade por um bom tempo, o que é notado pelo fato de a Constituição de 1824 nada ter afirmado (ou negou) sobre a justiça penal militar ou sobre os crimes militares. Não há nela nenhuma palavra sobre isso, sendo que, somente em 1890 o Decreto nº 949 instituiu o primeiro Código Penal Militar (CPM) e em 1981 a Constituição Federal dispôs que os militares teriam um foro especial nos delitos militares, de competência do Supremo Tribunal Militar (STM) e dos conselhos militares. Estabeleceu-se a participação de uma organização exclusivamente judiciária na estabilização das expectativas, afirmando-se que os processos criminais militares poderiam ser revistos pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA; SOUZA, 2016).

Em 1893, o decreto legislativo nº 149 transformou o CSMJ em STM, que passou a ser presidido por um de seus integrantes e não mais pelo imperador, como ocorria com o extinto CSMJ. Assim, mesmo o STM ainda tendo assumido funções de natureza administrativa, ele representa uma maior diferenciação sistêmica entre política e direito, que, alás, foi também intensificada com a edição da lei nº 221 de 1894, que realocou a Justiça Militar no âmbito do sistema judiciário nacional. Isso também pode ser afirmado em relação ao Decreto nº 14.544 de

---

<sup>1</sup> Esses conselhos eram compostos por três oficiais superiores e dois capitães que não podiam pertencer à companhia do réu. Caso ficasse configurado o crime de deserção, a competência seria do Conselho de Guerra. Somente por meio de decreto de 26 de maio de 1835, as penas para o crime de deserção dos oficiais do Exército e da Armada foram reguladas, criando-se, também um órgão específico para julgá-lo, o Conselho de Investigação (SILVA; SOUZA, 2016).

<sup>2</sup> É possível conferir isso em vídeo institucional do Superior Tribunal Militar (STM), que encabeça a justiça militar, que, por sua vez, autodeclara-se a mais antiga do País, declarando que durante o período imperial e início do republicano, ela própria fazia parte do Poder Executivo (BRASIL, 2017).



1920, que instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar<sup>3</sup> (COJPM), dividindo o território brasileiro em 12 circunscrições para efeitos de administração de justiça penal militar. Criaram-se os cargos de procurador-geral da justiça penal militar, promotor de justiça militar e advogado-de-ofício; e, formaram-se novas instâncias decisórias no âmbito do direito brasileiro: as auditorias militares, que passaram a funcionar como primeira instância da justiça castrense e o Supremo Tribunal Militar como instância de recurso<sup>4</sup>.

A Constituição de 1934 consolidou a justiça militar como órgão do Poder Judiciário, mas, durante sua vigência, os órgãos da justiça penal militar podiam ser acionados para julgar as infrações do Código Penal comum, inclusive as praticadas por civis<sup>5</sup>. Além disso, ela não conseguiu encerrar a prática da instituição de tribunais militares *ad hoc*, que funcionavam à margem da sua estrutura principal (SILVA; SOUZA, 2016). De todo modo, ela fortaleceu a semântica de afirmação da competência da justiça militar a partir de uma programação prévia específica, o Código Penal Militar, e a tendência de fechamento operacional das comunicações sobre o crime militar torno de algumas distinções. Ela estabeleceu a primeira previsão constitucional de juízes e tribunais militares no artigo 84: "os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares" (BRASIL, 1934).

Em 1936, a lei nº 244 criou o Tribunal de Segurança Nacional e, em 1938, o decreto-lei nº 510 ampliou formalmente a competência da justiça militar para julgar civis por crimes contra o dever militar, de usurpação de autoridade militar, contra a propriedade militar e a disciplina das Forças Armadas. Em 1944, entrou em vigor o segundo Código Penal Militar (CPM), que revogou o Código de 1890 e permaneceu em vigor até 1969, ano em que entraram em vigor o um novo CPM e o Código de Processo Penal Militar (CPPM). A Constituição de 1988 reafirmou a competência da justiça penal militar para julgar os crimes militares definidos em lei, que é organizada pela lei nº 8.457 de 1992, mantendo-se vigentes até os dias atuais o CPM e o CPPM, sem mudanças significativas em suas estruturas (BRASIL, 1988).

Como resultado desse processo, no contexto contemporâneo, a observação externa ao sistema jurídico brasileiro permite perceber que, aquilo que outrora as organizações militares operavam diretamente, acerca das expectativas militares, agora organizações tipicamente judiciárias operam a partir de suas comunicações, a saber, a afirmação da existência do crime militar (ou não). Do ponto de vista evolutivo, é plausível considerar isso uma forma de enfrentar o problema do futuro das organizações militares através da institucionalização de normas e processos. Isso libera essas organizações da ideia de que tudo pode variar inesperadamente, desenvolvendo-se formas de esperar através dessas normas e processos e não, propriamente, da confiança nas pessoas dos militares.

---

<sup>3</sup> Desde então, o processo penal militar passou a se iniciar com o recebimento da denúncia pelo auditor e se extinguir com a sentença definitiva (SILVA; SOUZA, 2016).

<sup>4</sup> Atualmente, a primeira instância da justiça militar da União é composta por 39 juízes, distribuídos em 12 Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), com 20 Auditorias Militares. Os julgamentos são realizados por Conselhos Permanentes de Justiça, quando os réus são praças e por Conselhos Especiais de Justiça, quando oficiais.

<sup>5</sup> Além disso, a lei nº 631, de 18 de setembro de 1851, considerava militar vários crimes que comprometessem a segurança do Estado, fosse o agente civil ou militar, submetendo-os aos Conselhos de Guerra (SOUZA, 2012, 2015).

## AS DISTINÇÕES USADAS PELO SISTEMA JURÍDICO PARA CONSTRUIR O CRIME MILITAR

A Constituição Federal de 1988 afirma, respectivamente, em seus artigos 124 e 125, parágrafo 4º, que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei"; e que "compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei [...], ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil" (BRASIL, 1988). Assim, enquanto expressão do texto constitucional, o crime militar é condição de validade da atuação da Justiça Militar, o que coloca para o direito a necessidade de reduzi-lo a conteúdos jurídicos específicos, distinguindo-o de outros temas e assuntos tratados no sistema direito.

Os juízes e tribunais federais e estaduais desenvolvem as comunicações típicas do sistema jurídico usando hierarquizações de instruções constantes em normas constitucionais que se articulam aos programas do CPM e CPPM, para dar forma ao crime militar. Suas decisões colocam em evidência o artigo 9º do CPM e suas ambiguidades, em torno das quais se forma uma teia de comunicações que utiliza semelhantes referências sistêmicas. Essas ambiguidades demandam várias decisões dos tribunais superiores em diferentes tipos de ações judiciais: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *habeas corpus*, conflitos de competência, recursos especiais, recursos extraordinários etc.

Como resultado da atuação dos tribunais, formam-se estruturas no sistema, como por exemplo, a súmula 90 do STJ: "compete à justiça estadual militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à comum pela prática do crime comum simultâneo àquele" (BRASIL, 1993). Isso, contudo, não permite esclarecer definitivamente o crime militar, mantendo-se indistintos os comportamentos humanos que podem ser rotulados como crime militar (ou não). O sistema se vê, permanentemente, na obrigação de formular decisões que lhe permitam encaminhar as comunicações sobre as situações ambíguas em que uma única conduta pode ser crime militar ou crime comum.

Embora o sistema político tenha tentado definir o crime militar no artigo 9º do CPM<sup>6</sup>, isso só permite ao sistema jurídico manter alguns acontecimentos em um espaço não marcado, criando uma zona de redundâncias e outra de indiferença. O curioso é que o sistema político não procedeu dessa forma em relação ao crime comum, não havendo no Brasil um conceito legal do crime comum (BITENCOURT, 2015; GRECO, 2016; NUCCI, 2014; PRADO, 2013). Destaque-se, portanto, que, na perspectiva luhmanniana, nem esse dispositivo legal nem as formulações doutrinárias sobre ele são o crime militar, tratando-se apenas de uma dentre outras estruturas normativas que permitem ao sistema jurídico selecionar o que será (ou não) tematizado por ele (LUHMANN, 2005).

Para além do texto legislativo, a observação externa do sistema direito revela que o crime militar é apenas a parte de uma distinção e que, enquanto identidade de sentido, ele surge de uma reentrada da diferença em um dos lados da forma - crime militar - quando se marca este como indicação da negação do não crime militar (LUHMANN, 2016). Quando se observam as decisões judiciais com essa distinção, percebe-se que, de fato, o crime militar está construído sobre um paradoxo, que oculta a distinção entre o mundo como de fato ele é e o mundo penal militar construído pelo sistema (LUHMANN, 1998; 2005).

A afirmação (ou negação) do crime militar faz toda a diferença para o sistema direito, na medida em que dela depende a definição da organização judiciária responsável pelo julgamento dos casos. Os juristas recorrem de maneira reiterada ao artigo 9º do CPM para dirimir tais dúvidas

---

<sup>6</sup> O artigo 9º, I, de certa forma, já revela a re-entrada da forma crime militar/não crime militar no lado do crime militar: "consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este [sic] Código ..." (BRASIL, 1969a).

e disso, acredita-se, decorre como que uma ilusão de ótica, como se o crime militar estivesse dado no sistema. Contudo, como identidade de sentido, ele não passa de uma espécie de metatexto que se forma quando os juízes e tribunais indicam um lado da distinção crime militar/não crime militar. Essa distinção se desprende historicamente das comunicações sobre as expectativas militares e a ela, cada vez mais, associam-se outras distinções produzidas pelo sistema político, compondo-se uma rede recursiva de comunicação.

Para tentar demonstrar isso, foi colhida uma série de acórdãos de decisões do STF e do STJ. Considera-se que, no sistema direito, os acórdãos<sup>7</sup> revelam maior grau de redundância, apesar de o foco da atenção nesses documentos resulte em uma quantidade significativa de material. Por isso, procurou-se, numa primeira análise, identificar as decisões que, direta ou indiretamente, discutiam crimes militares, de forma a organizar as decisões em função dos assuntos tratados. Para tentar reduzir a complexidade, foram deixados de lado os acórdãos nos quais os assuntos principais dizem respeito a questões de natureza meramente processual<sup>8</sup>, obtendo-se os seguintes resultados:

**Tabela 1 - Distribuição das decisões encontradas e analisadas por tribunal-**

<b>Decisões do STJ sobre crime militar</b>	
<b>Acórdãos</b>	615 documento(s) encontrado(s)
<b>Súmulas</b>	1 documento(s) encontrado(s)
<b>Decisões Monocráticas</b>	2303 documento(s) encontrado(s)
<b>Informativos de Jurisprudência</b>	24 documento(s) encontrado(s)
<b>Decisões do STF sobre crime militar</b>	
<b>Acórdãos</b>	2769 documento(s) encontrado(s)

Fonte: Elaboração do próprio autor (2017)

A preocupação com esse tipo de levantamento, na perspectiva luhmanniana, não remete à necessidade de aprofundar representações numéricas sobre distinções, estruturas e semânticas encontradas. Tenta-se apenas identificar as distinções relevantes para a construção das decisões jurídicas, realizando-se, em função disso uma primeira triagem para analisar os documentos como formas de redução da complexidade. Escapa também ao propósito do trabalho reconstruir as linhas de argumentações selecionadas pelos ministros dos tribunais para fundamentar pontos de vista para tomadas de decisão. Procurou-se identificar as distinções acionadas para apreender e reduzir a complexidade que envolve o tema e, dessa forma, observar as estruturas de sentido que são atualizadas, condensadas e generalizadas nas comunicações do sistema (LUHMANN, 1996, 1998, 2005).

<sup>7</sup> Acórdão é um documento escrito contendo uma decisão ou resolução proferida por um tribunal. Segundo o glossário jurídico que consta no *site* do STF, trata-se de "decisão final prolatada por órgão colegiado; julgamento colegiado proferido por tribunal, o qual serve como paradigma para solucionar casos análogos". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 25.10.2016.

<sup>8</sup> Como exemplo desse tipo de decisão, veja-se o recurso de Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 2015/0110467-6, de 02/03/2016: "1. No caso, não se aplica o prazo previsto no art. 540 do CPPM porquanto este dispositivo é específico para a hipótese de embargos de declaração opostos contra decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar. Incide, na verdade, o previsto no art. 3º do CPPM, que estabelece que, havendo omissão na legislação castrense, aplica-se a legislação processual penal comum. 2. São intempestivos embargos de declaração opostos após o prazo de 02 (dois) dias, previsto no artigo 619 do Código de Processo Penal. 3. Embargos declaratórios não conhecidos" (BRASIL, 2016).

O direito remarca aquilo que maneja como comunicação especificamente jurídica sobre o crime militar utilizando distinções para que este possa ser reconhecido, observado e descrito. Para o crime militar ser designado e problematizado no sistema é necessário, antes de tudo, distingui-lo de outros temas, adotando-se, então, a diferença crime militar/não crime militar como recurso para se chegar às decisões. Sempre que os tribunais observados se deparam com a necessidade de afirmar se a competência para processar e julgar uma ação penal é da justiça penal comum ou da justiça penal militar, eles precisam afirmar de antemão se o comportamento que o caso envolve é crime militar (ou não). Assim, é importante considerar as decisões emitidas em conflito de competência, *habeas corpus*, recurso especial ou recurso extraordinário que ataquem a competência do juízo julgador dos casos em discussão.

Como se observa, ao analisar essas decisões, a distinção crime militar/não crime militar é ocultada por outras distinções que são empregadas no texto legislativo e que entram em jogo para a produção de informações no sistema, a saber: 1) conduta incriminada *por* legislação penal militar/conduta incriminada *por* legislação diversa da penal militar; 2) conduta praticada *por* militar da ativa, de serviço ou no exercício da função/conduta praticada *por* militar da inatividade ou civil; 3) conduta praticada *contra* militar da ativa, instituições militares, patrimônio de organização militar, ordem administrativa militar, funcionário de ministério militar ou da justiça militar/conduta praticada *contra* militar da inatividade ou civil, instituições não militares, patrimônio ou ordem administrativa não militar; 4) conduta praticada *em* lugar sujeito à administração militar/conduta praticada *fora* de organização militar.

O Brasil não tem seguido a tendência moderna de exclusão de pessoas civis da competência da justiça penal militar, aceitando que suas instâncias julguem pessoas civis, ainda que não exista relação funcional entre elas e as organizações militares. Assim, a competência da justiça penal militar federal não se restringe aos integrantes das Forças Armadas (BRASIL, 2013a, 2013b). A única exceção em nosso sistema jurídico é a impossibilidade de pessoa civil ser julgada pela justiça penal militar estadual, conforme estabelece a súmula nº 53 do STJ: "compete à justiça comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais" (BRASIL, 1992). Dessa forma, a distinção civil/militar se relaciona com os quatro tipos de distinções acima mencionados para aumentar exponencialmente a complexidade no sistema e a incerteza sobre a rotulação de condutas como crime militar (ou não).

Assim, as diversas combinações dessas distinções colocam ao sistema jurídico a necessidade de proferir decisões, sendo relativamente comum observar na prática forense de juízes, tanto da justiça comum como da militar, interpretações conflitantes sobre o crime militar e a competência da justiça militar. Nesses casos, a parte interessada no processo, o Ministério Público ou os juízos em conflito podem demandar uma decisão do STJ ou do STF para solucionar o impasse. Esse tribunais se vêem obrigados a afirmar se a competência para processar e julgar a ação penal é da justiça penal comum ou da justiça penal militar, o que depende da afirmação (ou negação) do crime militar, como se nota nas várias decisões examinadas.

A complexidade é reduzida quando um acontecimento envolve pessoa civil ou militar e é incriminado exclusivamente na legislação penal militar, como ocorre no tipo penal do artigo 183 do CPM, que criminaliza a insubmissão de pessoa civil convocada à incorporação (BRASIL, 1969a); ou como ocorre com o tipo penal militar da deserção, previsto no artigo 187 do CPM. As condutas descritas nesses artigos de lei foram criminalizadas apenas no CPM, por isso, a deflagração dos processos de comunicação no sistema é simplificada: afirma-se que o crime é militar e encaminha-se a comunicação à uma organização da justiça penal militar competente.

Quando a previsão típica incriminadora ocorre somente no Código Penal, a simples condição de militar do agente às vezes produz ambiguidade no sistema, aumentando a

complexidade quanto à definição da competência. São acionadas, então, as diversas distinções do artigo 9º do CPM para o sistema afirmar que o crime é comum ou militar e de quem é a competência para o julgar. Verifica-se isso com relação ao crime de tortura, inserção de dados falsos em sistema de informação e fraude em licitação, previstos os dois primeiros no CP e o último na lei de licitações, lei nº 8.666/90. A complexidade é aumentada mais ainda quando um acontecimento é simultaneamente incriminado, na legislação penal comum e na legislação penal militar.

Nesses casos de dupla incriminação, uma única conduta pode ser considerada por diferentes juízes como crime militar e crime comum, gerando incertezas sobre a referência sistêmica para o encaminhamento das sequências de comunicações. Impõe-se então aos tribunais uma decisão para superar o obstáculo, uma vez que se trata de uma questão de ordem pública, que precisa ser enfrentada antes de qualquer outro ato processual. Como a decisão de juiz incompetente em razão da matéria gera nulidade absoluta do processo, deflagram-se os chamados conflitos de competência. O sistema se vê diante da necessidade de afirmar, de antemão, se o crime é militar (ou não) e o faz, normalmente, recorrendo às distinções do artigo 9º do CPM.

Desenvolvem-se argumentações e interpretações requeridas para a construção da decisão, que, como afirma Assier-Andrieu (2000), evidenciam a manipulação da semântica de enunciados jurídicos escrito para a reprodução de consensos sobre o direito posto. Isso ocorre em casos versando sobre as condutas típicas do estelionato previdenciário, desobediência, desacato, corrupção ativa, furto e falsificação de documentos, todas incriminadas tanto no CP como no CPM (BRASIL, 1940, 1969). O exame das decisões envolvendo esses casos revela que uma única conduta foi rotulada, em diferentes estados do sistema, por diferentes juízes da justiça penal militar e da justiça penal comum como crime militar e crime comum. Diante das ambiguidades, o sistema afirmou, ora que as condutas são crime militar, ora que são crime comum.

Nesses acontecimentos, a sequência temporal é sempre a mesma, primeiro os acontecimentos são detectados pelo sistema e, então, surge a dúvida sobre a caracterização da conduta como crime militar (ou não). Somente depois de posta a dúvida, as distinções do artigo 9º do CPM são acionadas para dirimi-la, sendo a própria diferença crime militar/não crime militar que atua no sistema para deflagrar as sequências de argumentações e interpretações que, ao final, conduzem à afirmação ou negação da existência do crime militar. Ela determina, ao fim e ao cabo, o próprio crime militar, por mais paradoxal que isso possa parecer, configurando o que Niklas Luhmann chama, ancorado em Spencer Brown, de reentrada da forma na forma, o indício da manifestação de uma diferenciação no âmbito da sociedade.

Ao desencadear conexões de sentido com outras distinções previstas na legislação penal militar e na realidade fática, essa distinção facilita o desprendimento de uma realidade penal militar como construção. E, na medida em que as comunicações das expectativas militares se fecham operacionalmente, pode-se vislumbrar uma amplificação na capacidade do sistema jurídico para "lembrar-se e esquecer-se *rapidamente*" (LUHMANN, 2005, p. 37). Implica dizer, forma-se no caso da estabilização de expectativas normativas militares o que Luhmann chama de umbral, limiar ou limite, como construção histórica sem a qual, haveria uma indiferenciação tal, que sequer poderíamos falar hoje em crime militar.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A institucionalização de normas e processos penais militares ensejou o desenvolvimento na sociedade de um modo de esperar por meio de estruturas, como se essas assegurassem que as

pessoas militares não praticariam comportamentos que, se generalizados, comprometeriam a diferenciação das organizações militares. Com isso, desenvolveu-se certa indiferença em relação ao contínuo controle dos comportamentos dessas pessoas dos militares, remetendo-se o processamento de desapontamentos das expectativas militares à administração de instâncias judiciárias. Isso se desenvolveu por meio de referências a distinções que se fixaram ao longo do tempo, dentre as quais se destacam crime militar/não crime militar e civil/militar.

A diferenciação crime militar/não crime militar é uma forma autorreferencial que não permite elucidar o que seja o próprio crime militar, mas ajuda a indicar que o crime militar é o sistema de referência das distinções e descrições que ele próprio utiliza. Suas estruturas e limites são identificados através da identificação das comunicações que remarcam aquilo que é manejado no sistema direito como comunicação especificamente jurídica (LUHMANN, 2005). O uso dela protela a incerteza no sistema direito, chamando as pessoas acusadas da prática de determinadas condutas a participarem dos processos e das argumentações, de forma a legitimar a própria competência jurisdicional militar.

As comunicações do sistema autorizam afirmar que a diferença crime militar/não crime militar deflagra o início das comunicações no sistema e que, embora estas envolvam outras distinções previstas no artigo 9º do CPM, nenhuma delas pode ser considerada a diferença última para decidir as questões. Seja qual for o caso, o indispensável é afirmar (ou negar) que os acontecimentos tematizados pelo sistema são crimes militares (ou não) e, por isso, de modo circular, a referida distinção reaparece como a diferença que faz a diferença para, ao final de um longo processo, condenar-se (ou não) uma pessoa - seja civil, seja militar - por crime militar. Atualmente, as decisões que cogitem se algo é crime militar (ou não) estão organizadas em torno dessa diferença, que pré-seleciona as possibilidades de comunicação jurídica sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

- ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1940.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.227**, de 24 de Janeiro de 1944. Institui o Código Penal Militar. Diário Oficial da União de 01 de fevereiro de 1944.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969a. Institui o Código Penal Militar. Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969b. Institui o Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm). Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 53, DF, **Diário da Justiça**, 24.09.1992.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 90, DF, **Diário da Justiça**, 26.10.1993.

- BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Vídeo institucional sobre a história e o funcionamento do Superior Tribunal Militar e da Justiça Militar da União**. Apresentação de Thiago Picolotto. (5 min. e 46 seg.), 2017.
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. traducción de Miguel Romero Pérez e Carlos Villa lobos. Barcelona: Anthropos, 1996.
- GREGO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: Lineamientos para una teoría general. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de lasociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de lasociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate, bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla. 1a. ed. en español. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder, 2006a
- LUHMANN, Niklas. **Intrudção à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Traducción de Pedro Piedras Monroy. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2016.
- NEVES, M. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, pp. 349-77. Alicante: Universidad de Alicante, 2001.
- NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- PRADO, Luís Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SOUZA, A. B. de. A governança da justiça militar entre Lisboa e Rio de Janeiro (1750-1820). **Almanack**, Guarulhos, n.10, p. 388-408, ago., 2015.
- SOUZA, A. B. de. Um edifício gótico entre instituições modernas: o debate parlamentar sobre o Conselho Supremo Militar e de Justiça (1822-1860). **Acervo**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 59-77, jul./dez. 2012.
- SILVA, A. M. D. da; SOUZA, A. B. de. A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 58, p. 361-380, mai.-ago., 2016.
- VILAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

# CONSTITUIÇÃO E MODERNIDADE: APONTAMENTOS SOBRE O SURGIMENTO DA IDEIA MODERNA DE CONSTITUIÇÃO À LUZ DE NIKLAS LUHMANN, JÜRGEN HABERMAS, REINHART KOSELLECK E MENELICK DE CARVALHO NETTO

**Marcus Vinícius Fernandes Bastos**

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor voluntário da Faculdade de Direito (UnB).

**Mateus Rocha Tomaz**

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor voluntário da Faculdade de Direito Brasília (UnB).

## NOTA INTRODUTÓRIA

O presente artigo registra comunicação oral proferida pelos autores durante o X Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), realizado entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Na ocasião, foi apresentado o esboço inicial de disciplina direcionada a alunos de graduação que os autores pretendem ministrar acerca do surgimento das Constituições modernas e do próprio conceito moderno de Constituição, com especial foco na experiência que conduziu à promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (1788) e na experiência que deu origem à Constituição Francesa de 1791. Trata-se, portanto, de curso interdisciplinar concebido na interface entre a sociologia do direito, a história do direito e a própria filosofia e teoria da Constituição.

Na comunicação feita por ocasião do X Congresso da ABraSD, ora registrada, foram expostos os pressupostos e parte do argumento do futuro curso atualmente em gestação, que constituem o seu mote. Agradecemos aos membros do Grupo de Pesquisa 28 do X Congresso da ABraSD, intitulado "Modernidade e direito na sociologia e na história", pelos valiosos comentários e pertinentes críticas à exposição, o que fazemos, em especial, na figura dos coordenadores Alexandre da Maia, Gustavo Angelelli e Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira.

## A COMPREENSÃO DA TEMPORALIDADE NO PERCURSO DA MODERNIDADE<sup>1</sup>

Uma possível chave interpretativa da época que se autodenominou moderna, que se viu como modernidade, consiste em compreendê-la como uma época é marcada pela ascensão da razão como forma primordial de apreensão do mundo. Todo o conhecimento passa, como pressuposto de sua validade, a se sujeitar, contra o pano de fundo do passado, ao tribunal da razão e de seus métodos próprios (seja pela via da evidência racional e dos procedimentos dedutivos, seja pela senda da observação empírica e do operar indutivista). Nesse contexto, torna-se possível falar, como faz Gadamer, que uma das características distintivas do racionalismo moderno foi a repulsa a qualquer tipo de preconceito. Para os primeiros modernos, somente a fundamentação metodologicamente assegurada dedutiva ou indutivamente poderia conferir validade a um juízo, relegando-se as precompreensões fundadas apenas na tradição à qualidade de juízos não fundamentados – e, portanto, inexoravelmente desprovidos de legitimidade. Nesses termos, a pretensão do conhecimento científico moderno foi justamente a de eliminar os

---

<sup>1</sup> Parte dos insumos teóricos expostos no presente item foram anteriormente desenvolvidos em FERNANDES BASTOS, 2019 (Capítulo 1 – Introdução) e em CARVALHO NETTO e FERNANDES BASTOS, 2018 (texto ainda não publicado).



preconceitos, as precompreensões (GADAMER, 2014, pp. 360-368). Assim, a temporalidade do presente pretendia romper com o passado e inaugurar o futuro.

Desse modo é que o advento do racionalismo moderno representou, particularmente, a problematização da tradição herdada. A possibilidade de que determinado aspecto da tradição pudesse ser verdadeiro dependeria, em última análise, de passar pelo crivo da razão, da credibilidade que lhe seria concedida pela razão tomada como última e única fonte legítima da autoridade no campo do autêntico conhecimento. “O que está escrito não precisa ser verdade. Nós podemos sabê-lo melhor”, de modo que a tradição torna-se objeto da crítica, mais precisamente da crítica racional (GADAMER, 2014, p. 363). Dá-se, então, uma profunda transformação na forma com que até então nos relacionávamos com o conhecimento advindo da tradição, com o conhecimento advindo do passado, e, conseqüentemente, com o próprio passado e com a historicidade das coisas em si mesmas.

Por isso mesmo, ao retomarmos a descrição semântica que a Modernidade construiu de si própria, podemos perceber, com Hans Blumenberg (BLUMENBERG, 1985, Capítulo VIII), como, em um exercício de autojustificação, os modernos inventaram as eras, as idades, alçando-se à condição de Idade Moderna, de época das Luzes, descrevendo-se como Renascimento, enxergando-se em um patamar de racionalidade, sobretudo institucional, superior ao dos próprios antigos (o renascer de uma racionalidade que não deixara de marcar a dimensão pública ainda restrita da polis grega e da república romana), e que, por toda uma longa Idade Média, encontrara-se letargicamente dominada pelas trevas dos mitos. Blumenberg escreve em face de Carl Schmitt, que levantara a tese de que, na verdade, a modernidade, ao contrário de seu discurso sobre si mesma, não teria rompido com o passado, com os fundamentos absolutos, teológicos, mas teria tão somente adotado uma deidade de novo tipo, ou seja, teria apenas secularizado a teologia e, assim, passado a fazer uma teologia do Estado, uma teologia política (SCHMITT, 1934). Ao demonstrar, todavia, que a forma com a que os primeiros modernos descreviam a si mesmos representou, efetivamente, uma alteração essencial de sua própria compreensão do mundo é que, contra Carl Schmitt, Hans Blumenberg, no capítulo VIII de sua obra “A Legitimidade da Idade Moderna”, desconstrói e refuta de forma consistente a tese da teologia política.

Reinhart Koselleck, ao contrário de Schmitt, foi capaz de captar muito bem essa sensível transformação no trato do passado e da história que caracteriza a passagem para a modernidade. Mais especificamente, Koselleck demonstrará essa mudança a partir da análise do deslocamento lexical observado no espaço da língua alemã entre duas expressões utilizadas para se referir ao fenômeno histórico. No ponto, deve ser esclarecido que o idioma alemão possui duas expressões lexicais distintas (o termo emprestado do francês *Historie* e a palavra *Geschichte*) para designar o fenômeno que, no português, recebe a denominação única de “história”, perdendo-se a particular carga semântica que cada uma dessas expressões ostenta no contexto da historiografia alemã. Particularmente, Koselleck identificará como a palavra *Historie*, no curso do século XVIII, vai paulatinamente sendo substituída em favor da palavra *Geshichte*, e como a própria palavra *Geschichte*, que originariamente era uma forma plural, nessa mesma época se condensa em uma espécie de “coletivo singular” (KOSELLECK, 2006, pp. 48-50).

Com o recurso à narrativa de diversos episódios históricos, Koselleck demonstra que, antes do século XVIII, a palavra *Historie* referia-se ao fenômeno histórico como uma espécie de repositório de múltiplos relatos e experiências em relação ao qual o sujeito no presente se coloca em posição de estranhamento, mas que pode ser apropriado pelo estudo. *Historiamagistra vitae*: a história como escola, como mestra da vida. Ao mesmo tempo, a palavra *Geschichte* significava originariamente o acontecimento em si mesmo considerado, uma série de ações ocorridas no

passado e não o seu relato ou o conjunto de experiências em torno de tais ocorrências (KOSELLECK, 2006, p. 48).

Falando de seu tempo, Koselleck pontua que, já há muito, *Geschichte* vinha designando também o relato, assim como *Historie* significa também o acontecimento em si mesmo (“um empresta seu colorido ao outro”), sendo que é justamente essa nuance que permite descortinar o processo de mudança na aproximação à história em curso no século XVIII: em que pese o fato de que ambos os termos foram se tornando semanticamente mais próximos, “*Geschichte*” fortaleceu-se, ao passo que *Historie* foi excluído do uso geral” (KOSELLECK, 2006, p. 48).

Tal mudança é sintomática de um novo relacionamento com os tempos históricos, mudança de relacionamento essa que entendemos estar intimamente relacionada com o aprofundamento da experiência da modernidade. “Se a velha história [*Historie*] foi arrancada de sua cátedra”, pontua Koselleck, “isso aconteceu na esteira de um movimento que organizou de maneira nova a relação entre passado e futuro”. A nova história, a *Geschichte* aludida por Koselleck, reivindica para si uma condição temporal própria: “diferentes tempos e períodos de experiência, passíveis de alternância, tomaram o lugar outrora reservado ao passado entendido como exemplo” (KOSELLECK, 2006, p. 47).

Trata-se aqui da constatação, muito mais abrangente do que a eventual investigação puramente linguístico-terminológica, de que, com o advento da modernidade, a história não mais pode ser vista como um espaço de experiências que deve orientar a ação no futuro. Dito de outra forma, também com Koselleck, bastante elucidativo é o recurso às categorias históricas do *espaço de experiência* e do *horizonte de expectativa*, por meio das quais é possível revelar a dinâmica do tempo histórico. Por *experiência*, Koselleck concebe “o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados” (KOSELLECK, 2006, p. 309), ao passo que, por *expectativa*, compreende-se o “*futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto*” (KOSELLECK, 2006, p. 310). Segundo Koselleck, essas duas categorias não são simples conceitos antitéticos, na medida em que “*indicam maneiras desiguais de ser, e da tensão que daí resulta pode ser deduzido algo como o tempo histórico*” (KOSELLECK, 2006, p. 312). Daí porque não podemos extrair dessa tensão produtiva uma conclusão linear no sentido de diretamente deduzir expectativas tão-somente de experiências, pois a diferença entre elas revelaria uma característica estrutural da história. “Na história, sempre ocorre um pouco mais ou menos do que está contido nas premissas”, de modo que “o futuro histórico nunca é o resultado puro e simples do passado histórico” (KOSELLECK, 2006, p. 312).

Cuida-se, sem sombra de dúvidas, “de um deslocamento temporal rumo ao futuro em aberto” (PAIXÃO, 2002, pp. 259-260). Se o futuro era, até aquele momento, determinado a partir do passado, na modernidade ele passa a se apresentar como uma incógnita. A história deixa de ser entendida como uma coleção de exemplos da qual é possível extrair relações de sentido que determinam o futuro (e, nesse sentido, é possível aprender com ela), para ser compreendida como a expressão de nosso caminho até aqui, por meio do qual podemos melhor apreender nossa situação no presente, estando o futuro desobstruído para a consecução das potencialidades da experiência humana.

E, “se o futuro da história moderna abre-se para o desconhecido e, ao mesmo tempo, torna-se planejável, então ele tem de ser planejado” (KOSELLECK, 2006, p. 57) – o que, por sua vez, acabou resultando num aprofundamento da experiência moderna que adicionaria novas camadas de complexidade a essa peculiar compreensão de nossa própria temporalidade.

O percurso do direito, particularmente do direito constitucional, se dá sob o pano de fundo da experiência da modernidade, com todos os predicativos que tal operação pressupõe. Desde a invenção do indivíduo que exigiu, em consonância com a fixação moderna na eliminação dos

juízos não fundamentados, a supressão dos privilégios de nascimento, voltando-se contra as divisões hierárquicas do corpo social existentes na pré-modernidade. Deixa de fazer sentido uma divisão estamental da sociedade justamente porque esse tipo de arranjo social assegura privilégios assentados no passado, na tradição. Em tais organizações sociais pré-modernas, o tempo contemplativo era uma dessas prerrogativas reservadas apenas aos que compunham os estratos mais privilegiados do corpo social. Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto:

o tempo contemplativo era um desses privilégios, visto como prêmio apenas daqueles que, por terem nascido no topo da hierarquia estamental ou das castas, podiam, graças ao ócio, se dedicar integralmente às mais elevadas atividades humanas como a poesia, a filosofia, a política. Desse modo é que Aristóteles, por exemplo, justificara a escravidão como um mal necessário, imprescindível para que alguns pudessem vivenciar a potencialidade humana em sua plenitude. Na sociedade moderna, ao contrário, esse ócio é tido como tempo perdido, diletante. As vidas individuais são cada vez mais longas em termos quantitativos, em número de anos, mas, paradoxalmente, são percebidas em termos qualitativos pelos indivíduos que as vivem como cada vez mais rápidas, breves, ou seja, insuficientes para tudo o que poderiam haver feito, até mesmo no âmbito do lazer. Percepções que, enfim, como a própria sociedade complexa que se alimenta da permanente incorporação dos riscos a que se expõe, de tão móveis e dinâmicas que são, possibilitam afinal conceber o tempo, o processo, como o significado mesmo do ser do humano. Não por acaso, na contemporaneidade de nossa sociedade, o tempo é sempre cada vez mais raro, mais curto, posto que apropriável, qualificável e monetizável, sendo redutível, portanto, a cálculos quantitativos na composição de projetos, investimentos e custos (CARVALHO NETTO, 2011, pp. 34-35).

Toda essa profunda transformação na forma com que nos relacionamos com nossa própria temporalidade compõe o substrato em que é construída a ideia do Estado moderno, concebido como a organização racional da sociedade. Surgem as teorias contratualistas do Estado, os pactos de poder, as leis fundamentais e toda a teoria do Estado que lhes dá suporte. Todo esse processo se faz acompanhar da invenção das Constituições modernas, uma aquisição tardia da modernidade.

## **O ADVENTO DO CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA DA MODERNIDADE<sup>2</sup>**

A utilização do conceito “Constituição” certamente é verificada muito antes dos últimos anos do século XVIII, quando experiências revolucionárias nos Estados Unidos e na França deram lugar a dois documentos formais autodenominados constituições, por sobre os quais se almejava a fundação de novas estruturas socio-políticas. A própria ideia de que a sociedade política possa se fundamentar no direito ou até mesmo de que o poder político possa ser limitado ou regulado por um documento jurídico formal, por vezes qualificado de “fundamental”, integra, em si mesma, uma longa tradição (vide SEELAENDER, 2006).

De todo modo, em que pesem as utilizações anteriores do conceito e a tradição sócio-histórica em que o projeto inegavelmente se insere, nos parece algo um tanto quanto incontroverso pensar que, a partir do final do século XVIII, surge uma nova concepção, um uso linguístico inovador, da ideia de Constituição. Mais do que isso, entendemos ser possível sustentar que a própria utilização do conceito atual de Constituição em referência às antigas leis fundamentais ou a diplomas pré-modernos que dispunham sobre o exercício do poder político e/ou matérias hoje tidas como tipicamente constitucionais (ou mesmo a qualificação de tais

---

<sup>2</sup> Parte dos insumos teóricos expostos no presente item foram anteriormente desenvolvidos em ROCHA, 2018 (Capítulo 3, Item 3.5).

diplomas como “pré-constitucionais”) constitui-se como um cândido anacronismo, ou como uma ingênua projeção no passado de conceitos atuais “que diz mais sobre os doutrinadores e as circunstâncias políticas de seu tempo do que, propriamente, sobre a natureza e a função original daqueles diplomas” (SEELAENDER, 2006, pp. 197-198). Resta então perquirir a respeito do que efetivamente significou essa inovação linguística, de modo a elucidar quais seriam as finalidades e a própria função da ideia de Constituição do final do século XVIII em diante, bem como as expectativas a ela vinculadas. A concepção da modernidade de Niklas Luhmann pode nos ajudar de forma decisiva nessa tarefa.

Segundo Luhmann, a sociedade moderna é marcada por uma mudança paradigmática de percepção da realidade do mundo, passando-se de uma consciência da realidade para uma observação da observação (LUHMANN, 2011, p. 150). Isto é, na modernidade “ocorre a perda de realidade, no sentido da tradição ontológica” (LUHMANN, 2011, p. 151) típica da razão prática antiga. Nesse sentido, sendo a sociedade constituída de comunicação, a evolução social se daria pela incorporação de novos fluxos de comunicação, variantes em relação às unidades comunicacionais estabelecidas<sup>3</sup>. Nesse contexto, o acesso às coisas objetivas do mundo somente pode se dar “pela informação, por meio do que os outros dizem e, certamente, do que nós dizemos” (LUHMANN, 2011, p. 150), o que permite que se defina a sociedade como uma “conexão auto-referencialmente fechada de comunicações” (NEVES, 2012, p. 4).

Niklas Luhmann identifica a modernidade com a conjugação de um processo de hipercomplexificação da sociedade mundial e um crescente fenômeno de diferenciação funcional. As sociedades modernas se caracterizariam, assim, pela emergência de sistemas sociais funcionalmente diferenciados: a ciência, a arte, a economia, a política. Emerge, no particular, a fundamental distinção entre sistema e ambiente. De acordo com Luhmann, qualquer comunicação ocorrida na sociedade pertence concomitantemente a um (ou mais de um) sistema social, bem como ao ambiente a ele circundante, sendo o ambiente excessivamente complexo e desordenado (o que inclui os demais sistemas), uma ordem própria, redutora de complexidade<sup>4</sup>. Desse modo, tomando um sistema social específico como referencial, os demais sistemas a ele circundantes, incluindo a própria sociedade mundial, funcionariam como ambiente.

Para descrever o funcionamento dos sistemas sociais, Luhmann toma de empréstimo da biologia o conceito de autopoiese. Em sua concepção, os sistemas sociais, da mesma forma como ocorre com os sistemas vivos, seriam autopoieticos na medida em que se auto constituiriam, se autotransformariam e se autodestruiriam de acordo com componentes, processos e fluxos comunicativos próprios, delimitadores de seu espaço no mundo (NEVES, 2012, p. 60). Sendo assim, os sistemas sociais devem ser vistos mais como diferença (em relação ao ambiente) do que como unidade<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre o ponto, Marcelo Neves, citando Luhmann, afirma o seguinte: “Tendo em vista que a comunicação é a unidade elementar da sociedade, a variação ocorre quando a comunicação desvia-se do modelo estrutural de reprodução social. Mais precisamente, a variação ‘consiste em uma comunicação inesperada, surpreendente’. As expectativas sociais correspondentes não contam com aquela espécie inovadora de comunicação, que se apresenta como negação das estruturas estabilizadas. Ela contrapõe um ‘não’ à conexão de expectativas reguladora da reprodução sistêmica” (NEVES, 2012, p. 6).

<sup>4</sup> A teoria dos sistemas, assim, “toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença. A dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença” (LUHMANN, 2011, p. 101).

<sup>5</sup> A teoria dos sistemas, assim, “toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença. A dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-

Há, todavia, uma diferença central entre os sistemas biológicos e os sistemas sociais na medida em que estes últimos são auto observáveis, uma vez que “mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente” (NEVES, 2012, p. 62). É o que se chama de fechamento operacional, ou seja, “sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido” (NEVES, 2012, p. 62). Com isso, Luhmann trabalha com a noção de que cada sistema social só opera a partir do seu código binário (do seu sentido), que reduz a complexidade de sentidos característica do ambiente.

Apesar de diferenciados e operacionalmente fechados, contudo, os sistemas sociais não são herméticos e insensíveis ao meio e aos outros sistemas. Há sempre um âmbito de algo que se chama abertura para o sistema, condição de possibilidade para a existência do próprio sistema, eis que só há sistema se houver ambiente. Conforme Marcelo Neves, sobre o sistema “atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma” (NEVES, 2012, p. 62).

Feitos todos esses prolegômenos acerca da teoria dos sistemas luhmaniana, ao retornarmos novamente ao contexto do surgimento da ideia moderna de Constituição, é bastante revelador o fato de que, com as constituições oriundas da Revolução Americana e da Revolução Francesa, a forma constitucional passa a exercer funcionalidade não antes desempenhadas por outros instrumentos ou textos de natureza eminentemente jurídica. Das novas constituições se espera não somente o estabelecimento da estrutura política de um Estado, mas também que elas estabeleçam a própria medida entre o que é e o que não é direito. Nas palavras de Luhmann, o “código direito/não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito/não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível” (LUHMANN, 2000, p. 12).

Ao mesmo tempo, a Constituição em seu sentido moderno possibilita a interface concentrada e duradoura entre os sistemas sociais do direito e da política, com prestações recíprocas (aprendizado), caracterizando uma interferência entre sistemas sociais autônomos. A Constituição viabiliza a possibilidade do exercício do poder (política) de forma juridicamente legítima (direito), ao mesmo tempo em que esses processos políticos juridicamente legítimos podem vir a gerar normas propriamente jurídicas – ou seja, produzir direito. A esse mecanismo de interface Luhmann dá o nome de acoplamento estrutural.

Por meio de tal conceito, Luhmann concebe a tese de que a ideia moderna de Constituição surge como “uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles” (LUHMANN, 2000, p. 4). O conceito moderno de Constituição é visto como uma “inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito” capaz de, a um só tempo, propiciar o fechamento operacional do sistema do direito e viabilizar uma interface duradoura de perturbações recíprocas entre direito e política.

A ideia moderna de Constituição, dessa forma, se apresenta como aquisição evolutiva da modernidade, que nela encontrou um eficaz mecanismo de acoplamento estrutural entre direito e política (LUHMANN, 2000). Muito mais do que uma mera descrição das estruturas sociais, a Constituição dos modernos almeja funcionar como ato jurídico-político de instituição de uma comunidade fundada sobre princípios, em que igualdade e liberdade são reciprocamente

---

se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença” (LUHMANN, 2011, p. 101).

reconhecidas a todos e por todos (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011). Se esse projeto constitucional da modernidade, referido no período anterior, ainda não se concretizou de forma plena (e certamente jamais se concretizará de forma absoluta, em virtude da própria precariedade das condições e possibilidades do direito nas sociedades modernas), é inegável que esse propósito representou, em si, o advento de um novo paradigma no âmbito da interface entre direito, sociedade e política.

## REFERÊNCIAS

BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the Modern Age**. Cambridge: MIT Press, 1985.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adécio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Temporalidade, constitucionalismo e democracia. **Revista Humanidades**, Brasília, n. 58, p. 33-43, jun. 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo de Menezes (Org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 615-627.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; FERNANDES BASTOS, Marcus Vinícius. **O tempo da transição: Notas sobre a relação entre legitimidade, tempo e direito no contexto do processo de emergência da ordem constitucional de 1988**. Brasília: 2018. (texto ainda não publicado)

FERNANDES BASTOS, Marcus Vinícius. **Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a Elaboração do Texto da Constituição de 1988: Construção, Procedimento e Legitimidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

KOSELECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

KOSELECK, Reinhart; MEIER, Christian; GÜNTHER, Horst; ENGELS, Odilo. **O conceito de História**. Trad. René E. Gertz. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

KOSELECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora; Editora PUC Rio, 2006.

KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenêutica**. Traducción y notas de Faustino Oncina, 1 ed. Barcelona: Pensamiento contemporáneo 43, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flavio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vols. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 397 p.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz S. Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fonte, 2000. 5

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalidade social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2012. Vols. I e II.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 4th Edition. Chicago: The University of Chicago Press. 2012.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução realizada para uso acadêmico a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In : ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione* . Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). 2000 (Tradução para uso acadêmico, não revisada).

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Tradução de Josexo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

PAIXÃO, Cristiano. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

POCOCK, J.G.A.; BALL, Terence. **Conceptual change and the Constitution**. Lawrence, Kansas. University Press of Kansas, 1988.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel.; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998.

ROCHA, Mateus Rocha. **Fundamentação, precedentes e Constituição: panoramas e críticas sobre o Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität**. Berlin: Duncker & Humblot, 1934.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 197-232, jan. 2006. ISSN 2177-7055.

WOOD, Gordon. **The creation of the American Republic, 1776-1787**. Chapel Hill, North Carolina. The University of North Carolina Press, 1998.



**Mariele Cristina de Abreu Zoratto**

Mestranda em Direito (PUCPR). Advogada.

**Antônio Carlos Efig**

Doutor em Direito (PUC-SP). Advogado.

### INTRODUÇÃO

A realidade complexa do mundo desafia os estudiosos na compreensão dos fenômenos e na agregação deles em um conjunto ao menos relativamente unitário de tendências que marcam época. Grandes recortes históricos são incapazes de refletir características de períodos singulares, de maneira especial em um estágio da humanidade marcado por mudanças cada vez mais rápidas e profundas.

Nesse sentido, um termo foi resgatado da literatura alemã do século XIX: *Zeitgeist*, ou “espírito do tempo”. Essa metáfora traz o conceito de que dentro de recortes históricos podem existir tendências diversas e até mesmo conflitantes. Dependendo dos acontecimentos, o “humor” geral muda, e a maneira de enxergar o presente e o futuro também.

Embora ainda não seja uma ferramenta de análise sociológica plenamente aceita, alguns autores, como será visto adiante, já perceberam que o *zeitgeist* é provavelmente a melhor alternativa para ler a realidade da Era Contemporânea. Uma contribuição que essa pesquisa almeja apresentar é relacionar *zeitgeist* e as teorias sobre a modernidade em sua segunda fase, que pode receber diversas denominações.

Esse trabalho adota a teoria da liquidez de Zygmunt Bauman, pois um olhar atento para o que acontece no mundo permite perceber que seu diagnóstico social e suas previsões parecem muito acuradas. Dessa forma, trazendo sua denominação, aqui fala-se em modernidade líquida para designar o período entre as décadas finais do século XX e o século XXI, e percebe-se que suas características refletem o espírito dessa época. Nesse sentido, agui-se que o conteúdo da modernidade líquida é também o conteúdo do *zeitgeist* atual.

Feito isso, a pesquisa avança em relação ao Direito, para investigar se esse *zeitgeist* – essa modernidade – se reflete no universo jurídico. Uma vez que o *zeitgeist* é pervasivo, mas não necessariamente atinge todas as áreas da vida social, cabe indagar se ele atinge o Direito.

A relevância do tema se justifica pelo fato de que ainda é escasso o número de produções acadêmicas que relacionam Direito e modernidade, o que parece uma falha importante a ser suprida, dada a dimensão dos reflexos daquela na sociedade. Muito embora seja possível argumentar que tratar da relação entre Direito e tecnologia seja uma forma de contemporizar os estudos jurídicos, inovações tecnológicas são apenas uma parcela do conteúdo da modernidade, e não é possível estabelecer, de pronto, que a adoção de novas tecnologias significa reflexos de modernidade líquida no Direito.

Para realizar esses objetivos, será utilizado o método dedutivo e pesquisa bibliográfica. O trabalho é dividido em três capítulos, onde o primeiro deles apresenta autores que enxergam *zeitgeist* como ferramenta sociológica de análise. Já no segundo capítulo é apresentada a teoria de Bauman, explicado o que se entende por modernidade líquida e sua relação com o *zeitgeist* atual.

Por fim, é exposta a relação de autores que tratam da relação entre Direito e modernidade, a fim de investigar quais traços dessa se refletem no mundo jurídico.

Assim, o primeiro passo é compreender porque *zeitgeist* se tornou uma ferramenta importante e necessária para entender períodos pontuais da história humana.

## TEORIA ZEITGEIST ENQUANTO FERRAMENTA SOCIOLÓGICA DE ANÁLISE

A História é comumente dividida em eras, nas quais se busca identificar características predominantes que permitam diferenciar determinado período histórico dos demais. Fatiada de tal maneira, cria-se a ilusão de que aquela é composta por fases com começo e fim pontuais, que representam intervalos de homogeneidade, muito embora a periodização confira um aspecto mais didático à compreensão da história da humanidade.

A Teoria *Zeitgeist*<sup>1</sup> vem justamente se contrapor a essa visão, ao sustentar que dentro de grandes períodos históricos é possível haver diversas tendências – inclusive conflitantes –, e são elas que permitem identificar ideologias que marcam épocas, muito mais que os grandes recortes.

Dentro da Era Contemporânea, muitas revoluções e estilos de pensamento se sucederam. São aproximadamente 230 anos intensos e repletos de conflitos e descobertas<sup>2</sup>, que não podem ser resumidos de maneira rasa dentro de linhas gerais que marcam a contemporaneidade. Embora a História seja um contínuo, existem pequenos capítulos dotados de peculiaridades. Por isso, a Teoria *Zeitgeist* é mais adequada para compreender as oscilações no estilo de pensamento coletivo, utilizando-se aqui a denominação de Fleck (2010)<sup>3</sup>.

Krause (2019), ao atualizar o trabalho de Mannheim<sup>4</sup>, propõe que *zeitgeist* seja entendido como um padrão de práticas significativas que são específicas de um período histórico particular, que liga diferentes reinos da vida social e grupos sociais, se estendendo por diversos contextos geográficos, passível de ser utilizado como ferramenta para análise sociológica. *Zeitgeist*, portanto, se apresenta como um conjunto de fenômenos perceptíveis em diversos contextos sociais e locais, que refletem aquilo que marca uma época, seja dentro de um grande período histórico (era), ou através deles.

Já Van der Bles *et al* (2015) entendem *zeitgeist* como ideias coletivas sobre a sociedade. O objeto de estudo dos autores foi a diferença entre as percepções individuais e coletivas sobre a realidade social. Eles identificaram que, apesar de altos índices de bem-estar individual nos países ocidentais, a percepção dos cidadãos sobre o estágio atual da sociedade era bastante pessimista.

Por meio de pesquisas empíricas os autores puderam perceber que análises feitas a nível individual e coletivo levam em consideração fatores diversos, e por isso podem ter resultados diferentes para as mesmas categorias (como educação, segurança pública, desigualdade etc.). Enquanto a nível individual as pessoas emitem julgamentos com base em suas realidades, a nível

---

<sup>1</sup> Palavra oriunda da língua alemã – no original *Zeitgeist* – cuja tradução literal é “espírito do tempo”.

<sup>2</sup> A título de ilustração, é possível mencionar a Revolução Industrial, consolidação do sistema capitalista, Guerras mundiais e locais, imigração massiva desde o século XIX, conflitos da Guerra Fria, emergência da classificação “Terceiro Mundo”, queda do Muro de Berlim e fim do regime socialista, criação da internet etc.

<sup>3</sup> Ludwik Fleck (1896 – 1961) foi um médico e microbiologista polonês que paralelamente a seus estudos médicos fez importantes contribuições para a aproximação entre ciência e sociologia, do que se originou o termo “sociologia da ciência”. Fleck caracterizou o conhecimento de uma época como o que chamou de “estilo de pensamento”, que emerge das diversas interações sociais, e reflete o caráter eminentemente social da ciência.

<sup>4</sup> Karl Mannheim (1893 – 1947) foi um sociólogo húngaro considerado o primeiro pensador a abordar a Teoria *Zeitgeist* ao estudar as gerações em sua obra “Ideologia e Utopia” de 1929. Explicação disponível na própria obra de Krause (2019).

coletivo imperam as ideais oriundas do zeitgeist, e, no caso, um zeitgeist negativo (VAN DER BLES *et al*, 2015).

Um importante ponto não abordado pelos autores é a origem de tal zeitgeist, mas tal omissão parece justificável diante do desafio da tarefa. De qualquer forma, sua contribuição é bastante válida para esse trabalho e vem de encontro com as percepções dos autores que compõe o referencial teórico.

Para capturar e compreender o atual zeitgeist, a teoria socio-filosófica da modernidade pode ser aplicada. Tal vocábulo tem sua origem na finda Era Moderna, e se tornou popular entre autores do final do século XX e o presente século XXI, como Bauman (2001), Lyotard (1998) e Giddens (2002), que identificaram ao longo da Era Contemporânea a implementação de princípios e aspirações modernas – iluministas - , como a universalidade, autonomia do indivíduo, império da técnica, progresso linear com enfoque majoritariamente econômico, elevação da ciência à categoria de única forma confiável de conhecimento, dentre outros (BRAGA *et al*, 2011), que fizeram com que o termo “modernidade” sobrevivesse ao fim de seu período histórico-cronológico.

Para retratar a aplicação desse conceito, vide a obra de Giddens (2002), que emprega o termo “modernidade” num sentido bastante geral, para designar instituições e modos de comportamento estabelecidos após o feudalismo, e que no século XX tornaram-se mundiais. Ele elenca os elementos característicos da modernidade como sendo: industrialização, capitalismo, instituições de vigilância, possibilidade de guerra total, Estado-nação, ascensão da organização (enquanto unidade de monitoramento reflexivo) e dinamismo (ritmo + amplitude + profundidade das mudanças).

Porém, dentro dos séculos da contemporaneidade, mesmo a ideia de modernidade não é suficiente para compreender todos os fenômenos. Percebeu-se que a partir do final do século XX muitas sociedades operavam de uma maneira diferente do que se percebia até pelo menos as grandes guerras.

Se até então prevalecia um Estado onipresente, do controle panóptico sob os cidadãos, grandes fábricas e grandes exércitos de homens, consumo em massa orquestrado pelo marketing televisivo, perfis de classe bem definidos, dentre outras características que serão melhor debatidas no tópico seguinte, após a metade do século passado esses padrões foram se amenizando ou perdendo, até que um conceito único e fechado de modernidade não mais bastava.

A mudança perceptível no zeitgeist deu origem à divisão da modernidade em dois períodos, cujas denominações variam entre os autores, embora o conteúdo seja o mesmo – ou seja, a percepção de mudança. Para ilustrar essas diferentes denominações, aponta-se os seguintes autores, para os quais a primeira fase é intitulada “modernidade”, e, a segunda, hipermodernidade (LIPOVETSKY, 2007), modernidade alta, avançada ou tardia (GIDDENS, 2002), segunda modernidade (BECK, 2010), modernidade reflexiva (GIDDENS *et al*, 2012), e modernidade líquida (BAUMAN, 2001), sendo esse último o conceito adotado nesse trabalho.

É importante ressaltar, conforme o faz Bauman (1997; 2001), que o termo “pós-modernidade” não é adequado, uma vez que ainda não foram superados os desdobramentos da modernidade em sua primeira fase<sup>5</sup>. Embora sua segunda fase seja diametralmente oposta à

---

<sup>5</sup> Motivo pelo qual, após a obra “O mal-estar na pós-modernidade” o autor deixou de utilizar o termo, para não passar a errônea impressão de que o império da modernidade havia chegado ao fim, e se estaria vivendo um novo momento. No mesmo sentido está o pensamento de Giddens, que enxerga a chamada fase de “pós-modernidade” como a

primeira, é justamente nela que o maior ideal iluminista se realizou plenamente: o individualismo. Assim, mais do que marcar o início de uma nova era, a fase final da modernidade marca o ápice de uma racionalidade cultivada há muitos anos.

A sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas de convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização; a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa. (BAUMAN, 2001, p. 36).

Traçado esse panorama, é possível partir à diferenciação entre modernidade sólida e líquida para Bauman, e assim compreender o atual zeitgeist.

## A MODERNIDADE LÍQUIDA ENQUANTO ZEITGEIST

Analisar as últimas décadas da contemporaneidade é uma tarefa complexa que desafia as áreas do conhecimento, em especial a filosofia e a sociologia. A própria maneira de fazer História mudou, conforme explica o filósofo italiano Gianni Vattimo:

A crise da ideia de história traz consigo a da ideia de progresso: se não há um curso unitário dos acontecimentos humanos, também não se poderá sustentar que eles avançam para um fim, que realizam um plano racional de melhoramento, educação, emancipação (VATTIMO, 1992, p. 9).

Colocados em xeque preceitos fundamentais de sociedade passadas, como o progresso linear, as grandes narrativas históricas, o casamento entre poder e política<sup>6</sup>, as identidades de classe etc., diversos referenciais foram perdidos, e disso emergiu uma nova realidade intangível e que ainda gera muito material para estudo: uma modernidade institucionalizada, pautada no princípio da dúvida radical, que enxerga todo conhecimento e todo estilo de vida como hipótese, onde supostas verdades permanecem sempre abertas à revisão (GIDDENS, 2002).

Embora alguns autores, como o citado Vattimo (1992) e Jean-François Lyotard (1998), acreditem que a atualidade se insere num novo contexto histórico posterior à modernidade, para o que seria cabível o termo “pós-modernidade” – marcada pelo fim da história unitária, crise do imperialismo e surgimento dos meios de comunicação –, muitos autores ainda enxergam desdobramentos da modernidade, que antes de representarem um novo período, são a fase de ápice e decadência de uma história ainda em curso, conforme abordado no tópico anterior.

Nessa linha se insere a obra de Zygmunt Bauman, que embora tenha cunhado o termo pós-modernidade em algumas de suas obras do século XX<sup>7</sup>, a partir do século XIX desenvolveu sua teoria da liquidez, que se refletiu em sua visão sobre o estágio atual da sociedade. A partir da síntese de quatro de suas obras é possível traçar um panorama de seu pensamento.

Tendo em vista que Bauman dialoga com outros autores citados, como Giddens (2002) e Lipovetsky (2007), e que juntos compõem um coro de vozes que busca compreender o que é a modernidade, seus reflexos e o futuro, tais autores serão trazidos ao debate, enriquecendo a compreensão do tema.

Por ordem cronológica, a primeira obra a ser analisada é “Ética pós-moderna”, cuja primeira edição data de 1993, onde Bauman, ainda utilizando as terminologias “modernidade” vs.

---

radicalização da modernidade. Vide: GIDDENS, Anthony. The consequences of modernity. California: Stanford University Press, 1991.

<sup>6</sup> Tema bastante discutido por Bauman ao longo de toda sua obra.

<sup>7</sup> Como em “O mal-estar na pós-modernidade” (1998) e “Ética pós-moderna” (1997).

“pós-modernidade”, coloca a segunda não enquanto uma nova Era, mas sim como período de análise crítica da primeira, quando se perderam as ilusões concentradas na crença de que a confusão do mundo humano não passa de um estado temporário e reparável, a ser substituído mais cedo ou mais tarde pelo domínio ordenado e sistemático da razão (BAUMAN, 1997).

Nesse sentido, percebe-se clara confluência com o pensamento dos sociólogos Anthony Giddens, Ulrich Beck e Scott Lash, que cunharam o termo modernidade reflexiva, justamente por enxergarem uma perspectiva crítica acerca da modernidade, que caracteriza um período de autoconfrontação. O sujeito dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental.

Em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas de progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é que eu chamo de etapa da modernização reflexiva. (BECK, 2012, p. 13).

Quatro anos depois, Bauman lança a obra “O mal-estar na pós-modernidade” (BAUMAN, 1998), quando começam a ser discutidos no corpo de sua teoria os malefícios da modernidade, e as angústias trazidas aos seres humanos sob sua égide. Tal obra se apresenta como releitura do famoso ensaio de Sigmund Freud intitulado “O mal-estar na civilização” (2006). Se para o psicanalista austríaco a origem do mal-estar humano era a falta de liberdade que se percebia em sociedade, Bauman propõe que é exatamente o excesso de liberdade da vida moderna – acompanhada de enorme carga de responsabilidade – que está por trás das angústias da modernidade tardia (BAUMAN, 1998).

A mensagem de Freud, de que na civilização ganha-se alguma coisa, mas perde-se algo em troca continua a mesma, só que a ordem de troca se inverteu: na época de Freud, ganhava-se segurança em sacrifício da liberdade, refletida na ideia de que a civilização se constrói sobre uma renúncia ao instinto; já na pós-modernidade, sacrifica-se a segurança em prol da liberdade (BAUMAN, 1998). Em uma lógica de “precisa-se mais do que mais falta”,:

Os esplendores da liberdade estão em seu ponto mais brilhante quando a liberdade é sacrificada no altar da segurança. Quando é a vez de a segurança ser sacrificada no templo da liberdade individual, ela furta muito do brilho da antiga vítima. Se obscuros e monótonos dias assombram os que procuravam a segurança, noites insones são a desgraça dos livres. Em ambos os casos, a felicidade soçobra (BAUMAN, 1998, p. 10).

No jogo da liberdade, não existem vencedores e perdedores: “os perdedores são consolados pela esperança de uma próxima etapa vitoriosa, enquanto a alegria dos vencedores é nublada pela premonição da perda” (BAUMAN, 1998, p. 246), ou seja, todos se sentem inseguros. Os perdedores param de se desesperar e os vencedores param de ter autoconfiança. A restauração da certeza Moderna não mais aparece nas cartas, retomando a ideia discutida anteriormente de perda das ilusões inspiradas pelo domínio da Razão.

Foi então, em “Modernidade Líquida” (BAUMAN, 2001) que o sociólogo polonês expôs sua teoria da liquidez aplicada a tal conceito tão discutido. Nessa obra primeiramente publicada na virada do século, Bauman apresenta a mudança no perfil da modernidade e, conseqüentemente, da vida humana.

A fluidez e a liquidez são metáforas adequadas para captar a natureza da presente fase da modernidade, em que nada mantém sua forma com facilidade e por muito tempo. Entretanto, Bauman ressalta que a modernidade foi um projeto de “liquefação” desde o começo. O intuito era “derreter os sólidos” (relações sociais, lealdades tradicionais, direitos costumeiros etc.) para a

instituição de novos sólidos, especialmente a economia capitalista como base da sociedade. Tal “derretimento” levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais (BAUMAN, 2001, p. 9-10).

É nessa obra que Bauman faz a famosa distinção entre modernidade sólida e líquida, indispensável para esse trabalho. Enquanto a segunda é caracterizada pela fluidez mencionada acima, e com características que serão melhor abordadas adiante, a fase sólida representa um passado – não menos moderno – de controle:

Essa modernidade pesada/sólida/condensada/sistêmica da ‘teoria crítica’<sup>8</sup> era impregnada da tendência ao totalitarismo. A sociedade totalitária da homogeneidade compulsória, imposta e onipresente estava constante e ameaçadoramente no horizonte – como destino último, como uma bomba nunca inteiramente desarmada ou um fantasma nunca inteiramente exorcizado (BAUMAN, 2001, p. 33).

Ao retomar o argumento de que na fase atual da modernidade há excesso de liberdade (BAUMAN, 1998), percebe-se que é esse critério que estabelece uma profunda distinção entre os períodos. Na verdade, está-se diante de dois *zeitgeist* distintos que compartilham a mesma denominação. Se o “espírito do tempo” nos séculos XVIII e XIX era marcado pelo controle panóptico, grandes ideais e grandes narrativas, poder concreto e enraizado em grandes fábricas, agora paira um espectro de controle pela liberdade, perda de referenciais, separação entre espaço e tempo, diluição do capital e da produção pelo mundo, individualização e colonização do espaço público pelo privado (BAUMAN, 2001).

A presente ordem não é menos rígida que a anterior, mas sua rigidez tem uma estratégia diferente: o controle pela liberdade. Apesar dessa aparência de liberdade, a ordem das coisas não está aberta a opções. Nenhum molde foi quebrado sem que tenha sido substituído por outro, e as pessoas, agora libertas, se deparam com o desafio da realocação, feita por seus próprios esforços dedicados, contínuos e infundáveis (BAUMAN, 2001).

Já as instituições e classes, até o advento da modernidade líquida, forneciam padrões, códigos, regras que propiciavam conformidade, estabilidade, orientação, pelas quais se poderia deixar guiar. Isso está cada vez mais em falta. A modernidade é individualizada e privatizada. A responsabilidade pelo fracasso cai principalmente sobre os ombros dos indivíduos (BAUMAN, 2001).

A partir do momento em que espaço e tempo divorciaram-se e operam em ritmos distintos, a velocidade dominou as restrições do espaço – auxiliada grandemente pelo aprimoramento dos meios de comunicação e transporte -, e tornou-se ferramenta de poder e dominação. Isso se reflete não apenas no mundo empresarial ou jornalístico, mas nas vidas dos habitantes de um planeta que parece cada vez menor. A “sensação” que paira no ar é de necessidade urgente de seguir em frente, em busca de algo maior e melhor, sem vislumbrar, entretanto, qualquer ponto sólido o suficiente que sirva como destino final.

Giddens (2002) enxerga essa separação como um mecanismo de *desencaixe*, que deslocam as relações sociais de seus lugares específicos, e as recombina através de grandes distâncias de espaço e tempo. Além disso, outro fruto dessa dissociação é que na modernidade a influência de eventos distantes afeta cada vez mais os eventos próximos e as intimidades. A mídia desempenha um papel fundamental nessa influência.

---

<sup>8</sup> A teoria crítica de Adorno e Horkheimer era pautada na defesa da liberdade, em confronto com as tendências totalitárias da sociedade, que refletia a constante tentativa de conquista do espaço privado pelo público. Tal teoria almejava desarmar e neutralizar, e de preferência eliminar de uma vez, a tendência totalitária. Os principais objetivos eram a defesa da autonomia, da liberdade de escolha e da autoafirmação humanas, de direito de ser e permanecer diferente.

Em relação à individualização – o primor dos princípios modernos – Bauman (2001) a considera uma fatalidade, não uma escolha. Os riscos e as contradições continuam sendo socialmente produzidos; são apenas o dever e a necessidade de enfrenta-los que estão sendo individualizados.

O impulso modernizante, em qualquer de suas formas, significa a crítica compulsiva da realidade. A privatização do impulso significa a compulsiva *auto*-crítica nascida da desafeição perpétua: ser um indivíduo *de jure* significa não ter ninguém a quem culpar pela própria miséria, significa não procurar as causas das próprias derrotas senão na própria indolência e preguiça, e não procurar outro remédio senão tentar com mais e mais determinação. (BAUMAN, 2001, p. 48).

A contrapartida a tal indivíduo *de jure* seria o indivíduo *de facto*, sendo aquele que controla os recursos indispensáveis à genuína autodeterminação. Entretanto, existe um abismo entre eles, que na visão de Bauman (2001) só é transponível pela Política, onde se deve discutir questões e soluções públicas que viabilizam a autonomia dos indivíduos. Só existe indivíduo autônomo em uma sociedade autônoma. “Se o velho objetivo da teoria crítica – a emancipação humana – tem qualquer significado hoje, ele é o reconhecer as duas faces do abismo que se abriu entre a realidade do indivíduo *de jure* e as perspectivas do indivíduo *de facto*” (BAUMAN, 2001).

Entretanto, Bauman (2001) também identifica o enfraquecimento da política com “p” maiúsculo, encarregada de traduzir problemas privados em questões públicas (e vice-versa), uma vez que o espaço público foi colonizado por problemas privados. Aquele tem sido redefinido, e se tornado cada vez mais palco de exposição de conselhos e orientações para as políticas de vida:

A busca ávida e sem fim por novos exemplos aperfeiçoados e por receitas de vida é também uma variedade do comprar, e uma variedade de máxima importância, seguramente, à luz das lições gêmeas de que nossa felicidade depende apenas de nossa competência pessoal mas que somos (como diz Michael Parenti) pessoalmente incompetentes, ou não tão competentes como deveríamos, e poderíamos, ser se nos esforçássemos mais. Há muitas áreas em que precisamos ser mais competentes, e cada uma delas requer uma ‘compra’ (BAUMAN, 2001, p. 87).

Bauman (2001), portanto, sintetiza características marcantes da modernidade líquida, que por consequência refletem o zeitgeist atual, que de maneira geral não parecer ser positivo, conforme aponta a pesquisa empírica de Van der Bles *et al* (2015), da mesma forma que o próprio Bauman retrata ao longo de suas obras, seja do final do século XX quanto as do século XXI, e Lipovetsky (2007) bem retrata como felicidade paradoxal: embora a felicidade tenha se tornado um valor social, e a aquisição de bens tenha sido apresentada como viabilizadora de uma vida feliz, os índices de doenças psicológicas são alarmantes.

Sua última obra aqui citada foi publicada em 2007, quando o autor já havia estabelecido sua teoria da liquidez. Em “Vida para consumo”, Bauman retrata o modelo social mais característico da modernidade líquida: a sociedade de consumo.

Ela baseia-se na promessa de satisfazer os desejos humanos como nunca antes feito por outras modalidades de sociedade. Entretanto, a promessa de satisfação só parece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito. “A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros” (BAUMAN, 2008, p. 64). Isso é feito de duas maneiras: a primeira delas é pela depreciação dos produtos logo após terem sido promovidos no universo de desejo dos consumidores, e a segunda é pela satisfação de necessidades/desejos/vontades de maneira que consigam gerar novas necessidades/desejos/vontades, criando uma espécie de compulsão ou vício (BAUMAN, 2008).

A sociedade de consumo, trabalhada já desde o final do século XIX, e aprimorada ao longo do século XX, ao final deste converteu-se em sociedade das redes e do capitalismo informacional. Tal mudança colocou a antiga ênfase no bem-estar material em segundo plano, perdendo espaço diante de novos anseios, como qualidade de vida, autoexpressão, espiritualidade e o sentido da vida. Nesse sentido, a sociedade informacional é descrita como pós-materialista. Entretanto, a “civilização individualista da felicidade” não reduziu o consumo de bens. O mercado incorporou aqueles novos anseios, adaptou os produtos, e hoje é capaz de oferecer, também, satisfação emocional (LIPOVETSKY, 2007).

Para o sociólogo polonês, o traço aqui definidor é a transformação dos consumidores em mercadorias, que precede a própria entrada no mercado de consumo, processo que ele intitula *comodificação*. Ao explorarem o mercado de consumo, os consumidores se deparam com diversas ferramentas e matérias-primas que podem, e devem, ser utilizadas para torná-los aptos a serem consumidos, e valiosos para o mercado. Tudo isso dá origem a um fenômeno de embaçamento, onde não mais é possível distinguir quem escolhe e quem é escolhido (BAUMAN, 2008).

Isso se reflete na *construção* das identidades, uma vez que a subjetividade se encontra em opções de compra. Bauman faz uma releitura do fetichismo de Marx para apresentar um conceito mais adequado à sociedade de consumo: o fetichismo da subjetividade.

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode se manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável (BAUMAN, 2008, p. 20).

Nesse aspecto, Lipovetsky (2007) vem de encontro ao pensamento de Bauman (2008):

Revelo, ao menos parcialmente, quem eu sou, como indivíduo singular, pelo que compro, pelos objetos que povoam meu universo pessoal e familiar, pelos signos que combino ‘à minha maneira’. Numa é pouca em que as tradições, e religião, a política são menos produtoras de identidade central, o consumo encarrega-se cada vez melhor de uma função identitária (LIPOVETSKY, 2007, p. 45).

Diante do que foi exposto, é possível sintetizar as contribuições e apresentar a modernidade líquida como período emergente em meados do século XX, onde nada mantém sua forma por muito tempo. Fase crítica sobre o período anterior, seus traços marcantes são a liberdade individual, acompanhada de grandes responsabilidades, novas formas de controle (especialmente por meio da liberdade), perda dos referenciais, separação entre espaço e tempo, e no tocante à sociedade de consumo – principal configuração social do período – são traços definidores a comodificação dos consumidores, fetichismo da subjetividade de consumo de identidades. Esse diagnóstico social proposto por Bauman é uma forma aparentemente bastante acertada de compreender o zeitgeist da contemporaneidade.

Longe de esgotar toda a discussão acerca do que é modernidade e de quais impactos ela traz, foi traçado um panorama ilustrativo que confere plano de fundo à discussão, e permite avançá-la para o Direito. Se a modernidade influencia tanto aspectos da vida social, cabe questionar se e como ela se reflete no mundo jurídico. Ao adotar a teoria da liquidez de Bauman, esse questionamento converte-se na questão: como a modernidade líquida afeta o Direito?

## INDICATIVOS DE UM DIREITO LÍQUIDO

Antes de adentrar a discussão sobre os reflexos da modernidade líquida no Direito, é indispensável fazer duas considerações. A primeira delas é de que a utilização da expressão “Direito líquido” é um jogo de palavras relacionado à teoria de Bauman, e não se confunde com a



categoria constitucional de direito líquido e certo. Segundo, vale mencionar a crítica de Cláudio Souto a respeito da relação entre Direito e modernidade, esta considerada ainda em sua primeira fase.

Para o autor pernambucano, algumas características marcantes da primeira fase da modernidade ainda não foram implementadas no Direito. Marcada pela ciência e pela tecnologia, percebe-se que embora a prática jurídica, a nível mundial, já tenha se aberto, há alguns séculos, à racionalização legal e burocrática, falta ainda a abertura à ciência empírica e sua tecnologia (SOUTO, 2002).

Um grande obstáculo a essa abertura, não só na Academia mas também na prática judiciária, é o formalismo jurídico, que contraria o traço científico-tecnológico do mundo moderno. Ao dividir o conhecimento jurídico em três áreas – Dogmática Jurídica, Sociologia do Direito e Filosofia do Direito -, Souto (2002) percebe que ainda a educação jurídica é feita nos moldes de uma acentuada predominância, se não exclusividade, da Dogmática, e isso parece insuficiente para propiciar a necessária abertura mental do jurista ante o mundo científico e tecnológico de hoje. Mesmo o saber filosófico, uma vez que não se confunde com ciência, não é capaz de habilitar o jurista para o uso de métodos e técnicas da ciência empírica.

Para que essa abertura aconteça, Souto (2002) entende ser necessário que o profissional do Direito se eduque em ciência empírica, dentre as quais a mais importante, até o momento, é a Sociologia Jurídica. Essa investiga fenômenos jurídicos em suas correlações com a realidade social, isso feito por meio de métodos e técnicas de pesquisa empírica.

Embora tal crítica seja relevante não só quanto à produção do conhecimento jurídico, mas a toda sua prática, ainda assim é cabível indagar acerca de possíveis reflexos da modernidade (em sua segunda fase) no Direito enquanto área do conhecimento humano. O foco da discussão não são as instituições, e como elas têm mudado, embora em alguns pontos elas possam ilustrar a discussão. O enfoque desse trabalho é o Direito como um todo.

O primeiro autor a ser debatido será o próprio Souto (2002), que em sua obra faz menção a qual seria o impacto da pós-modernidade<sup>9</sup> no Direito. Ele enxerga que a pós-modernidade científica, pautada na dúvida sobre a exatidão da ciência, que dá origem a um clima geral de incerteza que começou com a Física no século XX, ainda não chegou no Direito, porque ainda não há sequer uma modernidade substantiva nos estudos jurídicos, muito embora possa se identificar uma modernidade lógico-formal.

Isso quer dizer que a permanente falta de abertura à ciência empírica, que seria possível mediante uma maior dedicação à Sociologia Jurídica, impede que não só a modernidade, como também sua fase mais avançada aconteçam. Assim, para o autor, somente a dedicação à ciência empírica a nível institucional poderá permitir que o Direito se torne moderno na substância, na prática, e não apenas nas leis e teorias.

Dentre os autores pesquisados foi possível encontrar alguns temas recorrentes, que formam um padrão daquilo que se entende por reflexos da modernidade no Direito. Todos os autores citados adiante adotam o termo “pós-modernidade”, com o qual esse trabalho não comunga, por motivos já expostos anteriormente. Seguindo a linha do título e do objeto de estudo dessa pesquisa, prefere-se utilizar a terminologia “modernidade líquida”, sem prejuízo do conteúdo das obras citadas, uma vez que se está falando do mesmo período.

O primeiro aspecto identificado é o discurso clamando por um “novo paradigma”. A partir do momento em que o paradigma mecanicista, cartesiano e da física Newtoniana não mais parece

---

<sup>9</sup> O autor opta por utilizar o termo pós-modernidade, que conforme já explicado, não é a opção feita nessa pesquisa.

adequado para acomodar as nuances da contemporaneidade, faz-se necessário adotar algo novo e que seja capaz de endereçar soluções para os problemas da modernidade (DIEHL, 2005; BITTAR, 2014; MURTA e VIANA, 2017).

O espírito da primeira modernidade culminou na ideia de validade do sistema jurídico a partir da consagração conceitual da ideia de ordem, cujo expoente máximo do período foi Hans Kelsen e sua teoria pura do Direito. Percebe-se a valorização dos aspectos técnicos, operacionais, conceituais e sistêmicos. A ideia do jurista austríaco representou, em seu tempo, a máxima idealização sistêmica do Direito, a partir de parâmetros contidos na ideia de validade – norma válida é aquela definida como expedida pela autoridade competente, dentro da forma procedimental prevista e publicada de acordo com os parâmetros legais superiores a ela. Kelsen é uma espécie de síntese do espírito jurídico-ideológico da modernidade, que vê na ambiguidade o perigo da desestruturação no caos. Essa postura é contrária à que procura questionar os valores que antecederam à elaboração da norma jurídica (BITTAR, 2014).

É possível entender que Hans Kelsen, conforme retratado por Bittar (2014) foi o máximo representante da racionalidade da modernidade sólida, utilizando a metáfora de Bauman (2001), que era pautada na ordem e no controle, na valorização do positivismo, e na negligência dos anseios sociais. A crise de paradigma começa quando essa racionalidade não parece mais adequada para refletir os anseios da contemporaneidade, e nem eficaz na solução dos problemas propostos.

As teorias críticas pós-kelsenianas e antipositivistas (como a teoria da argumentação de Chaim Perelman, e a teoria tópica de Theodor Viehweg) demonstraram o quanto o positivismo representou uma ideologia a serviço do Estado Moderno e do crescimento dos interesses econômicos da burguesia em ascensão. Ao criticar o chamado “imperialismo normativista kelseniano”, a teoria jurídica passa a se ocupar de problemas de fundo real, social, econômico, da mudança de hábitos, costumes e valores, bem como mudanças políticas. O real problema do Direito deixa de ser a justificação da ordem pela validade (garantida por uma ciência pura do Direito) e passa a ser a possibilidade de produzir efeitos num campo real cada vez mais coalhado de problemas de eficácia (BITTAR, 2014).

Como se disse anteriormente, a questão da ineficácia do sistema jurídico como um todo aponta para a relevante questão do inaccessos aos direitos, para a sonegação de direitos mínimos, aos impedimentos à cidadania, aos déficits democráticos, ao desvã entre a promessa legal e a realidade social, provocando-se, com esse cenário de fatores de corrosão da legitimidade da ordem jurídica, um claro desvio de caracterização do projeto de implementação, afirmação e consolidação do Estado Democrático de Direito. (BITTAR, 2014, p. 165).

Num contexto pós-moderno, portanto, a dimensão do que é passa a ser mais importante que a do *dever-ser*. Ao direcionar o foco para a questão da eficácia, é possível fazer uma correlação com a crítica de Souto (2002) exposta anteriormente: a modernidade chegará substancialmente ao Direito quando, de fato, houve uma maior preocupação com o aspecto prático, empírico daquilo que se vê na norma.

Além disso, aqui é possível identificar um traço marcante da fase tardia da modernidade: a dúvida. Veja que chegou-se a um ponto em que caso o sistema jurídico falhe na solução de determinado problema, questiona-se a validade da norma em questão e indaga-se sobre os méritos de sua aplicação, situação vivenciada especialmente no Judiciário. Dessa forma, é possível perceber que o formalismo não é mais capaz de conferir legitimidade social às normas, uma vez que a sociedade demanda a efetivação dos direitos e garantias.

Murta e Viana (2017) vêm de encontro a essa perspectiva, ao sustentarem que está-se diante de uma crise da racionalidade instrumental e da cientificidade positiva. O crescimento da figura estatal e a proliferação dos instrumentos legais não conseguiram assegurar uma mais justa distribuição dos benefícios sociais, nem um sistema político estável e democrático, culminando na inexecução de promessas da modernidade e ocasionando a falência do positivismo jurídico.

Quando as anomalias verificadas na realidade não conseguem ser solucionadas pelas respostas fornecidas pelo paradigma vigente, faz-se necessário colocar outras lentes para que, a partir de outro ponto de vista, seja possível enxergar as possíveis respostas para os problemas que se apresentam. O Estado e o direito modernos, cunhados sob o pálio da racionalidade instrumental e cientificidade positivista, não obstante tenham se reinventado ao longo de sua existência, não lograram produzir o bem-estar, a felicidade e a garantia de direitos mínimos à grande parcela da humanidade. (MURTA e VIANA, 2017, p. 39).

Isso retrata a crise de modernidade pela qual passam o Estado e o Direito, que veem sua legitimidade em xeque ao pautá-la numa racionalidade pouco prática e que não oferece respostas aos problemas que emergem da dinâmica contemporânea.

A modernidade, em seu primeiro momento, consolidou o mito de que lei e direito são equivalentes, dando origem ao chamado fetichismo da regra, onde se entende que uma lei é capaz, por si só, de fazer advir o que anuncia. Isso fez com que leis e comandos emitidos dentro de uma lógica racional objetiva passassem a ser tomados como realidade, verdade absoluta e oponíveis aos cidadãos e ao próprio Estado, tudo isso respaldado numa ciência jurídica que distorce o conteúdo do Direito (VIANA e MURTA, 2017).

Entretanto, esse curso de ações enveredou para a consolidação do Direito enquanto instrumento de poder e controle do Estado, isso feito pela via legislativa. Uma grave consequência foi a banalização do Direito, devido à inflação normativa, que passou a comprometer sua eficácia enquanto instrumento regulatório e realizador de direitos e garantias (VIANA e MURTA, 2017).

Essa perda de valor pelo excesso de uso compromete Direito e Estado conjuntamente, uma vez que sua relação é simbiótica. A sociedade foi colonizada por um Direito incapaz de entregar o que promete, pautado na arrogância de que formas legislativas perfeitas, mas vazias, sejam capazes de gerar aceitação social. É possível concluir que embora a fase inicial da modernidade fosse focada na forma, a fase tardia é focada em resultado. Se esse não for entregue, tudo é capaz de ruir, pois a dúvida radical corrói qualquer estrutura que não seja forte o suficiente para sobreviver aos testes da atual dinâmica do mundo.

Assim, uma vez falhado ou perdido a validade do paradigma racionalista instituído nos primórdios da modernidade, cabe construir outro, mais adequado às transformações sociais que demandam respostas inéditas, não reformadas ou remendadas. Nesse sentido, Diehl (2005) propõe a construção de uma visão complexa sobre o fenômeno jurídico, que supere o mecanicismo.

Isso traz à baila a teoria da complexidade, que tem ganhado espaço em outras áreas do conhecimento, como a Física e a Biologia, e parece ser adequada também ao Direito. Diz-se que a realidade do mundo é complexa, mas ainda não foi possível expor, ou compreender o que isso significa. Certamente, com os atuais moldes formalista a tarefa se mostra impossível, e somente após a construção e implementação de uma nova visão de mundo será possível apreender o que a fase tardia da modernidade – modernidade líquida – reflete e transforma no universo jurídico.

Uma proposta um pouco diferente é trazida por Cruz e Bodnar (2011) que elegem a sustentabilidade como novo paradigma para o Direito. Ao retratar os impactos negativos do

excesso de liberdade humana sobre a natureza, os autores defendem que um novo paradigma condizente com os atuais desafios teria por base o equilíbrio entre liberdade individual e sustentabilidade.

A evolução da sociedade e o crescimento exponencial da complexidade em todas as dimensões conduzem à inexorável certeza de que não é mais suficiente assegurar amplamente a liberdade, a igualdade material, dentre outros direitos de tipo apropriativo, próprios do capitalismo, se o mundo estiver à beira do colapso pelo esgotamento dos recursos naturais (CRUZ e BODNAR, 2011, p. 82).

Essa linha de raciocínio trabalha os desdobramentos negativos da liberdade, conforme Bauman (1998) o faz, mas não sob a perspectiva do indivíduo, e sim dos impactos sobre a sociedade e a natureza. A magnitude dos desafios concernentes à implementação de práticas sustentáveis a nível global confere mais relevância à perspectiva dos autores, e de fato coloca a sustentabilidade, ou, porque não, a ecologia, como base indispensável ao Direito.

Em resumo, foi possível perceber que o zeitgeist da modernidade líquida se reflete no Direito, ainda que em partes pontuais, e que podem ser sintetizadas nos seguintes termos: crise de legitimidade, refletida na crítica quanto à eficácia das normas jurídicas, que reflete a dúvida radical própria da modernidade; necessidade de um novo paradigma que supere o mecanicismo/positivismo e que seja compatível com a complexidade da realidade social; indicativo de que a questão ambiental é de grande importância na construção do novo paradigma.

Ao longo da pesquisa foi possível perceber a escassez de autores que se dediquem ao estudo dos reflexos da modernidade no Direito, o que deixa abertas diversas oportunidades de pesquisa, dentre as quais é possível elencar: o uso de tecnologias tem relação com reflexos da modernidade tardia no Direito, ou seja, essas tecnologias são capazes de tornar o Direito mais líquido, disforme, mutável? As instituições do Direito estão se liquefazendo? Qual a relação entre modernidade líquida e participação social nos méritos e resultado do sistema jurídico? Dentre outros questionamentos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A modernidade, tema comum na Filosofia e na Sociologia, ainda é novidade no Direito. Ao reconhecer a relevância desse conceito para a compreensão da realidade, o objeto de estudo dessa pesquisa foi identificar possíveis reflexos de uma modernidade – que aqui se optou por chamar de líquida – no universo jurídico.

Em um primeiro momento, apresentou-se o conceito de zeitgeist, para demonstrar sua relevância na leitura da contemporaneidade. É perceptível que seu conteúdo se confunde com aquele da metáfora da modernidade líquida de Bauman, da qual também foi traçado um panorama que permitisse ambientar a discussão. Uma vez que nem todas as áreas da vida social são afetadas por um zeitgeist – e, por consequência, pela modernidade líquida –, questionou-se de fato existem reflexos no Direito e quais seriam.

Embora a literatura sobre o tema seja escassa, entre os autores encontrados foi possível identificar um coro de vozes clamando por um novo paradigma, que se liberte das amarras mecanicistas e se construa mais próximo à teoria da complexidade, dos anseios por sustentabilidade e que seja eficaz, no sentido de entregar à sociedade benefícios há muito tempo prometidos.

Dada a dimensão da discussão sobre modernidade, é relevante que ela seja mais incorporada ao Direito, e considerando a já mencionada escassez de produção acadêmica nesse sentido, restam abertas diversas oportunidades para pesquisas futuras, sendo válidas todas as

contribuições no sentido de situar o Direito no atual zeitgeist, para poder compreender não só o que ele representa, mas também o que ele pode fazer para tornar essa realidade tão intangível mais palatável para a sociedade em geral.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução: Reflexive Modernization. São Paulo: UNESP, 2012.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRAGA, Marco; GUERRA, Andreia; REIS, José Carlos. **Breve história da ciência moderna: vol. 3: das Luzes ao sonho do doutor Frankenstein (séc. XVIII)**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. O novo paradigma do Direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, p. 75-83, jan/jun 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777>. Acesso em: 5 nov. 2019.
- DIEHL, M. L. Paradigma, Direito e Modernidade: em busca de uma visão complexa do fenômeno jurídico. **Gestão e Desenvolvimento**, 2005. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/view/1069>. Acesso em: 5 nov. 2019.
- FLECK, Ludwik. **Gêneses e desenvolvimento de um fato científico**. Belo Horizonte: Editora Fabrefactum, 2010.
- FREUD, Sigmund. **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Volume XXI (1927-1931): o futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos**. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2006.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 2012.
- GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. California: Stanford University Press, 1991.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MURTA, A. C. D.; VIANA, P. R. N.. A crise do Estado e do Direito na modernidade e perspectivas pós-modernas. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 21-41, jan/jun 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322584099\\_A\\_CRISE\\_DO\\_ESTADO\\_E\\_DO\\_DIREITO\\_NA\\_MODERNIDADE\\_E\\_PERSPECTIVAS\\_POS-MODERNAS](https://www.researchgate.net/publication/322584099_A_CRISE_DO_ESTADO_E_DO_DIREITO_NA_MODERNIDADE_E_PERSPECTIVAS_POS-MODERNAS). Acesso em: 5 nov. 2019.

ROMAGUERA, D. C. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Direito moderno para além da modernidade: sociedade, modernismo e fundamentos do Direito por Peter Fitzpatrick. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, p. 253-259, maio/ago 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.82.12>. Acesso em: 5 nov. 2019.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no Direito**: uma alternativa de modernidade. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

VAN DER BLES, Anne; POSTMES, Tom; MEIJER, Rob R. Understanding collective discontents: a psychological approach to measuring zeitgeist. In: **Plos One Journal**, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0130100>. Acesso em: 30 out. 2019.

VATTIMO, Gianni. **A sociedade transparente**. Tradução: Hossein Shooja e Isabel Santos. Lisboa: Relógio d'água, 1992.



# GP 29

**METODOLOGIA DA PESQUISA E DO  
ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA**

**Coordenação:**

Aleteia Hummes Thaines (UNOSOCIESC)

Celso Fernandes Campilongo (USP)

Fernanda Busanello Ferreira (UFG)

Fernando Rister de Sousa Lima (UPM)



## COMPETIÇÕES DE *MOOT COURT*: UMA NOVA PROPOSTA METODOLÓGICA PARA OS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL

**Leandro Aragão Werneck**

Advogado e professor substituto de Direito Tributário e Financeiro (UFBA). Doutorando e Mestre em Direito (UFBA). Coordenador científico do Moot Baiano de Direito Tributário.

**Ruy Nestor Bastos Mello Filho**

Bacharelado em Direito (UFBA). Capitão do Núcleo de Competições Internacionais (UFBA). Coordenador do Moot Baiano de Direito Tributário e da Stetson's IEMCC no Brasil.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a apresentar um método de aprendizagem que, como elemento curricular dos cursos de graduação em Direito no Brasil, tem o potencial para motivar os estudantes e, com isso, trazer-lhes um aprofundamento qualitativo do conhecimento e um desenvolvimento de habilidades práticas singulares frente às demais atividades existentes no âmbito acadêmico jurídico.

São as competições de *moot court* intramuros, existentes há mais de cem anos em cursos de graduação em Direito no exterior, e que consistem, em apertada síntese, em simulações de julgamentos através das quais estudantes defendem os interesses de uma parte litigante, com base em uma situação-problema fictícia proposta. Participam desse formato de competição somente os estudantes da instituição de ensino que a realiza<sup>1</sup>.

Justifica-se o método proposto e, por consequência, o objeto deste artigo, diante da corrente crise da educação jurídica brasileira. Parcela relevante do curso de graduação em Direito no Brasil é voltado à mera transmissão expositiva de conhecimentos, a serem assimilados pelos estudantes para, posteriormente, serem demonstrados em um processo avaliativo de caráter nitidamente somativo e que pouco contribui ao aprendizado, ao desenvolvimento do raciocínio lógico-jurídico ou a outras habilidades práticas instrumentais ao profissional do Direito.

Com efeito, avaliações somativas servem à determinação do que o estudante sabe e é capaz de explicar em determinado instante temporal (HARLEN; JAMES, 1997, p. 370), a fim de “hierarquizar, selecionar, orientar e certificar” (SANTOS, 2016, p. 640), pelo que são utilizadas, sobretudo, por entidades externas aos estudantes, como aqueles “encarregados de educação, à

---

<sup>1</sup> Ocorrem, no Brasil, há alguns anos, competições de *moot court* intercolégiais, em que equipes de estudantes comuns à uma instituição de ensino a representam. A maioria dessas competições são, em verdade, etapas seletivas nacionais para a escolha das equipes representantes brasileiras em competições internacionais, cujos temas são estranhos ao direito pátrio, embora já haja algumas voltadas para o direito nacional e, por isso, restritas ao Brasil.



comunidade escola (professores e órgãos de direção), ao mundo do trabalho” (SANTOS, 2016, p. 640).

Por sua vez, as competições de *moot court* se apresentam como um método formativo, na medida em que, pelas suas características, adiante analisadas, contribuem mais à construção do conhecimento e desenvolvimento de habilidades pelo estudante, e menos à sua mera certificação.

Objetiva-se aqui, portanto, a propositura de um método de competições de *moot court* adequado à realidade jurídica-acadêmica brasileira e, assim, preliminarmente, analisamos a possibilidade dessa atividade acadêmica concretizar a norma programática constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Adiante, diferenciamos o método proposto de outros aparentemente similares, bem assim, quanto a estes, comparamos as competições para determinar suas vantagens, com base em dados produzidos em pesquisas empíricas e na experiência dos próprios autores. Por fim, é descrita a forma de integração curricular das competições de *moot court* em instituições de ensino estrangeiras, para, após, ser proposto um método em conformidade com o cenário jurídico-acadêmico brasileiro.

## **INDISSOCIABILIDADE ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO**

Ainda que as instituições de ensino superior brasileiras não se restrinjam às universidades, estas representam a máxima expressão do projeto de produção de conhecimento e de formação educacional e humanística no País.

Por isto é que, inevitavelmente, tratar de propostas metodológicas para que se desenvolva a educação jurídica de nível superior envolve as possibilidades e as premissas adotadas no Brasil para o ambiente das universidades públicas e privadas, ainda que tais modelos sejam passíveis de replicação, total ou parcial, em outras estruturas de formação jurídica.

Alçada a sua importância entre nós às preocupações constitucionais, como parte da expressão do direito fundamental social à educação<sup>2</sup>, as universidades foram contempladas no texto de 1988 como parte essencial desta estrutura, fundando-se na ideia de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão<sup>3</sup>.

Decerto, a atribuição de juridicidade de tal hierarquia não é irrelevante, em especial se considerarmos que ali se instituiu uma norma de natureza principiológica e programática, determinante de que estas estruturas educacionais promovam a indissociabilidade aludida na maior medida fática e jurídica possível (ALEXY, 2014, p. 90). É uma diretriz da qual nenhuma investida educacional deve se desligar.

Ainda assim, muito além de um mandamento normativo, tem-se na indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão um paradigma educacional que se vincula à própria razão de ser das universidades (TAUCHEN, 2009) e se realiza através de projetos coletivos de trabalho que levem em conta também o interesse da sociedade (ANDES, 2003).

Didaticamente, é comum que se segregue esta tríade da formação educacional, atribuindo-se à pesquisa a função de geração de conhecimento, ao ensino a função de transmissão e

---

<sup>2</sup> Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>3</sup> Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

acessibilidade ao conhecimento produzido e à extensão o aspecto de intercâmbio destas atividades com a sociedade, reafirmando o compromisso de desenvolvimento social da educação superior (CÉSAR, 2003, p. 21-23).

Ainda que na educação jurídica haja atividades que, isoladamente, se afeiçoam a um ou outro viés desta tríade, entendemos que esta divisão não se impõe senão para uma verificação de em que medida cada uma destas diretrizes é atendida em cada atividade acadêmica. O caráter jurídico-programático de que seja indissociável a tríade serve de norte para todas as propostas pedagógicas e metodológicas que se deseje propor e implementar.

A consideração destas funções articuladas em relações duais seria insuficiente. Ensino e extensão são capazes de conceber uma formação preocupada com os problemas da sociedade contemporânea, mas, carecem da pesquisa como fonte de produção de conhecimento. Juntos, ensino e pesquisa são capazes de permitir avanço tecnológico, mas, carecem da compreensão ético-político-social que os liga à sociedade como destinatária do saber produzido/transferido. Por último, a conjunção de pesquisa e extensão sem ensino terminaria na perda da dimensão formativa dos indivíduos (MOITA; ANDRADE, 2005, p. 78-79).

É a indissociabilidade entre cada uma destas funções universitárias que permite a inserção da universidade na sociedade e a inserção desta na universidade. Pressupõe-se que estas são três funções básicas de toda atividade universitária, espelho de todas as estruturas de educação superior, e que devem ser equivalentes, em benefício da qualidade da produção do conhecimento (MOITA; ANDRADE, 2005, p. 78).

Por isto é que, ao tratar sobre as competições de *moot court* como proposta de método da educação jurídica, pouco nos importará enquadrá-la cientificamente como ensino, pesquisa ou extensão. Neste ponto, nos interessará apresentá-la em suas características e identificar, ao fim, se a proposta atende ao programa de indissociabilidade entre estas funções e que deve servir de modelo ideal para a educação jurídica não só no ambiente universitário, mas, em todas as estruturas de ensino superior.

## COMPETIÇÕES DE *MOOT COURT*

As competições de *moot court*, adiante definidas, são instrumentais à aquisição e desenvolvimento de habilidades práticas forenses por estudantes de graduação em Direito, bem assim ao aprofundamento do conteúdo curricular, pelo que serão analisadas objetivando a propositura dos moldes para sua integração curricular aos cursos de graduação em Direito no Brasil.

## HISTÓRICO

A prática advocatícia simulada (*moot court* ou corte simulada) se originou no século XIV com associações inglesas denominadas de *Inns of Court*, as quais, embora originalmente destinadas à acomodação de estudantes de Direito, passaram a servir à formação jurídica de seus membros através da defesa simulada de casos fictícios similares aos pendentes em tribunais consuetudinários (MACFARLANE, 2002, p. 98; DICKERSON, 2000, p. 1223). A prévia participação nessas atividades, no início do período Tudor, era requerida daqueles que sustentassem teses oralmente perante tribunais (RACHID; KNERR, 2000, p. 7; WAGNER; SCHMID, 2011, p. 638) e, hoje, a associação é requisito para um bacharel ser admitido à Ordem dos Advogados britânica.

O termo “moot”, que foi cunhado pelo *Inns of Court*, decorre da palavra latina *moveo* que significa mover, agitar, debater, argumentar (RACHID; KNERR, 2000, p. 2). Também dessas

associações decorreram três elementos que persistem e identificam essa atividade educativa: (1) estudantes assumindo o papel de defensores/advogados perante uma bancada de juízes simulados, (2) estudantes construindo argumentos jurídicos em favor da parte que representam relativamente ao caso hipotético proposto e (3) estudantes respondendo perguntas da bancada de juízes acerca do Direito ou fatos relacionados à disputa fictícia (LYNCH, 1996).

Do outro lado do oceano, a Faculdade de Direito de Harvard, no início do século XIX, foi pioneira em integrar *moot courts* à grade curricular do curso, embora tenham sido clubes estudantis, sem ingerência da Faculdade, espelhando os britânicos *Inns of Court*, que mais atraíram interesse dos estudantes e melhor desenvolveram as simulações de corte até o fim do século (CENTENNIAL, 1918, p. 144-145). Em 1910, a Faculdade estabeleceu o *Board of Student Advisors*, responsável por intermediar o contato entre os clubes estudantis e o corpo docente, e, utilizando-se do legado do falecido Diretor James Barr Ames, regulamentou uma competição de *moot court* intramuros em sua homenagem (CENTENNIAL, 1918, p. 146-147).

Realizada há mais de 100 anos, a *Ames Moot Court Competition* inaugurou um formato competitivo de corte simulada que sedimentou o caminho para diversas outras, como a *Foundation Moot Court* e *Harlan Fiske Stone Moot Court Competition* da Faculdade de Direito de Columbia, a *Marion Rice Kirkwood Memorial Competition* da Faculdade de Direito de Stanford, a *Hinton Moot Court Competition* da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, a *Edwin R. Keedy Cup Competition* da Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia, a *McBaine Moot Court* da Faculdade de Direito de Berkely e a *Orion S. Marden Moot Court Competition* da Universidade de Nova Iorque.

Seu formato também foi adaptado para competições intercolégiais entre equipes representantes de universidades distintas, tais como a *National Moot Court Competition* (1950) da Ordem dos Advogados da Cidade de Nova Iorque, a *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* (1960), *Essex Court Chambers National Mooting Competition* (1972), *Laskin Moot Court Competition* (1986), *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (1993), *Stetson's International Environmental Moot Court Competition* (1996), entre outras.

## DEFINIÇÃO E DESAMBIGUAÇÃO: MÉTODOS SIMILARES DE TRABALHO

Cumpramos diferenciar *moot court competitions* de figuras análogas e similares com o intuito de delimitar o escopo deste artigo, que, por sua vez, objetiva propor uma metodologia para inserção de competições de *moot court* como elemento curricular dos cursos de graduação em Direito no Brasil.

Em sua acepção mais restrita, ***moot court*** (sem caráter competitivo), é uma simulação de um julgamento recursal, voltada à apreciação de teses jurídicas, através da qual estudantes atuam como procuradores e defendem, através de memoriais escritos e debate oral, os interesses da parte que representam decorrente de um caso fictício proposto.

Uma de suas variações, a que se dedica esse artigo, é o torneio ou **competição de *moot court***, consistente em uma série de simulações de *moot court* (conforme definimos acima), realizadas por equipes adversas que, *voluntariamente*, participam de rodadas classificatórias e eliminatórias, objetivando lograr-se campeãs da disputa e/ou, eventualmente, obter benesses pessoais (KNERR; SOMMERMAN; ROGERS, 2001, p. 35).

Outra variação é o ***moot court* escolástico** - note-se, sem caráter competitivo -, realizado por professores, sem auxílio institucional, como uma das atividades avaliativas da disciplina que leciona (KNERR; SOMMERMAN; ROGERS, 2011, p. 32). Esse método é frequentemente falho em

decorrência da impossibilidade de auxílio individualizado dos estudantes, especialmente em classes extensas; bem como pela falta de consistência e estrutura, em função da inexistência de apoio institucional, o que sobrecarrega o professor que propõe a atividade (WOLSKI, 2009, p. 64-65).

Há também o *mock trial*, que se diferencia do *moot court* por simular julgamentos de 1º grau com instrução e discussão probatória através de testemunhas e, frequentemente, uma bancada de jurados, sendo todos os papéis desempenhados por estudantes (LE BRUN; JOHNSTONE, 1996, p. 308). Incluem-se nesse rol também julgamentos cuja discussão seja mais acerca de matéria fática, ou intrinsecamente associadas aos fatos, e menos sobre teses jurídicas, o que dificulta a aplicação das teses em situações similares.

O método *problem-based learning* (PBL) consiste, em síntese apertada, no estudo de matérias concernentes a um caso prático, fictício ou não, através de pesquisa e discussão por pequenos grupos de estudantes. O caso prático (*problem*) serve apenas para agrupar e contextualizar determinados assuntos da ementa curricular, funcionando esta como limite e direcionamento da construção do conhecimento (GRIMES, 2015). Eis que não propicia o desenvolvimento de habilidades práticas, por ocorrer num ambiente controlado, desatendendo aos objetivos da extensão universitária, bem como se distancia da realidade dialética forense, uma vez que o estudante se vê restrito a uma linha argumentativa pré-definida.

Por fim, e por tratar esse artigo de ensino jurídico, impende diferenciar as *moot court competitions* do **método do estudo de caso**, adotado, no Brasil, pela Faculdade Fundação Getúlio Vargas. Através dessa metodologia, os estudantes, com auxílio do professor, analisam casos jurídicos reais, através das manifestações das partes e decisões judiciais, para conjunta discussão acerca dos fundamentos que embasam as soluções propostas pelos sujeitos processuais (ARAÚJO, GOMES JR., 2013, P. 246). É, portanto, mais restrito que o método PBL, uma vez que promove a mera apreensão das estratégias jurídicas utilizadas em demandas reais, sem, contudo, propiciar ao estudante o desenvolvimento da dialética argumentativa.

## VANTAGENS COMPARATIVAS DAS COMPETIÇÕES DE *MOOT COURT*

São poucas as pesquisas empíricas acerca dos benefícios aos participantes de *moot court competitions* (KNERR; SOMMERMAN; ROGERS, 2001) e, no Brasil, desconhecemos estudos dessa natureza. Objetivando não nos restringir a nossas percepções particulares acerca das vantagens do método proposto, abordaremos também abaixo a literatura relevante produzida com embasamento empírico.

Na Austrália, entrevistas com estudantes da Universidade de Griffith que já haviam participado de competições de *moot court*, levaram à conclusão de que, para os entrevistados, esses eventos contribuíram para (1) a aquisição de habilidades práticas para o “mundo real”, não se restringindo à prática profissional jurídica; (2) aprendizado conjunto e desenvolvimento de habilidades interpessoais; bem como (3) proporcionaram um excelente meio para aprendizado do direito material (LYNCH, 1996).

Em outra pesquisa desenvolvida também na Austrália, aplicou-se um questionário com 100 estudantes que haviam recentemente participado de uma competição com temática voltada para impostos sobre a renda, obtendo como conclusões que o *moot court* (1) aumentou o entendimento sobre o direito material de 95% dos participantes e (2) tornou 71% dos estudantes mais interessados pela matéria abordada (KEYES; WHINCOP, 1997).

Por seu turno, o estudo conduzido na Irlanda pelas professoras Yvonne Marie Daly e Noelle Higgins com estudantes que haviam recentemente participado de um *moot court* simulando a Corte Internacional de Justiça concluiu que os estudantes (1) obtiveram uma melhor compreensão da aplicabilidade prática do Direito, (2) adquiriram habilidades advocatícias que não poderiam ser desenvolvidas através de livros didáticos, (3) aprofundaram o conhecimento da matéria envolvida de maneira irrealizável através de outras atividades acadêmicas ou exames e (4) puderam aumentar sua autoconfiança (DALY; HIGGINS, 2011, p. 11-12).

Nos Estados Unidos da América, através de pesquisa com alunos de 16 universidades norte-americanas distintas, todos com experiência prévia de *moot court*, identificou-se que (1) 78% dos estudantes recebeu crédito acadêmico pela participação; (2) 13% poderia ter recebido crédito extracurricular, mas preferiu contrariamente; bem que, dentre os 78% que obtiverem créditos, (3) 68.9% dos estudantes receberam creditação equivalente à de uma disciplina obrigatória, 9.8% receberam mais créditos e 21.3% receberam menos. Não obstante a prevalência da obtenção de créditos acadêmicos, menos de 20% listou o recebimento de créditos como uma das três principais razões para participar de *moot court competitions*. Adicionalmente, a maioria dos estudantes opinaram ser *moot court* uma atividade acadêmica mais divertida frente às demais, sendo que 43.9% indicou ser *moot court* significativamente mais divertida e 27.3%, um pouco mais divertida (KAMMERER, 2018).

A experiência e os dados acima obtidos demonstram que o caráter competitivo do método é essencial à motivação dos seus participantes, cuja feição externa de maior relevância, no contexto acadêmico, é o aprofundamento da pesquisa realizada pelas equipes. Isso ocorre em decorrência, especialmente, do desconhecimento prévio dos argumentos a serem avançados pelas equipes adversárias e dos questionamentos a serem feitos pelos juízes contrapostos ao ímpeto de vencer os julgamentos simulados, individualmente considerados, e, ao fim, a competição por completo.

A inexistência de limites argumentativos no modelo proposto, à revelia do que ocorre nos métodos PBL e estudo de caso, constitui um impulso à articulação e construção de argumentos pelos estudantes em detrimento da reprodução de conteúdo doutrinário ou jurisprudencial. Com efeito, as melhores competições de *moot court* adotam casos fictícios que, embora relevantes ao Direito, não tenham ainda solução incontroversa, proporcionando aos seus participantes o exercício da dialética típica da prática forense.

As sustentações e debates orais, ápice de toda competição de *moot court*, fornecem aos estudantes uma experiência singular frente a qualquer outra atividade acadêmica em Direito. Os oradores se submetem a uma sabatina minuciosa pelos juízes simulados, aos quais devem responder prontamente, convencendo-os de seu acerto à medida em que desconstruem os argumentos da parte adversária. Eis que, nessa situação, e nos extensos treinos realizados previamente à competição, promove-se o exercício da dialética de forma imediata, isto é, compele-se o orador a, rapidamente, contruir um raciocínio lógico e expô-lo de forma clara oralmente.

Tem-se, portanto, que o participante de competições de *moot court* não só adquire um conhecimento aprofundado da matéria concernente, mas também desenvolve habilidade típicas da atuação forense, sendo estes os principais objetivos desse método de aprendizado, que, por si só, contempla o ensino, a pesquisa e a extensão. Não se propõem a simular a realidade forense, com seus ritos e procedimentos, tampouco a relação entre o advogado e cliente, mas sim a fomentar habilidades e conhecimento aplicáveis a diversos contextos da vida do profissional de Direito.

## INCLUSÃO DAS COMPETIÇÕES COMO ELEMENTO CURRICULAR NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Tendo delimitado o conceito de competições de *moot court*, com ênfase na sua diferenciação de métodos aparentemente similares, e exposto suas vantagens, cumpre-nos expor como ocorre sua integração curricular em instituições de ensino no exterior para, após, propormos um modelo adequado aos cursos de graduação em Direito no Brasil.

### A experiência internacional

Na *Stanford Law School*, a competição de *moot court* Marion Rice Kirkwood Memorial Competition é estruturada como uma disciplina eletiva, com duração de três quadrimestres, que servem à preparação escrita e oral de duplas de estudantes para a participação na competição ao final do curso. Cumpre registrar que o plano de curso de Stanford somente contempla disciplinas obrigatórias no primeiro ano dos estudantes. Após, os estudantes devem cumprir 82 quadrimestres de matérias eletivas que abrangem as habilidades requeridas para graduação.

O curso é lecionado por dois professores, que auxiliam os estudantes na produção dos memoriais e no treino para sustentação oral. Os memoriais são corrigidos pelos professores e pelo conselho de *moot court* da faculdade. Para manter padrões acadêmicos desejáveis, a inscrição na disciplina e, por consequência, na competição, é limitada a 20 times de dois estudantes. A avaliação acadêmica segue o formato de avaliação da Faculdade, recebendo o estudante um de três resultados: *pass (P)*, *restricted credit (R)* ou *no credit (F)* — equivalente a aprovado, aprovado de forma mediana e reprovado.

Na *Harvard Law School*, a competição *Ames Moot Court*, anteriormente mencionada, acontece em três fases eliminatórias anuais, com início no 2º ano de graduação dos estudantes, que se organizam em times de quatro alunos, extensíveis ao longo das etapas. Os participantes obtêm crédito de produção escrita, desde que produzam um memorial satisfatório a critério do *Moot Court Board*, comissão organizadora do evento, formada por estudantes.

Na *Columbia Law School*, a participação em *moot court* é requerida de alunos do 1º ano de graduação, sendo facultado participar da competição intramuros *Foundation Moot Court*, em duplas, ou de uma competição especializada, incluindo *Jessup* e *Vis Moot*, mencionadas acima. Paralelamente, os alunos participam, obrigatoriamente, de um *workshop* de prática jurídica, através do qual são orientados por estudantes e instrutores institucionais na escrita dos memoriais da competição de que participem. Aos estudantes dos demais períodos, é permitido participar da competição intramuros *Harlan Fiske Stone Moot Court Competition*, pelo que recebem crédito de graduação.

Na Faculdade de Direito da *University of Chicago*, seus estudantes podem participar, individualmente, a partir do 2º ano, da *Hinton Moot Court Competition*, organizada pelo *Moot Court Board*, composto por estudantes, sob a supervisão de órgãos institucionais. Somente os 12 a 14 alunos classificados para as semifinais são elegíveis para receberem créditos curriculares (equivalente a três quadrimestres de matéria eletiva), cuja contemplação depende, contudo, da avaliação de professores da Faculdade que atuem como juízes na competição.

Na Faculdade de Direito da *University of Pennsylvania*, estudantes do 2º ano de graduação podem participar, individualmente, das rodadas preliminares da *Edwin R. Keedy Cup Competition*, sendo beneficiados com crédito extracurricular. Os classificados para as semifinais competem, no 3º ano, com um novo caso proposto, perante juízes reais convidados, após o que os melhores competidores são designados para representar a Faculdade na competição intercollegial *National*

*Moot Court Competition*. A competição é organizada pelo *Moot Court Board*, composto por estudantes que tenham participado anteriormente do evento.

Na Faculdade de Direito de Berkeley, a competição interna *McBaine Moot Court* permite a participação de estudantes do 2º ou 3º ano, de forma individual, que receberão um crédito extracurricular, salvo se o comitê avaliativo julgar o respectivo memorial de baixa qualidade. Com características similares, a *New York University* realiza a *Orion S. Marden Moot Court Competition*, através da qual estudantes recebem um crédito extracurricular por semestre em que participe da competição.

Perceptível, portanto, que, nas competições acima, há sempre um grau de voluntariedade na participação em *moot court competitions*, quer seja na escolha da competição, quer seja na própria participação. Os estudantes disputam individualmente ou em duplas, sendo que todos participam da redação dos memoriais e realizam sustentações orais. A bonificação acadêmica ocorre através da aprovação em matérias eletivas ou créditos extracurriculares, que contribuem para o preenchimento dos requisitos à graduação do estudante. A comissão organizadora dos eventos é costumeiramente integrada por estudantes que já tenham participado anteriormente da competição.

### **Proposta de adoção do método de competições de *moot court* na grade curricular dos cursos de graduação em Direito**

Embora no Brasil sejam comumente organizadas e geridas por instituições externas às de educação superior, a aplicação das competições de *moot court* também encontra espaço na grade curricular dos cursos brasileiros de graduação em Direito, sob diversas formas.

Dentre aquelas pensadas e viáveis, o recorte promovido neste trabalho implica ressaltar apenas aquelas que mantenham incólume o que vemos como principal na atividade: a voluntariedade. Tornar a competição de *moot court* uma atividade impositiva a descaracteriza e abriga o potencial de torná-la contraproducente, com perda de suas principais qualidades pedagógicas.

Por isto é que se antevê ao menos três possíveis formas de adoção deste método nos cursos de graduação em Direito: i) como atividade extensionista; ii) como método de aprendizagem, núcleo de uma disciplina eletiva do currículo; ou iii) como método avaliativo alternativo e opcional, em quaisquer disciplinas.

Já se colocou aqui os aspectos das competições de *moot court* com o desenvolvimento de habilidades práticas, escritas e orais, íntima e essencialmente ligadas às atividades exercidas pelos profissionais da área jurídica. Entende-se aqui que, pela conexão entre teoria e prática que ocorre no contexto da competição e que se articula com a comunidade externa ao curso (ex.: julgadores externos e expectadores no evento público), há algum espaço para que a atividade possa ser instituída como extensão universitária.

Mas, não nos parece que é neste âmbito que as competições de *moot court* teriam maior aplicação e abrangência.

Enquanto método pedagógico, é possível que a sua adoção se dê diretamente pelo docente como núcleo de uma das disciplinas do curso de graduação em Direito.

A competição gira no entorno de casos concretos, adaptados da realidade ou puramente fictícios, de complexidade variável e cuja resolução comumente dependerá da compreensão de temas totalmente diversos e interdependentes de um ou mais ramos do Direito. Ao propor o caso,

o docente é capaz de promover a abordagem simultânea de mais de um foco do conteúdo curricular, compelindo os discentes a romper a estaticidade do conhecimento e a formar conexões.

Considerando ainda que as competições de *moot court* podem ser organizadas em rodadas ou etapas, a princípio, nada impede que o docente proponha casos diferentes para cada uma, em um mesmo período letivo, visando a completude da abordagem temática.

Nestes contornos, contudo, não se espera a aplicação deste modelo a disciplinas definidas como obrigatórias pela grade curricular de um dado curso de graduação em Direito. Isto porque fazê-lo implicaria tornar impositiva a própria competição como condição à continuidade do curso, rompendo a voluntariedade que lhe é nuclear. O uso ideal do método das competições de *moot court* se faz apenas em disciplinas eletivas, nas quais a inscrição do discente é consciente e interessada na própria experiência acadêmica proposta.

Por outro lado, a terceira e última modalidade que se vislumbra se dá pelo emprego da competição como método avaliativo da aprendizagem que por outros meios se promoveu durante o período letivo. Sob esta forma, propõe-se a atividade como alternativa ou complemento a outros métodos avaliativos e, nestes termos, sua adoção não encontra restrições na matriz curricular e é cabível tanto em disciplinas obrigatórias quanto eletivas.

Para fazê-lo, contudo, não é recomendável que o docente substitua outros métodos avaliativos pela competição, compelindo os discentes à participação involuntária. A adoção da competição pode se dar pela sua proposição como forma *alternativa* de avaliação, mantendo-se a opção do discente por outros métodos, tradicionais ou não, ou como forma *complementar e aditiva* de avaliação.

Em qualquer destas formações, a atividade deve ser organizada, preferencialmente, em turmas pequenas<sup>4</sup> e dividindo-as em subgrupos de discentes numericamente pensados para que nenhum participante deixe de ter função ativa na produção escrita e/ou nas fases orais.

Por sua vez, o docente não assume funções expositivas ou de avaliação direta do desempenho – ao menos, nas fases orais. Nestas, a riqueza da atividade também se exprime pela diversidade de avaliadores imparciais, preferencialmente, especialistas no segmento jurídico abordado e externos à disciplina ou à própria instituição educacional, que ouvem, formulam questões, atribuem pontos e dão o retorno do desempenho individual de cada discente orador/participante.

Todavia, isto não significa em nada que se anula ou reduz a posição do docente no processo de transmissão do conhecimento nas competições de *moot court*. Seu papel apenas se altera: de alguém que ativa e exaustivamente transmite o conhecimento de maneira uniforme a uma massa de estudantes peculiares, para a posição de quem orienta o pensamento com o objetivo de coordenar indivíduos que construirão, sob a sua própria forma, o conhecimento.

Ao aplicar este método, o docente deve deixar a função exclusivamente expositiva para uma de mentoria, de alguém que fornece fontes, propõe à análise e saneia questões, aprofunda e promove as conexões entre os temas, em cada grupo de competidores.

---

<sup>4</sup> Esta expressão é propositalmente vaga, haja vista que não se tem dados detalhados o bastante para afirmar um número absoluto, limite, a partir do qual a inclusão de novos discentes refletiria negativamente nos resultados da atividade. Entretanto, pela experiência que os autores têm na organização de competições desta natureza, com a escusa do leitor, pode-se afirmar que a organização de rodadas com grupos de mais do que 30 estudantes por vez implica ou um número inviável de rodadas ou diluição da participação ativa dos discentes.



Também não significa que o docente alienará às bancas julgadoras a sua atribuição de avaliação dos seus orientandos. Os examinadores externos mais lhe servirão de auxiliares pedagógicos na atribuição equitativa dos pontos e na identificação dos pontos que ainda merecem atenção pelos participantes. Além de ser admissível a participação do docente como avaliador da produção escrita, ainda lhe incumbirá a moderação de eventuais disparidades entre a avaliação dos examinadores convocados e o efetivo desempenho dos participantes.

## CONCLUSÃO

Tem-se que as competições de *moot court* são atividades acadêmicas autônomas, mas que podem ser integradas como método de aprendizagem ao currículo de cursos de graduação em Direito no Brasil, concretizando a norma programática constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, uma vez que esses três segmentos são nelas contemplados.

Ademais, justamente por realizarem o tripé universitário de forma conjunta, as competições de *moot court* proporcionam uma experiência singular na academia, culminando, a um só tempo, no aprofundamento qualitativo do conhecimento jurídico e no desenvolvimento de habilidades práticas forenses pelos estudantes.

Não por outra razão é que, como visto, universidades estrangeiras renomadas, para além de incentivarem a participação de seus estudantes em competições intercolégias, realizam suas próprias competições intramuros, com atuação de seu corpo docente na instrução dos participantes e oferecimento de benesses acadêmicas a esses.

Não só por isso, mas também diante dos benefícios comparativos dessa atividade demonstrados pelas pesquisas empíricas e pela experiência, é que se propõe, conforme delineado acima, as competições de *moot court* como um método de educação adequado à realidade jurídica-acadêmica brasileira, capaz, ainda, de superar a reconhecida crise do ensino jurídico brasileiro, sob a ótica da qual se justifica o presente trabalho.

Quer seja como atividade extensionista, quer seja inclusa no currículo educacional, ressalvada a voluntariedade da sua participação, o método ora proposto tem o potencial para engajar estudantes brasileiros, trazendo-lhes os benefícios acima discutidos, e, por consequência, a melhoria do serviço futuramente prestado por esses à sociedade, no âmbito público ou privado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDES - Associação Nacional dos Docentes de Ensino Superior. **Proposta do ANDES-SN para a Universidade Brasileira**. n° 2, 3ª ed. atual. e rev. Brasília/DF, 2003.

BERKELEY LAW. **2019 McBaine Competition Rules**. Berkely, 2019. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2018/12/2019-MCBAIN-COMPETITION-RULES.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CÉSAR, Sandro Bimbato. **A indissociabilidade ensino, pesquisa, extensão e a gestão do conhecimento**: estudo em universidade brasileira. Dissertação (Mestrado) – Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento, 2013.

COLUMBIA LAW SCHOOL. **Harlan Fiske Stone Competition 2019-2020 Rules**. Nova Iorque, 2019. Disponível em: <<http://stonemootcourtcls.blogspot.com/p/2017-2018-competition-rules-section-1.html>>. Acesso em: 28. Nov. 2019.

COLUMBIA LAW SCHOOL. **Moot Court Programs**. Nova Iorque, 2019. Disponível em: <[https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clinics/moot\\_court\\_handbook\\_2019-2020\\_0.pdf](https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clinics/moot_court_handbook_2019-2020_0.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

DICKERSON, Darby. **In Re Moot Court**. Stetson Law Review, Gulport, v. 29, n. 4.

HARLEN, W.; GARDNER, J. **Assessment to support learning**. In: GARDNER, J. et al. (Orgs.). Developing teacher assessment. London: McGraw-Hill Education, 2010.

HIGGINS, Noelle; DALY, Yvonne Marie, **The Place and Efficacy of Simulations in Legal Education: A Preliminary Examination**. All Ireland Journal of Teaching and Learning in Higher Education, v.2, n.2.

KAMMERER, E. **Undergraduate Moot Court: Student Expectations and Perspectives**. Political Science & Politics, v. 51, n. 1.

KEYES, Mary E; WHINCOP, Michael J.. **The Moot Reconceived: Some Theory and Evidence on Legal Skills**. Legal Education Review, Robina, v. 8, n. 1.

LYNCH, Andrew. **Why do we moot?** Exploring the Role of Mooting in Legal Education. Legal Education Review, Robina, v. 7, n. 1.

MACFARLANE, Alan. **The making of the modern world: visions from the West and East**. Hampshire: Palgrave, 2002.

MOITA, F.M.G.S.C., ANDRADE, F.C.B. **A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão: o caso do estágio de docência na pós-graduação**. Revista Olhar de Professor, Ponta Grossa, v. 8, a. 2, p. 77-92, 2005.

NEW YORK UNIVERSITY. J.D. **Academic Regulations and Requirements Guide**. Nova Iorque, 2018. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/2018-2019%20JD%20Students%20Academic%20Regulations%20and%20Requirements%20Guide.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/2018-2019%20JD%20Students%20Academic%20Regulations%20and%20Requirements%20Guide.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

NEW YORK UNIVERSITY. J.D. **Marden**. Nova Iorque, 2019. Disponível em: <<https://www.nyumootcourt.org/marden/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

RACHID, Mohamed; KNERR, Charles R. **Brief History of Moot Court: Britain and U.S.** In: Annual Meeting of the Southwestern Political Science Association, 2000, Gavelston, TX.

SANTOS, Leonor. **A articulação entre a avaliação somativa e a formativa, na prática pedagógica: uma impossibilidade ou um desafio?** Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, Rio de Janeiro, v. 24, n. 92, 2016.

TAUCHEN, Gionara. **O princípio da indissociabilidade universitária: um olhar transdisciplinar nas atividades de ensino, pesquisa e extensão**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação, 2009.

UNIVERSITY OF CHICAGO. **Hinton Moot Court Competition**. Chicago, 2019. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/students/handbook/academicmatters/mootcourt>> Acesso em: 28 nov. 2019. Acesso em: 28 nov. 2019.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. **Edwin R. Keedy Cup Competition**. Filadélfia, 2019. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/academics/advocacycompetitions/edwin-r-keedy-cup.php>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. **Keedy Cup Preliminaries Spring 2019 LAW 813-001**. Filadélfia, 2019. Disponível em: <<https://goat.law.upenn.edu/cf/coursefinder/course-details/?course=keedy-cup-preliminaries&sec=LAW%20813001&term=2019A&page=1>>.



# GP 30

MÍDIA, JUSTIÇA E NEOLIBERALISMO

**Coordenação:**

Sylvio Gadelha (UFC)

Karina Valença (UFPE)

David Oliveira (UFC)



## JORNADAS DE JUNHO À LUZ DO DIREITO DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO

**Amanda Inês Morais Sampaio**

Mestranda em Direito (UFS). Bolsista (CAPES).

**Rebecca Falcão Viana Alves**

Mestranda em Direito (UFS). Bolsista (CAPES).

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se atém ao estudo do direito fundamental de reunião e manifestação. O objetivo se constitui em analisar os aspectos desse direito presentes nas Jornadas de junho, ocorridas em todo o Brasil em 2013.

Para tanto, o trabalho ora apresentado está estruturado em três capítulos. Sendo o primeiro um panorama a respeito do neoconstitucionalismo, de modo a estabelecer o marco temporal com a promulgação da Constituição de 1988 e a conseqüente revitalização dos direitos fundamentais.

Já no segundo capítulo, trabalham-se aspectos gerais acerca da liberdade de reunião e manifestação, sobretudo os seus pressupostos explícitos no texto constitucional. Além disso, apresentam-se alguns limites impostos ao exercício desse direito.

Abre-se um outro tópico nesse capítulo, com o escopo de analisar parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca desse direito. Na oportunidade, são abordados, brevemente, o Tema 855 da repercussão geral e o informativo 896 do STF, a marcha da maconha, as manifestações de 2013 e a greve dos caminhoneiros.

Por fim, atém-se ao histórico e às peculiaridades sobre as Jornadas de junho. Salienta-se a importância dessas manifestações, por evidenciarem novas tendências nesses eventos. Uma delas é prevalência das plataformas digitais tecnológicas, modificando a forma de comunicação entre os manifestantes. Outro ponto relevante foi o uso de práticas *black blocs*.

E, por fim, a proporção que essas manifestações tiveram, de modo que de uma insatisfação pontual, acerca do aumento da passagem de transporte público, resultaram-se várias reuniões em todo o país, com uma pauta de reivindicações diversificada e ampla.

No que tange aos procedimentos metodológicos, adota-se a pesquisa bibliográfica, descritiva, exploratória (com consulta à jurisprudência do STF) e explicativa. Utilizam-se também os métodos dedutivo, por partir da observação geral do direito fundamental de reunião e manifestação, e indutivo decorrente da observância de um caso específico, qual seja as

Manifestações de junho, a fim de se chegar a uma conclusão a respeito da compatibilidade desse evento com os ditames daquele direito.

A contribuição para a discussão acadêmica dessa pesquisa é aprofundar o debate sobre a importância dos direitos fundamentais. No caso em análise, escolheu-se a questão do direito de reunião e de manifestação, tema palpitante na modernidade.

## **O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A mudança do paradigma do positivismo para o pós-positivismo acarretou consideráveis transformações. Exemplificando, a promulgação da Constituição Federal de 1988 significou uma revitalização dos direitos fundamentais, num novo momento político e jurídico, fundado na democracia, no Estado de Direito e na dignidade da pessoa humana. (SCHIER, 2007)

Na seara constitucional, essencialmente, pode-se ressaltar diversos reflexos. Merecem destaque, a propósito, as ideias de filtragem constitucional, a força normativa da Constituição, a dogmática constitucional principialista, bem como a legitimidade e a vinculatividade dos princípios, além da conhecida distinção entre regras e princípios. (SCHIER, 2007)

A Carta Magna de 1988 concedeu uma expressiva importância aos direitos fundamentais. Isso porque quaisquer Constituições democráticas modernas possuem em sua base o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem. Mas para isso, em cada Estado, bem como no sistema internacional há que se atentar ao pressuposto da paz. (BOBBIO, 2004)

A propósito, Bobbio (2004, p. 7) afirma que:

Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Logo, pode-se afirmar que o surgimento dos direitos fundamentais se deu em prol da proteção dos direitos do homem, os quais estão na base das Constituições democráticas modernas. (BOBBIO, 2004)

Bobbio (2004) ensina que não há direitos fundamentais por natureza, eis que o que parece necessário em um determinado tempo histórico pode não ser em outros tempos e culturas. Ademais, há situações em que há conflitos entre direitos fundamentais diversos, podendo ensejar uma escolha evidente ou ainda, dificultosa. Essa é a razão para não haver um direito fundamental absoluto, por exemplo.

Os direitos fundamentais, no que diz respeito ao conteúdo, à titularidade, à eficácia e à efetivação, foram se transformando ao longo do seu reconhecimento nas Constituições. Nesse contexto, surgiram as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, sendo três consolidadas e a quarta, a quinta e a sexta já discutidas. Havendo uma preferência, na moderna doutrina, pelo termo “dimensão”, uma vez que todas as dimensões são complementares e não substitutivas. (SARLET, 2012)

Diverge Bonavides (2003) ao afirmar que Karel Vasak fez de modo incompleto a inclusão do direito à paz no rol dos direitos da fraternidade. Prossegue o autor alegando que essa inclusão foi superficial, teoricamente lacunoso, o que ocasionou num esquecimento do direito à paz.

A primeira dimensão se refere aos direitos do Homem, que são as liberdades. Trata-se de poderes de agir, ou de não agir, independentemente do poder de ingerência do Estado. (FERREIRA FILHO, 2011)

Ferreira Filho (2011, p. 49) elucida que:

Esses direitos-liberdades, graças ao reconhecimento, ganham proteção. São garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque, uma vez reconhecidos, cabe ao Estado restaurá-los coercitivamente se violados, mesmo que o violador seja órgão ou agente do Estado.

Nesse talante, a liberdade de reunião e manifestação se inclui nessa dimensão. Possuindo, portanto, a prerrogativa, protegida pela ordem jurídica, do dever de não agir do Estado, ao passo que este não deve fazer frente às reuniões e manifestações realizadas, acaso preencham os requisitos constitucionais devidos.

## **ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO**

A Declaração Universal da ONU assegura, como direito de todos, a liberdade de reunião pacífica em seu art. XX, § 1º e em seu art. XXIX impõe a todo ser humano deveres para com a comunidade. (ONU, 1948)

O direito de reunião pacífica também é reconhecido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 15, incluindo a exigência de não haver armas. Em seu texto também se afirma que o exercício desse direito apenas pode ser restringido por lei, e desde que seja justificado pelo interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, ou, ainda, para a proteção da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e liberdades das demais pessoas. (CIDH, 1969)

A liberdade de reunião se constitui como uma espécie de liberdade individual com expressão coletiva, visto que possibilita aos indivíduos o alcance de direitos individuais dentro de uma coletividade. Tais indivíduos são agrupados em função de uma ligação de pensamento ou de um ideal comum. (SILVA, 2014).

Alertam Brito e Silva (2015c) não ser qualquer agrupamento humano merecedor de ser enquadrado como reunião, no que diz respeito a essa liberdade constitucional. Para essa classificação é necessário conter seis elementos, quais sejam: o elemento subjetivo, o formal, o teleológico, o temporal, o objetivo e o espacial.

O primeiro, subjetivo, diz respeito à formação de um grupo de pessoas, uma vez que inconcebível uma reunião individual. Já o elemento formal significa uma coordenação, ainda que simples, com a convocação prévia do agrupamento. Isso porque é necessário um encontro consciente, do contrário, um encontro de transeuntes ao acaso em certo tempo e espaço não configura na hipótese. O elemento teleológico se refere à presença de uma liderança comum, com objetivos semelhantes, sobre quaisquer temas. (BRITO; SILVA, 2015c)

O fator temporal, por sua vez, significa dizer que a reunião deve ser temporária, com previsão do início e do fim. O elemento objetivo diz respeito à exigência de um encontro pacífico e à proibição de manifestantes armados, mas isso não descarta a possibilidade de que ocorra uma reação violenta, eventualmente de pessoas alheias à manifestação. E por fim, o fator

espacial corresponde à delimitação do local da realização da reunião, ainda que haja movimentação dos manifestantes. (BRITO; SILVA, 2015c)

Tais fatores as vezes são difíceis de serem delineados nos casos concreto, podendo haver, ainda, uma flexibilização a depender das circunstâncias. Mas o que verdadeiramente importa, é que essa liberdade concede às pessoas um direito genuinamente democrático, o de proporcionar aos cidadãos se encontrarem, para juntos e conscientemente terem voz e clamar por direitos.

De acordo com Scherer-Warren (2011) as ideias de movimento popular ou social começaram a ser comumente utilizadas para citar as ações coletivas desencadeadas por organizações populares localizadas e específicas, com um alcance restrito e condizente com a sua ação política. “Questões do cotidiano transformam-se em demandas políticas e em um instrumento de defesa dos direitos de cidadania ou de contestação do autoritarismo”. (SCHERER-WARREN, 2011, p. 115)

### **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de reunião e de manifestação**

O Supremo Tribunal Federal exerce um papel fundamental no ordenamento jurídico pátrio, diante da nova conjuntura de Estado Democrático de Direito. O Brasil é referencial quanto a confiança dada ao Poder Judiciário, especialmente ao STF, por portar a responsabilidade de ser guardião da Constituição, no que pertine ao controle de constitucionalidade, à constitucionalidade dos atos dos demais poderes, ao julgamento de conflitos envolvendo a União e os Estados, e à defesa, em última instância, os direitos fundamentais consagrados. (MACIEL, 2010)

Ingo Sarlet (2019, n.p.) aduz que:

No caso da Constituição Federal de 1988, onde os direitos e garantias fundamentais alcançaram seu nível mais elevado, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, de reconhecimento e proteção, as liberdades comunicativas foram particularmente robustecidas, seja na perspectiva do Direito Constitucional Positivo, seja no plano jurisprudencial, sem prejuízo, é claro, de exceções. Em termos gerais, portanto, é possível afirmar que o Poder Judiciário brasileiro, com amplo destaque para os tribunais superiores e, em especial, para o Supremo Tribunal Federal, tem protagonizado, de modo gradual e em nível crescente, uma posição preferencial de tais liberdades, incluindo aqui a liberdade de reunião.

Assim, necessário observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da existência do direito de reunião e manifestação. Neste diapasão, pode-se destacar, brevemente, quatro casos emblemáticos acerca da liberdade de reunião e manifestação, quais sejam o Tema 855 da repercussão geral e informativo 896 do STF, a marcha da maconha, as manifestações de 2013 e a greve dos caminhoneiros.

Primeiramente, sobre o Tema 855 de Repercussão geral e Informativo 896, tratou-se a respeito da exigência de aviso prévio à autoridade competente como pressuposto para o legítimo exercício da liberdade de reunião. (RE 806339/SE, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.2018. (RE-806339))

Quanto à emblemática “marcha da maconha”, “o STF entendeu que uma manifestação coletiva e pública em prol da descriminalização do uso de maconha não configura o delito de apologia do crime”, ante a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 187/DF (SARLET, 2019).

A repercussão geral se deu em torno da discussão sobre a necessidade de comunicação prévia à autoridade, sobre a realização da reunião, tendo em vista o recurso extraordinário - RE 806.339 RG/SE. Também ensejou repercussão geral a legitimidade constitucional sobre a



utilização de máscaras em sede de reuniões e manifestações, consoante recurso extraordinário com agravo – ARE 905.149 RG/RJ (rel. min. Roberto Barroso, j. em 25/8/2016), além de que tal assunto envolvia as iniciativas legislativas promovidas ante a onda de protestos em 2013.

Quanto ao primeiro tema da repercussão geral, a situação fática envolvia a ocupação e interdição da via pública federal (BR-101), para fins de reunião e manifestação, sem a prévia comunicação formal à autoridade competente. Aliás, esta, a Polícia Rodoviária Federal da região, teve ciência dos fatos um dia antes da reunião, por meio de ofício do Ministério de Justiça que, por sua vez, tomou conhecimento através de boletim distribuído pelo Sindicato dos Petroleiros de Sergipe e de Alagoas.

As entidades recorrentes alegaram ser impossível a imposição de comunicação formal e pessoal da autoridade pública competente, sendo, portanto, suficiente a tomada da ciência da realização da reunião por outros meios. Além de que arguíram não competir ao Poder Executivo qualquer forma de avaliação da conveniência da associação de pessoas em locais públicos. E por fim, aduziram que embora a CF/88 disponha que uma reunião não possa impedir outra anteriormente convocada para o mesmo local, não faz qualquer alusão ao fato de que reuniões que interfiram ou mesmo obstaculizem o exercício de outros direitos fundamentais sejam proibidas. Concluindo com a máxima de que toda e qualquer outra proibição constituiria em inconstitucionalidade material. (SARLET, 2019)

O STF firmou entendimento de que, especialmente no do Ministro Alexandre de Moraes, a inexistência de autorização não afasta a:

(...) necessidade constitucional de comunicação prévia às autoridades a fim de que exercitem as condutas a elas exigíveis, como a regularização do trânsito, a garantia da segurança tanto dos manifestantes quanto dos demais membros da sociedade, a garantia da ordem pública e o impedimento de realização de outra reunião. Um mero folheto, *flyer* ou instrumento similar, nem sempre alcança a autoridade competente, porque não se pode simplesmente desconsiderar tal circunstância, sob pena de se relativizar de modo juridicamente ilegítima a exigência constitucional. (ADPF 187/DF)

Ressalte-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos já considerou ser desproporcional a dissolução de uma reunião pacífica tão somente por falta de comunicação prévia, desde que a manifestação tenha se dado como reação imediata a um fato político.

Salienta Sarlet (2019, n.p.) que:

Soa elementar, nessa senda, que a exigência constitucional, ainda que de modo implícito, inclua a tempestividade da comunicação prévia e, no concernente ao conteúdo, veicule as informações essenciais que permitam ao poder público dar conta, do ponto de vista organizacional, procedimental e material, do seu dever de proteção da própria reunião e dos direitos e legítimos interesses de terceiros e da coletividade, ademais de assegurar o controle do cumprimento dos demais requisitos constitucionais da liberdade de reunião.

Nesse viés, aduz o autor que a regulamentação explícita da comunicação prévia é necessária, em prol de se evitar uma manipulação e uma insegurança contrária com os postulados da liberdade de reunião e de outros direitos. Além de que “a ausência de lei em sentido formal, por sua vez, não implica, por si só, a ilegitimidade constitucional de uma regulamentação por ato normativo do Poder Executivo, nos limites, é claro, postos pela CF” (SARLET, 2019, n.p.). Ademais, pode-se visualizar tratamento mais ou menos rigoroso, de acordo com cada natureza peculiar de reuniões, ou seja, depende do local, da dimensão, grau de risco para os manifestantes e o impacto sobre os direitos de terceiros.

Prossegue o autor aferindo que as informações pertinentes para a realização de uma determinada reunião não significam controlar o mérito desse evento, no que se refere à

motivação e ao objeto, mas colaboram a tomada de providências de cunho organizacional devidas quanto à proteção dos direitos dos participantes e de terceiros.

Outro caso emblemático foi a greve dos caminhoneiros em 2018, que ficou conhecida como Crise do Diesel, que durou cerca de 10 dias, resultando em uma paralisação de serviços como fornecimento de combustíveis e distribuição de alimentos e de insumos médicos. Com todas essas carências, observou-se o país à beira do colapso, e o quão dependente é do transporte rodoviário. (BBC, 2018)

No dia 21 de maio de 2018, os caminhoneiros iniciaram um protesto contra o aumento do preço do óleo diesel, o qual subira 50% nos últimos 12 meses. Reivindicavam impostos que incidem sobre o combustível, como o PIS-Cofins e que se fixasse valores de frete em uma tabela mínima. (BBC, 2018)

Outros cidadãos aproveitaram o ensejo para protestar contra outros fatores, como a corrupção, aumentando assim a força do movimento. Houve assim adesão em diversos segmentos, inclusive de grupos que apoiavam um golpe militar. (BBC, 2018)

Marcos Nobre (2018) afirma que a manifestação em 2018 foi mais grave que a de 2013, ao passo que aquela afetou o abastecimento, a produção e a circulação, inclusive se cogitou eventuais dificuldades para a realização das eleições de outubro daquele ano. Isso porque, no protesto dos caminhoneiros o objetivo direto foi a ameaça de sufocamento ao sistema político, ainda que compromettesse a própria sobrevivência das pessoas. Entretanto, faticamente o que se observou foi o sufocamento da própria sociedade.

Por último, ressalte-se as famigeradas Jornadas de junho as quais se iniciaram a partir de um movimento com pauta de reivindicações limitada e poucos envolvidos, e posteriormente tomou maiores proporções. Por ser o assunto central do presente artigo, abre-se o próximo tópico para lhe tratar com mais afinco.

## **JORNADAS DE JUNHO SOB À ÓTICA DO DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO**

Castells (2017) cita o movimento denominado “passe livre” que ocorreu no país, o qual trazia a pauta de reivindicações do aumento da tarifa do transporte público, pois em que pese a mobilidade ser um direito universal, nas metrópoles brasileiras prevalecem a imobilidade estrutural, fruto de um crescimento caótico na urbe, devido à especulação imobiliária e pela corrupção municipal. Além de que o transporte, no país, está a serviço da indústria do automóvel, a qual tem suas vendas subsidiadas pelo governo.

Prossegue o autor relatando que mencionado movimento se ampliou, ao passo que as pessoas reivindicaram por saúde, educação, condições dignas de vida. De modo que se difundiu o clamor pela liberdade em suas mais diversas dimensões, em um país que ignora a dimensão humana e ecológica de desenvolvimento, em seu modelo de crescimento desgovernado.

Esses encontros ocorreram, sobretudo em meados de junho de 2013, conseqüentemente, ficando conhecidos como Jornadas de junho, Manifestações de junho e Manifestações dos 20 centavos<sup>1</sup>.

Mas o ponto crucial de inovação dessa manifestação se encontra no fato de evidenciar novas formas de organização de movimentos sociais no Brasil, qual seja pela comunicação digital. (BRITO; SILVA, 2015b) A plataforma tecnológica de comunicação como importante instrumento,

---

<sup>1</sup> Os 20 centavos se referem ao aumento inicial do preço da passagem do transporte público, que desencadeou a insatisfação dos primeiros manifestantes.

sobretudo por ser fator impulsionador dessas manifestações. Castells (2017, p. 246-247) assevera que:

De forma confusa, raivosa e otimista, foi surgindo por sua vez essa consciência de milhares de pessoas que eram ao mesmo tempo indivíduos e um coletivo, pois estavam – e estão – sempre conectadas, conectadas em rede e enredadas na rua, mão a mão, tuítes a tuítes, post a post, imagem a imagem. Um mundo novo que já não é novo, mas que as gerações mais jovens veem como seu. Um mundo que a gerontocracia dominante não entende, não conhece e que não lhe interessa, por ela encarado com suspeita quando seus próprios filhos e netos se comunicam pela internet, entre si e com o mundo, e ela sente que está perdendo o controle.

Portanto, inegável que a revolução tecnológica se apresenta como importante mecanismo na formatação das novas manifestações. Logo, é fundamental o cuidado que o Poder Público deve dar a essa nova roupagem no direito de reunião e manifestação. Isso porque, uma manifestação com proporções inimagináveis como essa, e sem uma liderança fixa, muda os conceitos de comunicação prévia exigida na normativa constitucional.

Levanta-se a reflexão sobre a exigência da comunicação prévia à autoridade competente, numa reunião organizada em redes sociais, sem que haja uma liderança definida. Em conclusões prévias e talvez precipitadas, afirma-se que embora haja disposições normativas a respeito do direito de reunião e manifestação, essas não podem servir como impedimento do exercício de um direito de liberdade essencial para a democracia, nessas circunstâncias.

Por outro lado, há que se observar a real ausência de uma liderança determinada nos movimentos, bem como se o argumento de que a organização ocorre via redes sociais serve para, tão somente, não haver o respeito aos ditames constitucionais. Logo, mais uma vez a solução apropriada perpassa pela análise do caso concreto.

Outra característica particular das Jornadas de junho foi a utilização da tática *black bloc* por alguns manifestantes. Método esse originado na Alemanha, na década de 1980, a partir de jovens que agiram contra a construção de usinas nucleares. Estes, na oportunidade, criaram acampamentos no lugar de imóveis vazios e depois os transformaram em moradia coletiva ou centro autônomos com quase 300 relações sociais, de modo a questionar a ordem capitalista. No entanto, com o crescimento dos acampamentos houve uma ofensiva policial, que, por sua vez, ocasionou numa resistência dos militantes em prol da proteção desses locais. (BRITO; SILVA, 2015a)

Sobre a atuação dessa prática, Brito e Silva (2015a, p. 14) ponderam que:

A tática não se limita a atitude ofensiva, armando-se com bastões, estilingues, pedras, bolas de bilhar e até coquetéis molotov, alcança ainda ações defensivas, com escudos, protetores peitorais, luvas, caneleiras, capacetes e máscaras de gás. Além disso, alguns grupos realizam operações de reconhecimento e comunicação; outros atuam como corpo médico, levando alívio às vítimas de gás lacrimogênio ou de spray de pimenta e dão os primeiros socorros aos feridos. Assim, como grupos autônomos e compostos por pessoas distintas, os adeptos da atuação *black bloc* nem sempre escolhem os mesmos alvos, tampouco utilizam sempre a força em manifestações.

Fiúza (2013) explica que essa tática se fortalece ao passo que permite qualquer cidadão de participar da mobilização política sem que seja necessário um vínculo prévio. Desse modo, também serve para que seja acessível à política, uma vez que atrai muitos jovens que estão aderindo a determinada manifestação pela primeira vez.

Por outro lado, o autor ressalva que a atuação desse grupo exige que haja um esforço em prol de ações com grupos que não praticam essa tática. E para tanto, há que, por vezes, abster-se

de realizar ataques em caso de comprometimento dessas ações com os demais grupos. Nesse caso, há uma prevalência da resistência em detrimento da violência. (Fiúza, 2013)

O estudo dessas táticas colabora para uma análise sobre os limites estatais do uso da força policial contra manifestantes. Embora o direito de reunião e liberdade imponha um dever de não agir ao Estado, é possível que haja a sua interferência do Poder Público em detrimento de abuso de direito, quando há risco a ordem pública, com dano ao patrimônio, cerceamento do direito de locomoção, por exemplo.

A legislação brasileira, bem como normas internacionais adotadas pelo Brasil preveem a possibilidade dessa interferência estatal. Destacam-se os Princípios Básicos sobre o uso da força e armas de fogo (PBUFAF), os quais o Brasil é signatário, que dispõe que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem esforçar-se por dispersar as reuniões ilegais, mas não violentas, sem recurso à força e, quando isso não for possível, limitar a utilização da força ao estritamente necessário. (PBUFAF, 1990)

Em mesmo sentido, há o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral ONU, em 17 de dezembro de 1979, por intermédio da Resolução nº 34/169, que prevê em seu art. 3º e seus respectivos comentários que “os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever”. Em que pese ser admitido o uso da força, deve ser na medida em que tal seja razoavelmente considerado como necessário, tendo em conta as circunstâncias, para a prevenção de um crime ou para deter ou ajudar à detenção legal de delinquentes ou de suspeitos.

Deve-se ressaltar que dito uso da força deve estar embasado em princípios de legalidade, proporcionalidade e necessidade, bem como demais regras impostas pela legislação. Portanto, não se admite o emprego inútil, exagerado da força. Ao contrário, viola-se o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como se configura diversos crimes, como abuso de autoridade, lesão corporal, além de ferir diversos preceitos constitucionais.

Ademais, observa-se que todos os documentos suscitados dispõem que o uso de armas de fogo só é cabível como última medida, para o alcance de escopos legais, e quando a utilização de outros meios for insuficiente, ou para salvaguardar vidas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As Jornadas de junho se tornaram um marco quanto ao direito de reunião e manifestação, seja pela proporção que tomaram, seja pelas peculiaridades que chamaram a atenção. O fator dimensional demonstrou que um pequeno movimento, concentrado em uma local, com público determinado e pauta limitada, pode ocasionar um efeito cascata influenciando milhões de pessoas e ampliar os seus assuntos reivindicatórios. É dizer, um evento que surgiu por insatisfação do aumento da passagem de transporte público, pode resultar em manifestações pelo país a fora, com reivindicações sobre política, trabalho, liberdade, moradia, saúde, educação etc.

Quanto às particularidades das Manifestações de junho, pode-se falar na plataforma digital como mecanismo de comunicação e as táticas *black blocs*. O estudo destas colabora para uma análise das exigências constitucionais da reunião ser pacífica e sem armas, além de poder se observar quais são os limites estatais diante dessas circunstâncias, quanto ao uso da força das autoridades policiais.

Já no que diz respeito às plataformas tecnológicas de comunicação, evidenciam-se as novas formas de organização de movimentos sociais, qual seja a comunicação digital. Esse destaque se

dá por ser um fator impulsionador de manifestações sociais, que foi crucial no estímulo dos manifestantes nas Jornadas de junho, principalmente no que diz respeito aos participantes jovens.

Além de ser atrativo aos manifestantes, o uso de plataformas digitais inovou a atenção que o Poder Público deve dá-las. Isso porque, uma manifestação com proporções inimagináveis como essa, e sem uma liderança fixa, muda os conceitos de comunicação prévia exigida na normativa constitucional.

Portanto, observa-se mais uma vez a dinamicidade da sociedade, de modo que, embora haja disposições normativas a respeito do direito de reunião e manifestação, essas não podem servir como impedimento do exercício de um direito de liberdade essencial para a democracia. Por outro lado, não se pode banalizar os ditames constitucionais.

Assim, observa-se quão palpitante é o estudo do direito de reunião e manifestação, visto que há aspectos atuais e que demandam ainda debates. Ademais, por tratar de um direito fundamental e essencial à democracia, faz-se necessário o seu estudo.

## REFERÊNCIAS

BBC. **Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BOBBIO, Roberto. **A era dos direitos.** Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimp.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Gilton Batista; SILVA, Lucas Gonçalves. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião. *In: Direitos fundamentais.* Florianópolis: CONPEDI, 2015a.

BRITO, Gilton Batista; SILVA, Lucas Gonçalves da. Direito de reunião em notícia de jornal. *In: LISBOA, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; COOUTINHO, Júlia Maia de Meneses (org.). Pautas Constitucionais Contemporâneas.* vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015b. p. 151-166.

BRITO, Gilton Batista; SILVA, Lucas Gonçalves da. Do texto às ruas: constituição simbólica, força normativa e direito de reunião numa sociedade aberta de intérpretes. *In: Teorias dos direitos fundamentais.* Florianópolis: CONPEDI, 2015c.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 30 maio 2019.

FIÚZA, Bruno. **Black blocs: lições do passado, desafios do futuro.** 2013. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/black-blocs-a-origem-da-tatica-que-causapolemica-na-esquerda.html>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **O papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18033/o-papel-do-supremo-tribunal-federal-no-estado-brasileiro>. Acesso em: 15 jul. 2019.

NOBRE, Marcos. **'Sociedade aceitou o próprio sufocamento para demonstrar revolta contra o sistema político', diz filósofo.** Entrevista concedida a BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44298017>. Acesso em: 29 mai. 2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas.** 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

PBUFAF, **Princípios Básicos sobre o Uso a Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei.** 1990. Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios\\_basicos\\_arma\\_fogo\\_funcionarios\\_1990.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios_basicos_arma_fogo_funcionarios_1990.pdf). Acesso em: 12 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O entendimento do Supremo sobre a liberdade de reunião e manifestação.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/direitos-fundamentais-entendimento-stf-liberdade-reuniao-manifestacao>. Acesso em: 29 maio 2019.

SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

# OS JUÍZES NAS MÍDIAS E REDES SOCIAIS: PERCEPÇÕES SOBRE OS IMPACTOS NA IMAGEM DO PODER JUDICIÁRIO E SUA LEGITIMIDADE DIANTE DAS MÍDIAS VIRTUAIS

**Damião Candido Medeiros Filho**

Mestrando em Geografia Humana (FFLCH-USP). Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência (NEV-USP).

**Maria Gorete Marques de Jesus**

Pós-Doutoranda em Sociologia (FFLCH-USP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência (NEV-USP; FAPESP/CEPID).

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho integra a pesquisa *Building democracy daily: human rights, violence and institutional trust*, desenvolvida pelo NEV-USP, cujo objetivo é analisar o desempenho das instituições públicas e a relação com os cidadãos no processo de legitimação desses órgãos na aplicação da lei, com destaque para o Judiciário. A noção de legitimidade utilizada na pesquisa ressalta o caráter dialógico do termo, inspirada no conceito de *procedural justice* de Tom Tyler (1990; 2003, 2006). De acordo com este autor, legitimidade seria o resultado de uma inter-relação entre os cidadãos e os servidores públicos, avaliada pelo tratamento justo, igualitário e transparente, baseado em uma comunicação acessível e respeitosa, despendida pelos agentes do Estado. Há uma preocupação nessa literatura em identificar os desafios à legitimidade e suas importantes implicações para a viabilidade do direito e o sistema jurídico.

Além da experiência da inter-relação com as instituições, a percepção das pessoas sobre as organizações judiciárias também é influenciada por informações veiculadas pelas mídias, inclusive pelas redes sociais. Alguém que veja no jornal notícias negativas sobre determinados serviços públicos pode ser desestimulada a buscá-los porque entende que eles não poderão ajudar. Para além desse aspecto, há também toda a questão da construção da própria imagem dos profissionais a partir da exposição pública transmitida nos canais de comunicação. O trabalho de Maria Gloria Bonelli, Fabiana Luci de Oliveira, Rennê Martins (2006) sobre *Profissões jurídicas, identidades e imagem pública* aborda muito bem esta questão. O debate refere-se tanto em saber se o reflexo de si na imprensa atua sobre as formas identitárias e o quanto a exposição na mídia de vários profissionais do campo do direito atravessa a dinâmica identitária desses grupos, sobretudo magistrados. Segundo as autoras “uma parte da construção identitária das profissões é percebida na mídia, onde elas travam lutas por reconhecimento e respeitabilidade social, em torno do capital simbólico e da fala legítima” (BONELLI et al., 2006, p. 148). A exposição midiática pode fortalecer algumas identificações e enfraquecer outras.

Nessa perspectiva, o objetivo da discussão ora apresentada é analisar as percepções e avaliações de juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre a imagem pública do judiciário e o papel da exposição dos magistrados na mídia, sobretudo nas mídias sociais, de modo a compreender como essa exibição impacta na representação que fazem de si e da própria autoridade. Para isso, realizamos entrevistas em profundidade com os magistrados de várias áreas do direito, por meio do qual buscou-se compreender as percepções desses juízes sobre sua própria autoridade e legitimidade. Na análise, foi mobilizado a noção auto-legitimidade (*self legitimacy*), que considera a crença de que os agentes possuem o direito de exercer sua autoridade (BRADFORD; QUINTON, 2014; TANKEBE, 2014), aspecto que, em relação ao judiciário,

ainda é pouco explorado na respectiva literatura. Dentre os temas que foram tratados nos conteúdos das entrevistas realizadas, a exposição nas redes sociais foi uma questão apontada como desafiadora para a imagem pública do Judiciário, uma vez que “nesses espaços” alguns juízes expõem opiniões e comentários, o que pode dar margem para uma atuação política do judiciário.

Atualmente, uma questão que tem ganhado relevância dentro do Judiciário pode ser lida e problematizada a partir da Portaria nº 69 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em 02 de maio de 2019. Essa resolução criou um grupo de trabalho para discutir a necessidade de conciliar a liberdade de expressão e a presença dos magistrados nas redes sociais, com a preservação da imagem institucional do Poder Judiciário.

A proposta de resolução do CNJ é fruto da organização de uma equipe instituída por Dias Toffoli, ministro e atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual começou a tramitar apenas dez dias depois de virem à público os primeiros vazamentos de conversas entre o ministro da Justiça Sergio Moro, quando ainda era juiz, e o procurador do Ministério Público Federal, Deltan Dallagnol. O texto entra em discussão em meio às polêmicas, as quais, segundo o site *The Intercept Brasil*, eles teriam combinado atuações no âmbito da Operação Lava Jato<sup>1</sup>. Os dois magistrados contestam a autenticidade dos diálogos, negam irregularidades e denunciam a invasão ilegal de suas comunicações<sup>2</sup>, mas, ambos estão constantemente fazendo o uso das redes sociais por meio do qual expõe, as atividades que realizam enquanto agentes públicos do sistema de justiça em casos e decisões de grande clamor público.

A justificativa dada pelo CNJ acerca da respectiva portaria salienta que o mau uso das mídias e redes sociais pode impactar a percepção da sociedade em relação à integridade do Poder Judiciário, causando infâmias à prestação jurisdicional. Nesses termos, considera ainda que a missão institucional do CNJ é de contribuir para que a atividade jurisdicional seja fundamentada nos princípios da moralidade, da eficiência, da efetividade, da transparência e responsabilidade. Não estranhamente, já há manifestações quanto ao anúncio dado pelo CNJ, trata-se da deflagração de algumas entidades representativas dos juízes, dentre as quais destacam-se a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação Nacional dos Magistrados (Anamatra). A principal argumentação feita é de que não há necessidade de nova regulamentação sobre a matéria em questão, pois regras da Constituição e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) sobre a conduta dos magistrados já seriam suficientes e que, portanto, poderia estabelecer limites e restrições para os magistrados de se manifestarem fazendo uso das redes sociais. As entidades apresentam uma proposta intermediária na qual pede-se o adiamento na votação da norma para que possam propor alterações no texto<sup>3</sup>.

Diante desse cenário apresentado, o presente artigo pretende introduzir uma reflexão acerca do debate sobre o uso de redes sociais (mídia virtual) pelos juízes e o “espaço” que essa

---

<sup>1</sup> Operação Lava Jato é uma investigação da Polícia Federal do Brasil que tem como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de 10 bilhões de reais. É considerada pela PF como a maior investigação de corrupção da história do Brasil, tendo sua fase ostensiva iniciada em março de 2014 com o cumprimento de mais de cem mandados de busca e apreensão, prisões temporárias, preventivas e conduções coercitivas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/operacao-lava-jato>.

<sup>2</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sugere restrições a juízes em uso de redes sociais. Disponível em <https://audienciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/726765960/conselho-nacional-de-justica-cnj-sugere-restricoes-a-juizes-em-uso-de-redes-sociais>. Acessado em 26/07/2019.

<sup>3</sup> Juízes pressionam Toffoli a adiar resolução do CNJ sobre atuação em rede social. Disponível em <https://www.jota.info/justica/entidades-pressionam-toffoli-para-adiar-resolucao-cnj-redes-sociais-31072019>. Acessado em 22/11/2019.



atuação produz, direta e indiretamente, de discursos acerca de si, enquanto autoridade, e da instituição que representam. Esse aspecto, em nosso entendimento, pode ser problematizado na medida em que pesquisas mostram um crescente descrédito nas instituições democráticas. É o que aponta o índice de confiança na Justiça brasileira da Fundação Getúlio Vargas de SP (ICJBrasil) de 2017, segundo a qual, a taxa de confiança nas instituições, dentre elas o judiciário, está reduzindo desde 2013, quando do início da pesquisa. Assim, entendemos como pertinente explorar a produção de discursos, percepções e disputas, em contexto de redução da confiança e legitimidade das instituições perante a opinião pública.

## ACESSANDO AS PERCEPÇÕES DOS JUÍZES

A pesquisa foi realizada entre agosto de 2016 e outubro de 2017 com dezenove juízes de várias áreas do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) através de um roteiro semiestruturado. Devido à dificuldade de acesso aos juízes para a realização das entrevistas, optou-se pela metodologia da bola de neve (*snow-ball sampling*), que consiste em solicitar a cada entrevistado a indicação de um colega de profissão para participar da pesquisa<sup>4</sup>.

Todas as entrevistas foram gravadas e transcritas. Na sequência, o material foi revisado e sistematizado a partir da identificação das ideias mais recorrentes nas que apareceram. Como primeiro resultado dessa etapa, o material coletado apresentou um perfil específico de juízes, qual seja, em sua maioria homens, entre 30 e 40 anos de idade; de 8 a 10 anos na profissão e níveis de formação desde estudos incompletos de pós-graduação até mestrados ou doutorados.

Dentre os temas tratados nas entrevistas com os juízes, a imagem pública do judiciário apareceu no eixo chamado de “Relações do Judiciário com a sociedade”. Uma das ideias recorrentes que apareceu foi a imagem pública associada à exposição midiática e a forma como a imprensa noticia o trabalho dos magistrados. Houve certa unanimidade em dizer que os meios de comunicação, incluindo as redes sociais, têm contribuído para a maior popularização do Poder Judiciário. “Há tempos atrás, ninguém saberia dizer o nome de um ministro do Supremo Tribunal Federal. Hoje, as pessoas conseguem lembrar de pelo menos dois ministros”, disse um dos juízes entrevistados.

## JUÍZES NAS MÍDIAS

Para alguns entrevistados há pouco conhecimento das pessoas sobre o papel dos juízes e de como o sistema de justiça brasileiro funciona, o que gera confusão e interpretações equivocadas. O juiz 1 deu o exemplo da condenação em primeira instância e a possibilidade dos condenados de responder em liberdade até a decisão final (“trânsito em julgado”)<sup>5</sup>. O fato do condenado poder responder em liberdade é divulgado pela mídia como injusto ou classificado como impunidade. Para o entrevistado, a mídia tem um jeito de produzir informação de forma

---

<sup>4</sup> O início para a realização das entrevistas se deu a partir do contato de magistrados conhecidos pelos pesquisadores do NEV-USP. Ainda assim, a primeira atitude de nossa equipe foi formalizar, via carta enviada em março de 2017, o convite e solicitação de apoio, à presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), acerca de como poderíamos acessar os magistrados em questão. Contudo não recebemos qualquer resposta a nossa solicitação. Em razão do compromisso de confidencialidade, a menção aos entrevistados será feita utilizando numeração ex: Juiz 1 ou (Juiz1) etc.

<sup>5</sup> De acordo com a legislação brasileira, todos têm direito a recorrer aos tribunais superiores para reverter uma condenação solicitando a possibilidade de responderem em liberdade: Artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP): “ninguém poderá ser preso senão (...) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”.

seletiva, apresentando determinados casos com o intuito de realizar especulações que prejudicam o entendimento da população sobre o papel do Poder Judiciário, o que aumenta o descrédito da população com a instituição. “Mas é um caso ou outro que isso acontece, mas como a mídia foca naquele caso específico, fica parecendo que o judiciário solta todo mundo” (Juiz 1). A população começa a acreditar que o judiciário não funciona, que não pune. Para esse juiz, isso acaba impactando na própria autoridade dos magistrados. Nas palavras do entrevistado “a gente está perdendo autoridade né, de maneira geral por conta da mídia, bastante” (Juiz 1).

Outro fator que segundo os entrevistados favorece a má interpretação da população com relação ao funcionamento do judiciário é seletividade com a qual a mídia divulga casos que chegam ao sistema de justiça. Para o juiz 10:

Ninguém noticia o que o setor público faz de bom, ninguém vai noticiar que o Judiciário conseguiu arrumar um remédio pra uma pessoa que está com câncer, que conseguiu uma internação para uma pessoa que estava sendo lesada por um plano de saúde, que conseguiu uma medida contra o Estado porque estava tendo seu direito violado. Isso não gera notícia, apenas algo que se possa criticar (Juiz 10).

Para o juiz 17, outro efeito provocado pelo tipo de exposição do judiciário feito pela mídia é que a população começa a culpar os juízes pelo aumento dos crimes:

Então, eu acho que a sociedade tende muito a falar que a culpa é do juiz. Se tem muito roubo é porque a culpa é do juiz, se tem muito estupro a culpa é do juiz. Os processos realmente demoram e se estendem, mas tem situações que os processos se estendem realmente porque são muitos os recursos (...). Nós vemos que, ‘ah, tal pessoa foi condenada tanto tempo de prisão e ficou solta’, mas é o número de recursos que esse advogado tentou? Sabe? A sentença está lá, mas é o número de recursos? Sem números, são vários (Juiz 17).

Assim, de acordo com a maioria dos juízes entrevistados, o desconhecimento da população sobre o funcionamento do sistema de justiça, somado à forma como os veículos de comunicação noticiam esse trabalho, contribuem para uma visão distorcida sobre o Judiciário.

O juiz 1 comenta que uma pesquisa sobre a avaliação da população com relação ao Judiciário deveria considerar o quanto as pessoas conhecem dessa instituição, se pela experiência ou se pela mídia: “Seria o caso de perguntar (...) às pessoas que avaliam mal o Judiciário se elas avaliam mal pelo serviço que elas receberam, ou pela ideia que elas têm do Judiciário, porque acho que a ideia é muito formada pela mídia” (Juiz 1). Essa opinião foi acompanhada pelo juiz 10, que disse que o desconhecimento da população sobre o funcionamento do judiciário, seus recursos e dispositivos faz com que as pessoas interpretem certas decisões como equívocas ou injustas, ou mesmo como impunidade. Para ele:

É difícil a população avaliar corretamente o Judiciário, porque sempre vai ver que um bandido foi preso, mas acabou sendo solto; e ele tinha direito de ficar solto. Ou aquele que era inocente e acabou sendo preso, porque na avaliação daquela prova se concluiu, mas depois de descobrir outra coisa (Juiz 10).

De acordo com o juiz 11, para as pessoas compreenderem como é o trabalho dos juízes seria preciso que as elas “sentassem” em sua cadeira e acompanhassem seu dia a dia, sobretudo que os jornalistas se colocassem no lugar dos juízes para entenderem melhor qual o trabalho desenvolvido por eles. E disse:

Eu queria às vezes que as pessoas sentassem uma semana comigo, jornalista então é meu sonho! Né? Vem na CBN e queria falar ‘senta aqui, aqui não é Brasília, aqui é outro mundo. Senta aqui, se quiser falar mal depois, tudo bem, é um direito seu. Mas você vai falar sabendo como é que é’ (Juiz 11).

O juiz 7 ressalta que com as redes sociais o desconhecimento da população com relação ao papel do Poder Judiciário foi ampliado, as pessoas fazem comentários e críticas às decisões as quais não conhecem os fundamentos jurídicos e as bases constitucionais que produziram a sentença, difundindo-se dessa maneira ideia de que o judiciário é conivente com o crime.

Para o juiz 18, a falta de conhecimento da população com relação ao funcionamento do judiciário não está baseada apenas no desconhecimento produzido pela mídia, mas também pelo distanciamento que este poder tem da população: “Acho que primeiro é uma falha do Judiciário. O Judiciário, de modo geral, dialoga muito pouco com a população. Dialoga muito pouco. Acho, por exemplo, um absurdo que o juiz não possa vir a público” (Juiz 18).

O juiz 2 acredita que muitas pessoas ainda tem a ideia de que o judiciário é um poder distante da população, que só é possível falar com o juiz através de uma mediação, ou seja, um advogado. Segundo este juiz, ainda é muito presente para algumas pessoas que o judiciário é um poder muito sacralizado, cheio de rituais incompreensíveis, muito distante. “Isso reflete também na visão da população de ir ao fórum mais temerosa, com essa reverência por conta da ritualística (...) nem entende o que está acontecendo”.

Outro tipo de divulgação negativa feita nas mídias e apontada pelos entrevistados como um fator que desmoraliza o judiciário diz respeito à remuneração dos magistrados. Para o juiz 1, há a disseminação da imagem de juiz que ganha muito e trabalha pouco: “As pessoas olham pra gente como se fosse ‘ah, os caras não trabalham, ganham um monte de dinheiro, coisas absurdas’, quando é só parcialmente verdade, né, porque trabalho tem de sobra” (Juiz 1). Para o juiz 10, a imagem do magistrado como alguém que não trabalha e ganha bem é muito difundida pela mídia e isso desmoraliza o juiz, e consequentemente o Judiciário. Para os entrevistados, essa imagem não condiz com a realidade deles pois apresentam um volume exuberante de trabalho diário, “são muitos processos” (Juiz 10).

Para o juiz 11, as pessoas acham que a justiça é morosa porque os juízes não estão trabalhando, “mas ninguém vê o volume de trabalho”. Disse que tem colegas que tiram férias e levam os processos que estão em atraso para casa para trabalhar porque não conseguem dar conta. Segundo ele “é impossível um juiz ter 7 mil processos com ele e achar que as coisas vão andar, os funcionários não conseguem dar vazão. Então a imagem que eles têm é de uma justiça lenta” (Juiz 11).

Para o juiz 17, a imagem divulgada de que juízes ganham muito, trabalham pouco e são culpados pela morosidade dos processos impacta diretamente na forma como a população concebe o judiciário, alargando-se um descrédito com relação às instituições judiciais. Contudo, segundo o entrevistado, haveria uma infinidade de casos exitosos para serem divulgados, de iniciativas espetaculares, de juízes que se dedicam muito ao trabalho, mas esses casos não seriam noticiados pela mídia porque não atraem atenção. A mesma opinião foi compartilhada por outros entrevistados.

Outro ponto colocado em destaque nas entrevistas dos juízes foi a exposição de juízes e ministros na mídia, seja dando entrevistas, seja se manifestando em redes sociais. Segundo o juiz 17, nos últimos anos a mídia tem divulgado mais notícias sobre o judiciário, principalmente sobre o Supremo Tribunal Federal. Ministros têm se manifestado publicamente, algo que não acontecia em outros tempos. Por um lado, isso seria positivo na avaliação desse entrevistado porque a população conhece mais o judiciário, do que no passado, sobretudo o STF. Por outro lado, a exposição dos ministros pode deturpar o papel do Supremo como ator político no cenário de pesos e contrapesos no campo democrático, pois a população pode achar que o Poder Judiciário pode tomar decisões sem que elas estejam amparadas nos estatutos legais.

Para o juiz 8, a exposição de juízes e ministros na mídia contribuiu para a população conhecer mais o Poder Judiciário:

Quando eu era estudante de direito no Largo São Francisco eu não sabia os nomes de todos os ministros do STF, sabia de dois ou três. Hoje, qualquer estudante sabe o nome dos ministros. (...) Imagina, há vinte anos atrás quem sabia os nomes dos ministros? Nem eu sabia e todos os onze ministros. Neste momento em que a gente não confia mais no legislativo, no executivo você não sabe quem é que está lá. E as decisões têm que ser tomadas. Isso acaba colocando responsabilidade no STF, que não deveriam ser colocadas, mas são colocadas, e, portanto, os ministros se tornam mais famosos” (Juiz 8).

Assim como o juiz 17, o juiz 8 apresenta a percepção de que a crise de confiança nas instituições democráticas, sobretudo os Poderes Executivo e Legislativo, tem aumentado o grau de expectativas da população com relação ao Poder Judiciário, de que este órgão poderia “moralizar” as instituições públicas, tendo como maior símbolo disso a operação Lava Jato contra a corrupção. Citam também a ação contra o Mensalão, que teria já iniciado essa ideia do judiciário como protagonista político importante tendo alguns ministros como referências desse processo, na época o Joaquim Barbosa.

De acordo com o juiz 16, o descrédito da população no Executivo e Legislativo faz com que elas acreditem mais no Judiciário:

Eu interpreto um descrédito total em relação aos agentes políticos por conta das denúncias sucessivas de corrupção. Então hoje uma legitimidade que pode ser atribuída ao Judiciário decorre de uma frustração em relação aos demais. Então frustrações em relação ao Executivo, ao Legislativo principalmente, levam uma expectativa maior em relação ao Judiciário. Sem entrar no mérito da Lava a Jato em si, mas o fato é que para o público mediano, é algo que acaba valorizando a importância do Judiciário (Juiz 16).

Para o juiz 15, essa superexposição de ministros do STF pode ser negativa, sobretudo quando se manifestam sobre casos de grande repercussão.

Acho que temos exageros, nós temos exageros quando o juiz utiliza a mídia como uma plataforma de manifestação. Isso a gente tem visto praticamente é uma experiência diária de juízes que têm uma superexposição na mídia, que começam a se manifestar sobre processos que estão em andamento, sobre processos que estão em curso com outros juízes, isso a gente vê e tem experiência no próprio STF (Juiz 15).

Na avaliação desse entrevistado, o que há na atualidade é uma visão antagônica do judiciário. Por um lado, ele é santificado, por outro é demonizado. É valorizado porque a superexposição, sobretudo em razão da operação lava jato, faz com que ele seja visto como uma instituição contra a corrupção. Por outro lado, a exposição da questão salarial, de que os juízes ganham muito, a questão dos auxílios (como o auxílio moradia) serve para desmoralizar. Para este entrevistado, umas das consequências da superexposição e a forma como a mídia atua transforma determinados juízes em heróis ou anti-heróis, algo negativo segundo sua avaliação porque distorce o papel do que se espera acerca dos magistrados e, sobretudo, do próprio judiciário.

Alguns juízes compartilharam a opinião de que o magistrado, até pela função pública que exerce e por conta de sua atuação, não deveria se expor, sobretudo na mídia e nas redes sociais. Para esses entrevistados, há a concepção de que os juízes só podem se manifestar através dos autos, no processo, e não fora dele. Para o juiz 15 “o juiz se comunica pelo processo, o juiz não se comunica, ou não deveria, se comunicar na mídia”.

Para o juiz 11, os juízes não podem aparecer na mídia ou se manifestar em redes sociais. Para ele, não é papel do juiz sair do plenário e dar uma entrevista ou um “twitter” falando “nossa, minha sentença foi magnífica”. Contudo, diz que advogados e promotores fazem isso, e que por

conta disso, mesmo os casos bem-sucedidos, os créditos vão todos para o promotor, nunca para os juízes:

Para o juiz 12, é da função do juiz que ele não opine “abertamente sobre processos em andamento, ações que vai julgar ou que irá participar de julgamento”. Destaca que “nessas horas um pouco mais de resguardo ajuda nessa noção da honestidade, da atuação” (Juiz 12). Na mesma direção respondeu o juiz 8, que reforçou a ideia de que o juiz precisa se manter íntegro para poder ser visto como autoridade, ser respeitado e, por conta disso, ter sua decisão na mesma medida respeitada. Para ele:

Nesses dez anos [de magistratura] eu percebi que as pessoas aceitam o juiz tecnicamente ruim, mas ninguém aceita um juiz que tem a sua conduta, seja da moralidade, seja da imparcialidade manchada. Um juiz que perde isso ele pode ser professor da melhor faculdade de direito do mundo, ele não vai mais conseguir se fazer respeitar nas sentenças, porque na sentença sempre vai ter que dizer um tá com a razão, o outro não tá, quando não diz que os dois estão sem (Juiz 8).

Outro aspecto pontuado pelo juiz 8 é que a moralidade pública desse juiz também precisa ser mantida, sobretudo numa época de superexposição nas redes sociais. Um juiz não poderia, na visão do magistrado entrevistado, postar determinados temas em suas redes sociais. A depender da conduta desses juízes, isso poderia impactar na forma como as pessoas recebem suas decisões. Para ele:

A maior autoridade do juiz é a sua autoridade moral, no sentido de imparcial, honesto, conduta reta. Não tô dizendo que o juiz tem que ir na missa, não pode se divorciar, que o juiz tem que ser hétero, homo... tá entendendo, as pessoas têm que respeitar. Quando um juiz, daí eu falo da nova geração, expõe no seu Instagram ou no seu facebook tomando uma cerveja de biquíni na praia, na segunda o advogado olha diferente pra ela, o réu olha diferente pra ela. E não olha mais com admiração, olha com uma intimidade. Ao acontecer isso, acho que pode ter impacto nas decisões. “Ah, essa juíza não sabe nada, tava tomando cerveja quando tomou essa decisão”. Então, acho que essa superexposição, sobretudo essa geração mais nova, claro que tem os mais velhos que adoram fazer coluna social. Mas você tem sobretudo os mais novos, isso pode impactar negativamente (Juiz 8).

Segundo o juiz 8, a pessoa para ser juiz tem que ter um perfil discreto, de não gostar de chamar a atenção:

E o perfil do juiz é de pessoas que buscam menos holofote. Ele é um cara que gosta do direito, é um cara que quer julgar, mas é um cara que não quer confusão pro lado dele. Juiz não gosta de confusão. A confusão é mais armada pelos promotores e advogados, juiz não sai dando confusão. Voltamos aquela história, é a sobriedade da toga. É por isso que eu acho complicado ficar postando foto com a cerveja com biquíni ou três namoradas no iate (Juiz 8).

O juiz 8 acrescenta que os magistrados também deveriam tomar cuidado com aquilo que publicam em suas redes sociais, ampliando o entendimento de que os juízes devem ser discretos não apenas em sua atuação profissional, não comentando publicamente casos que estão trabalhando, mas em suas vidas privadas. Publicar fotos pessoais, em situações descontraídas, pode prejudicar a sua imagem.

Ainda sobre a imagem do judiciário, o juiz 12 diz que:

Judiciário tem muito daquela “mulher de César”, né? Além da honestidade em si, que precisa estar presente sempre, é precisa parecer honesto. Então o cuidado, nesse aspecto, em manifestações e mesmo das decisões devem ser levados mais em conta no momento da atuação, mesmo que essa atuação, na condição de magistrado seja na hora de dar uma entrevista, por exemplo (Juiz 12).

Para o juiz 8, era mais confortável ser juiz há vinte, trinta anos atrás porque havia menos exposição:

Você só precisava sentenciar, falava nos autos, as decisões eram menos discutíveis. Então hoje você tem que viver num equilíbrio que é falar nos autos, porque é o que importa, sem queimar a largada. Que é o que eu vejo que o ministro Gilmar Mendes faz a torta e a direita e o ministro Barroso fez, e outros juízes fazem também, eu cito esses dois porque eles são nacionalmente conhecidos (Juiz 8).

O juiz 13 é categórico em dizer que juiz não deveria participar de redes sociais, pois esses canais expõem diferenças no interior do Poder Judiciário que podem gerar insegurança jurídica:

É, juiz não tem que ter torcida, não tem que ter Facebook, acho que juiz não precisa ter Facebook, eu não tenho Facebook... a não ser que ele seja professor, que tenha uma outra atividade de ordem acadêmica, etc, mas acho que juiz não tem que ter isso, acho que ele tem que ser mais comedido nas suas manifestações, né, nas suas adesões e a sua discricção tem que ser mais cuidadosa, tem que ser mais seletiva (Juiz 13).

No entanto, para o juiz 16, a questão das redes sociais é algo incontornável e que deve ser enfrentado pelo judiciário, destacando o contexto de polarização pelo qual o país vem passando.

Lógico que eu acho que a justiça está começando a enfrentar um desafio muito grande, que ainda não sabe como resolver, que é esse acompanhamento pelas redes sociais. Então qualquer decisão que se dê, você é facilmente colocado ou num grupo ou em outro. E o grupo que não se identifica com a sua decisão... você é destruído em pouco segundos, né. Facilmente. E isso é uma realidade. Uma realidade que muitas vezes parte de ódios e de falta de conhecimento... não é conhecimento técnico, mas conhecimento de uma realidade de todos os dados que estão presentes no processo (juiz 16).

Para o juiz 17, as redes sociais são uma realidade incontornável, mas esse meio tem que ter um uso institucional, deveria ser um canal de comunicação organização com a população, e não do juiz como indivíduo, divulgando opiniões que podem divergir do entendimento geral do Judiciário. Para o juiz 17, o Tribunal de Justiça, por exemplo, usa bem as redes sociais para divulgar informações sobre a Lei Maria da Penha, Feminicídio, entre outros temas de interesse público. O juiz não tem que se manifestar, “o juiz é solitário”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mobilizarmos diversos trechos das entrevistas com os juízes, é notório não haver apenas uma percepção acerca do uso ou veiculação da imagem dos magistrados nas mídias e redes sociais, mas outras possíveis. As falas mais recorrentes apontam a importância, bem como a problematização, de como se dá a comunicação (exposição pública), seja das atividades que realizam ou da conduta desejada ou mesmo passível de críticas.

A autoridade, sobretudo, a noção de legitimidade sobre a conduta dos juízes, percorre muitas passagens e ilustram situações corriqueiras que circunscreve a atividade da judicatura. As formas que os magistrados se leem ou interpretam os pares diante da exposição na mídia e redes sociais é termômetro da complexidade e da maneira como avaliam os limites desta exposição. O ponto de partida para nossa reflexão foi considerar a legitimidade pela chave da inter-relação entre os cidadãos e os servidores públicos, considerando as condições e qualidade desse contato (Tyler, 2003). As mídias, e o protagonismo que passaram a ter, precisam ser consideradas nessa relação, tendo em vista que produzem discursos sobre a instituição e, conseqüentemente, sobre os atores do sistema de justiça. A população muitas vezes tem esses canais como único meio de acesso à informação sobre o funcionamento de órgãos, como é o caso do Poder Judiciário. Isso foi constantemente ressaltado pelos juízes entrevistados. Todavia, não parece haver consenso, a

partir das falas destacadas nas entrevistas, sobre qualidade da informação que é veiculada, bem como as consequências disso para a própria imagem do Judiciário. O que se verifica, em apontamentos distintos e até polêmicos sobre a participação dos juízes nas redes sociais, por exemplo, é a reposição dos desafios à legitimidade diante de cenário controverso, muito envolto às frustrações da população em relação aos serviços prestados. Fato esse acentuado quando entra em cena um “novo ator”, a mídia, impactando de diversas maneiras a exposição pública dos magistrados, portanto, a construção da própria imagem desses profissionais.

De acordo com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em publicação de 2016, é mencionado que a comunicação foi impactada com a velocidade das redes sociais e pode-se dizer que essas construíram um ambiente fértil e polêmico para discussões via Facebook, Twitter, WhatsApp, Telegram, YouTube, Instagram etc. Nessa perspectiva, a nós parece importante problematizar sobre *o que* e *como* os juízes estão se comunicando pelas mídias, sobretudo nas redes sociais.

No respectivo manual da AMB (2016), o uso das redes sociais pelos magistrados ganha “preocupação”, sobretudo em relação à preservação da imagem dos magistrados veiculadas nesses canais de comunicação. Outro aspecto que a respectiva recomendação sinaliza vai de encontro com as diretrizes do Código de Ética da Magistratura Nacional de 2008, do qual depreende-se o “artigo 16 do Capítulo V acerca da integridade pessoal e profissional”, segundo o qual “o magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral”<sup>6</sup>.

Nesses termos, suas decisões devem ser baseadas na lei, e não em suas escolhas pessoais; quando se manifestam publicamente, mesmo sobre casos que não são de sua responsabilidade, fragilizam a imagem pública do Judiciário como um poder justo e imparcial. Nesse sentido, alguns dos magistrados entrevistados na respectiva pesquisa do NEV disseram acreditar que juízes que expõem a vida privada (postando fotos “na praia e tomando cerveja”) colocam em risco a própria seriedade do Judiciário, incluindo a imagem do Judiciário como um todo.

Outro ponto ressaltado nas entrevistas é a produção de desinformação que as mídias e redes sociais produzem com relação ao papel do Judiciário. A forma como divulgam decisões, como opiniões sobre sentenças são difundidas, cria uma imagem de que a justiça é conivente com o crime e produz impunidade. Para alguns juízes, isto impacta sensivelmente na forma como os colegas vão atuar em determinados casos, já que podem vir a ser “julgados” por suas decisões, muitas vezes contrárias à opinião pública. Alguns trabalhos destacam essa influência midiática no funcionamento do sistema de justiça. Podemos citar a pesquisa de Garcia (2015, p. 13-14) que aborda justamente a maneira como a opinião pública pode impactar nas decisões judiciais, uma vez que a mídia cria discursos sensacionalistas ao divulgar a atuação dos juízes nos casos que possuem clamor público. Além disso, Garapon (1999) destaca que a mídia tende a instigar as notícias com propósito comercial, que está além da mera informação à população. Ainda segundo ele:

Cada órgão da imprensa, além de informar sobre o trabalho da justiça, adota o ponto de vista de uma das partes, pronto para mudar em caso de necessidade no decorrer do processo, revela aos leitores elementos de prova, antes mesmo que a justiça deles tenha conhecimento, analisa o trabalho de cada um e, finalmente, julga em lugar de juízes (GARAPON, 1999, p.77).

---

<sup>6</sup> CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo\\_de\\_etica\\_da\\_magistratura\\_nacional.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf). Acessado em 25/06/2019.

Assim, depreende-se que as condições acima expostas afetariam não somente a percepção que a sociedade tem do Poder Judiciário, mas também, e até mesmo, a decisão do juiz enquanto servidor público.

Quanto aos juízes que avaliam essa exposição como positiva, os mesmos dizem que a maior exposição do judiciário nas mídias favorece a sua popularização, sobretudo nos últimos anos, em que o Poder Judiciário teria adquirido papel importante no combate à corrupção, com destaques para o Mensalão e a Lava Jato. Alguns dos entrevistados avaliaram que a repercussão de ações públicas e contra “crimes do colarinho branco” estariam dando o recado à população de que a justiça “é igual para todos”. Outros acrescentaram a isso a ideia de que o Poder Judiciário ainda seria um dos poderes com maior confiabilidade pública, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativos estariam publicamente desmoralizados sendo considerado por alguns uma das únicas instituições do Estado em que a população ainda confia.<sup>7</sup>

Apesar dessa visão mais otimista, algumas pesquisas<sup>8</sup> trazem reflexões sobre o papel cada vez maior assumido pelos juízes como um ator de peso no cenário político, o que pode impactar na maneira como os princípios de neutralidade, impessoalidade e imparcialidade são considerados. Essa questão do novo poder do judiciário no cenário democrático também foi destacada por Antoine Garapon (1999, p.54), quando ressaltou que esse protagonismo dos juízes pode produzir e legitimar um “governo de juízes”.

Contudo, em que pese as ponderações positivas de alguns juízes sobre a imagem de si perante à população, o índice de confiança na Justiça brasileira (ICJBrasil) da Fundação Getúlio Vargas-SP (2017, p. 14)<sup>9</sup>, demonstra que a confiança no Judiciário vem caindo desde o início da pesquisa em 2013 até o primeiro semestre de 2017. Ainda segundo o relatório da FGVSP, essa informação é significativa ao se considerar que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça. O estudo ainda aponta que mesmo as instituições mais confiáveis do país também foram mal avaliadas, especialmente a partir de 2014, dentre elas as Forças Armadas, a Igreja Católica, o Governo Federal, o Ministério Público, as Grandes Empresas, o Congresso Nacional e a Polícia. As organizações que mantiveram certa estabilidade nos últimos cinco anos foram as Emissoras de TV e os Partidos políticos.

Ainda assim, é importante salientar o papel cada vez mais destacado do Poder Judiciário na arena política, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988 (Sadeck, 2004). O protagonismo dessa instituição tem os mais variados impactos, seja para o estado democrático de direito, seja para a imagem do próprio judiciário e de seus profissionais. Nosso objetivo com o presente artigo foi colaborar com o campo de debates sobre a imagem do judiciário e o tema da legitimidade, mas sabemos que ainda há muito que ser pesquisado nesse campo.

---

<sup>7</sup> Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-senhor-esta-achando-que-esta-onde-a-pedagogia-da-justica-brasileira-03062019>. Acessado em 30/07/2019.

<sup>8</sup> Pesquisas empíricas sobre o papel do juiz e do judiciário brasileiro vem sendo realizadas nos últimos anos, sobretudo após os novos papéis desse poder originados da Constituição de 1988. Werneck Viana é uma das principais referências no que se refere ao tema da judicialização da política no Brasil, com diversas pesquisas realizadas (Vianna et al.,1997, 1999; Vianna; e Burgos, 2002, 2005). Outros trabalhos pontuam os problemas que o ativismo judicial pode trazer ao cenário democrático (Barbosa e Kozicki, 2012; Canotilho, 2000)

<sup>9</sup> Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>. Acesso em 15/08/2019.



## REFERÊNCIAS

- AMB. **Manual da AMB para magistrados o uso das redes sociais**. Disponível em [http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Manual-da-AMB-para-magistrados\\_-o-uso-das-redes-sociais\\_SITE\\_v2.pdf](http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Manual-da-AMB-para-magistrados_-o-uso-das-redes-sociais_SITE_v2.pdf). Acessado em 25/06/2019
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, 8(1), p. 059-085, 2012.
- BONELLI, Maria da Glória et al. **Profissões jurídicas, imagem pública**. EdUFSCarlos. São Carlos. 2006.
- BRADFORD, B.; QUINTON, P. Self-legitimacy, Police Culture and Support for Democratic Policing in an English Constabulary. **British Journal of Criminology**, v. 54, nº 6, p. 1023-1046, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- FGV. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017**. Disponível em [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_icj\\_1sem2017.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf)
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luíza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz**. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015.
- HEITOR, Pedro. **‘O senhor está achando que está onde?’: a pedagogia da Justiça brasileira**. JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-senhor-esta-achando-que-esta-onde-a-pedagogia-da-justica-brasileira-03062019>.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, aug, 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>>.
- TANKEBE, Justice. **Rightful Authority**: Exploring the Structure of Police Self-Legitimacy (September 22, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2499717> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2499717>.
- TYLER, Tom R. Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law. The University of Chicago Press. **Crime and Justice**, Vol. 30, pp. 283-357, 2003.
- TYLER, Tom R. Restorative justice and procedural justice: dealing with rule breaking. **Journal of Social Issues**, Vol. 62, No. 2, pp. 307—326, 2006.
- TYLER, Tom R. **Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance**. New Haven, CT: Yale University, 1990.
- VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, M. A. R. de, Palácios, M.; BURGOS, M. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro, Revan, 1997.



# GP 31

**MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E  
MOVIMENTOS SOCIAIS: IMPACTOS  
ACADEMICOS E POLÍTICOS**

**Coordenação:**

Celly Cook Inatomi (INCT-INEU)

Fabiola Fanti (CEBRAP)



## AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO PDDU SALVADOR: UM ESTUDO DA EFICÁCIA DEMOCRÁTICA À LUZ DOS ATORES DO PROCESSO

Cláudia Albagli Nogueira Serpa

Doutora em direito público. Professora Adjunta (UFBA; Faculdade Baiana de Direito).

### INTRODUÇÃO

O estado democrático de direito passa, sobretudo, pelo imperativo de tornar o cidadão parte colaboradora do funcionamento do Estado, sendo indispensável à sua maturidade como regime político. Esse projeto da democracia como algo em permanente construção passa pelas várias óticas do cotidiano, inclusive a do espaço urbano, que é o local primeiro de realização das nossas condições existenciais, espaço de afetos, de pertencimento e de formação do eu político de cada sujeito.

Daí que concretizar a participação social no debate sobre política urbana tenha deixado de ser uma opção para tornar-se condição *sine qua non*. Trazer a sociedade para o debate e para a cooperação na elaboração dos diplomas legislativos tornou-se fator imprescindível à gestão democrática da cidade. Esse debate se inicia com o Movimento Nacional da Reforma Urbana lá nos anos 80 e irá culminar no Estatuto da Cidade e sua exigência da obrigatoriedade de ampliação da discussão legislativa à população diretamente atingida.

Salvador é, atualmente, a terceira maior cidade do país, de grande riqueza natural, histórica e cultural, mas, ao mesmo tempo, prenhe de desigualdades e sujeita a políticas públicas pontuais, que não prospectam mudanças e que chegam ao grande público de maneira verticalizada, sem a possibilidade do contributo democrático. Historicamente, Salvador foi marcada por esse descompasso entre legislação, políticas públicas e reais demandas sociais.

O presente artigo analisa o processo de aprovação do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador (Lei Municipal n° 9069/2016), doravante chamado PDDU 2016, que teve o seu processo legislativo deflagrado no ano de 2014, através do Projeto de Lei n.º 396/2015, e buscou cumprir a exigência de democratização do processo realizando audiências públicas prévias com a finalidade de escuta sociedade. Foram ao todo dezenove audiências públicas, todas registradas em ata, através das quais se desenvolveu a presente pesquisa.

O propósito foi averiguar a efetiva participação popular no processo, assim como a interação dos atores nele envolvidos (população participante e membros do legislativo). Buscou-se compreender essa dinâmica e em que medida houve a efetiva concretização da participação popular. Para tanto, as atas das audiências públicas são parte integrante e indispensável, realizando-se análise percutiente das atas publicadas e, a partir delas, buscando conhecer um

pouco do processo legislativo, da efetiva participação da população, de como se deu a interação com os membros do legislativo e outros atores que se apresentaram ao longo do processo, bem como observar, através da transcrição documentada, como as demandas são apresentadas e se resultaram em algo.

A segunda unidade de análise (demandas apresentadas) apresenta quais os tipos de demandas trazidas ao espaço do debate, observando se elas se constituem em fala propositivas ou não, bem como se há efetivamente uma relação dialógica entre legislativo e cidadãos partícipes.

A pesquisa também traz à discussão a participação daqueles atores não previstos no desdobramento lógico das audiências e que acabaram por ter papel essencial no desdobramento e resultado do processo legislativo; a exemplo das Comissão Técnica do PDDU. Igualmente utilizamos como referência alguns dos elementos levantados para avaliar a presença ou não de grupos de interesses, a capacidade de gerar desenvolvimento e de ampliação do diálogo público.

Foram, portanto, analisadas atas das audiências realizadas entre dezembro 2015 e maio de 2016 no âmbito da Casa Legislativa, todas extraídas do site da Câmara Municipal de Salvador<sup>1</sup> e que são de acesso público.

O trabalho está distribuído em três seções: a primeira faz um breve esboço histórico da Cidade do Salvador; a segunda trata da compreensão da cidade como dimensão política materializada; por fim, na terceira são trazidos os resultados da pesquisa feita a partir da análise de discurso das atas das audiências, observando alguns resultados produzidos ao longo do processo e a sua relação com a efetividade da participação social e, em última análise, a relação entre Poder Legislativo e população, buscando compreender como se deu essa interação e qual o possível saldo democrático do processo.

## **SALVADOR ONTEM, HOJE E SEMPRE**

Salvador não é e nunca foi uma cidade com potencial industrial. Encaixa-se ela melhor no codinome de “cidade espetáculo” (SOUZA, 2000) e, como tal, sendo consumida enquanto ambiente, deve trazer para si a responsabilidade pelos inúmeros problemas sociais, mormente a questão da pobreza, ainda tão presente e evidente convivendo, lado a lado, prédios luxuosos de vidros verdes e enormes favelas; a pujança e o consumo do supérfluo, com a ausência e as carências mais essenciais.

O modo como historicamente foi pensada (ou não!) a política urbana da cidade diz muito sobre o que falamos. Toda a trajetória soteropolitana foi marcada pela ausência de planejamento e, principalmente, de participação.

Além de primeira capital do Brasil, Salvador foi também um dos primeiros centros urbanos, desenvolvendo-se em torno de uma geografia peculiar, que separa a cidade em partes alta e baixa. O frontispício de Salvador, mais do que uma marca geográfica, tornar-se-á uma marca urbana, dividindo desde o seu processo de formação a cidade em duas.

Através da Baía de Todos os Santos vai progredir um intenso comércio de bens primários trazidos do recôncavo baiano (BAETA; CARDOSO, 2014), tornando a então capital do Brasil um dos principais centros urbanos da América. Durante séculos a cidade girou em torno da vida da cidade baixa para a cidade alta, vindo daí uma das marcas registradas da cidade: o Elevador Lacerda, primeiro elevador urbano do mundo, inaugurado em 1873. Juntamente com ele, outros

---

<sup>1</sup> Cf. site disponível em: <http://www.cms.ba.gov.br>. Acesso em: 3 jul. 2017.

ascensores tornaram peculiar a forma de deslocamento em Salvador, compondo a história urbana da cidade. São eles: Plano Inclinado Gonçalves; Plano Inclinado Liberdade – Calçada; Plano Inclinado Pilar; e Elevador do Taboão (SANTOS; FREITAS; SOUZA, 2010).

Essa ausência de política urbana provocou uma estagnação que durará até a primeira metade do século XX. Somente nos anos 40 com o EPUCS (Escritório do Plano Urbanístico da Cidade do Salvador) é que se pode falar num acontecimento em termos de política urbana para a Cidade do Salvador. É ele resultado de elementos trabalhados ao longo da Semana de Urbanismo realizada entre os dias 20 e 27 de fevereiro de 1935 onde se procurou casar elementos modernizadores da arquitetura urbana com a preservação do patrimônio histórico. Foi uma iniciativa absolutamente inovadora para o período, concebendo a cidade como algo evolutivo, enfatizando história local como elemento chave para corrigir as distorções do meio econômico e social. A grande questão foi não encontrar no ambiente político-administrativo do município de Salvador espaço para tornar-se realidade.

Nos anos 60, no Governo Antônio Carlos Magalhães, com a Lei de Reforma Urbana (Lei Municipal n.º 2130/1968) provoca mudanças significativas na paisagem soteropolitana, algumas delas inspiradas no projeto EPUCS. Surgem novos vetores de crescimento (Amaralina, Pituba, Boca do Rio e a atual região do “Iguatemi”), assim como as avenidas de vale, levando à extirpação de assentamentos de populações pobres que ocupavam essas regiões e que correspondiam os fundos dos numerosos vales de Salvador (CARVALHO; PEREIRA, 2008).

O processo de crescimento que alcança Salvador no fim da década de sessenta em diante, ocorre sob cessão à especulação imobiliária, representando algo que historicamente marca a trajetória de ocupação de Salvador e se repetindo em outros momentos. São processos de exclusão social, de deslocamento de populações pobres para as regiões periféricas, sempre a partir de decisões verticalizadas e sem qualquer procedimento de consulta e participação popular (PENTEADO FILHO, 1991).

Como herança, a ausência de planejamento dos espaços públicos, a lógica excludente que deu prioridade aos automóveis particulares e o adensamento da zona econômica numa mesma região da capital baiana. Questões essas que vão se refletir de modo problemático, especialmente a partir do final da década de 1990, prosseguindo ainda como algo a ser resolvido.

Durante os anos 80 houve uma iniciativa de atualização da legislação urbanística durante o governo de Manoel Castro (1983-1986) com a aprovação das leis de uso e ordenamento do solo (Lei Municipal nº 3377/84), do PDDU (Lei Municipal nº 3.525/85) e da Lei do Processo e Planejamento de Participação Comunitária (Decreto Municipal nº 7139/84), esta última uma novidade ao propor a abertura democrática nas decisões do município, já anunciando a retomada do regime que se pronunciava no país.

Quando o problema de locomoção da população já era urgente, a criação de novas alternativas de transporte urbano e de novos vetores de desenvolvimento tornou-se agenda permanente da comunidade política e aparecerão através dos Planos Diretores de Desenvolvimento Urbano (PDDU) dos anos de 2004 e 2008. Nestes pensa-se uma nova centralidade no antigo Centro Industrial do Retiro, região estratégica por estar no intermédio entre importantes avenidas (Barros Reis, ACM, Luiz Viana Filho) e rodovias (BR-324 e BA-099), estabelecendo como prioridade corredores de acesso para veículos de transporte coletivo, veículos de carga e instalação das primeiras linhas do metrô (SANTOS; FREITAS; SOUZA, 2010, p. 14).

Contudo, os PDDUs de 2004 e 2008 são marcados por processos legislativos açodados, onde a participação popular, que a essa altura já havia se tornado uma exigência legal definida

pelo Estatuto da Cidade, foi realizada apenas *pró-forma*, numa dimensão exclusivamente procedimentalista, sem ater-se às críticas e propostas trazidas pela população. Não se verifica nenhum desdobramento prático disso nos resultados produzidos através das respectivas legislações (CARVALHO, 2011, p. 90)

Tanto assim que o PDDU 2016 será resultado de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN) movida contra a Lei Municipal nº 7.400/2008 (PDDU 2008) e a Lei Municipal nº 8167/2012 (altera PDDU) de Salvador, em virtude do desrespeito ao procedimento constitucional requerido para esse tipo de modificação: a participação cidadã nas deliberações tomadas.

Após a declaração de inconstitucionalidade, iniciou-se, na atual gestão municipal, planejamento para aprovação de um novo Plano Diretor com o objetivo de sanear o problema jurídico constituído e traçar novas metas para o desenvolvimento urbano de Salvador. No bojo dessa proposta estrutura-se também o denominado Plano Salvador 500, que se apresenta como um planejamento estratégico da cidade, de longo prazo, e que trabalha para o marco dos quinhentos anos da capital no ano de 2049<sup>2</sup>.

O processo de aprovação do PDDU 2016 e tudo que está no seu entorno é que nos interessa para a pesquisa que se segue.

## **A CIDADE COMO DIREITO: PARTICIPAÇÃO POPULAR E ESPAÇOS DE DECISÕES**

Abordar o processo recente da mudança legislativa da Cidade de Salvador e a sua interface com os atores partícipes, especialmente sob o prisma da efetivação ou não da participação popular, nos leva à compreensão da cidade como espaço de concretização política e de arranjos sociais.

A cidade - ou o município enquanto ente federativo - é o primeiro e principal espaço de interação política do indivíduo, uma vez que é nela que construímos o nosso cotidiano, que materializamos as nossas dimensões políticas, sociais e econômicas e, principalmente, que devemos pensar o patrimônio social a ser legado às futuras gerações. Castells (2009, 159), ao analisar o “comportamento urbano”, trabalha esse sentido da existência de um sistema de valores que é produzido no espaço da cidade e que é resultado, entre outras coisas, da intensidade das relações de vizinhança e da busca constante da afirmação de um status social.

Nada disso, contudo, é possível sem que haja a escuta e construção plural das diretivas normativas da cidade. Em outras palavras, definir diretrizes urbanas implica em trazer minimamente a legitimação social mediante a efetiva participação popular. A interação entre o homem e o meio onde ele vive que definirá a organização do processo de urbanização, sendo a sua escuta uma necessidade (CASTELLS, 1975).

Nas palavras de Lefebvre (1991, p.27), a oposição entre o valor de uso da cidade (a cidade, a vida, o tempo urbano) e o valor de troca da cidade (os espaços comprados e vendidos, o consumo dos produtos, dos bens, dos lugares e dos signos) é que coloca frente a frente as questões sociais, as diferenças latentes e os espaços de luta. É dessa dicotomização dada à urbe que há de derivar os embates sociais, no sentido do confronto de anseios e de perspectivas, transformando a cidade na visão materializada do palco político.

Nas duas últimas décadas, especialmente, ganhou bastante espaço a chamada governança participativa. Primeiro, tendo como traço mais marcante o otimismo em relação ao que esta

---

<sup>2</sup> Cf. [www.plano500.salvador.ba.gov.br](http://www.plano500.salvador.ba.gov.br)

poderia significar para a eficiência das políticas públicas e para a democracia. E, nesta última década, já mais na necessidade de avaliar a participação, os impactos distributivos e se há realmente a viabilização de políticas mais justas (COELHO; FAVARETO, 2011, p. 238).

A governança participativa deve significar inclusão de amplo espectro de cidadãos, circulação intensa de informações, transparência do processo político e, especialmente, a intensificação do debate político. Este último sendo o objeto principal desta investigação, para entender de que modo se deu a participação na aprovação do PDDU de Salvador, em que medida propiciou a intensificação do debate público e quais os resultados produzidos a partir da interação dos atores envolvidos.

A cidade, como palco dessa perspectiva participativa, permite pensarmos a assunção coletiva dos custos pelo poder público e cidadãos, a ampliação dos horizontes democráticos através do envolvimento direto da sociedade (CRUZ, 2016, p. 32), sendo as audiências públicas um espaço privilegiado para essa observação e avaliação de resultados.

Compreendidos esses pressupostos, são trazidas três questões para análise e que se relacionam com a questão da cidade como espaço de confrontos sociais, como dimensão política materializada: 1) compatibilidade entre participação social e grupos de interesse; 2) relação participação social x desenvolvimento; 3) relação participação social e geração de cooperação/diálogo.

Em relação ao primeiro item, compatibilidade entre participação social e grupos de interesse, destaca-se, principalmente, os interesses econômicos no sentido de “valor de troca”, já mencionado na referência à obra de Lefbvre. A princípio, a própria participação democrática se notabiliza como prática contra-hegemônica, que serve para trazer à pauta demandas que em regra são excluídas da agenda pública. Já o Estado funciona como mediador na possibilidade de conflitos surgidos, mas não tem a capacidade de impedi-los, salvo mediante uso da força, o que seria um contrassenso no contexto dos processos participativos.

A segunda questão relacionada ao planejamento do espaço urbano e à participação social se refere à necessidade de raciocinarmos como a participação social pode representar incremento ao desenvolvimento, ou seja, melhoria das condições quantitativas (capacidade produtiva) e qualitativas (bem estar social).

Coelho e Favareto (2011, p. 244), propõem como nexos possíveis em primeiro lugar a disseminação da participação social e a capacidade de gerar incentivos em esferas mais amplas da vida política e econômica do local. Em outras palavras, exorbitar das esferas tradicionalmente participativas para as camadas sociais excluídas dos espaços políticos. Os autores ainda mencionam a possibilidade de gerar desenvolvimento pela inclusão daquelas camadas que efetivamente importam para a organização da vida política ou econômica da localidade.

Por fim, tratam da aderência ou sensibilidade destes mecanismos participativos e processos sociais aos principais conflitos e estruturas que respondem pela “baixa dinâmica econômica”, pelas formas de bloqueio democrático ou progressão das liberdades humanas. A ideia é de que esta relação é inexcedível para que se possa falar em desenvolvimento como resultado da participação, caso contrário os espaços de voz ativa da população são apenas placebos democráticos.

Uma última questão relativa à cidade como dimensão política materializada refere-se às à capacidade de mobilização social e de através desta gerar cooperação e diálogo. A literatura relacionada ao tema já tem como questões certas o alto custo dessa participação para as populações envolvidas (custos sociais e econômicos), como também o fato da ineficácia dessa

participação gerar desestímulo no processo, além de reforçar a sensação de submissão dos atores hipossuficientes (COELHO; FAVARETO, 2011, p. 249). Esse último ponto em especial será objeto específico da análise que será desenvolvida no item subsequente a partir das atas das audiências públicas ocorridas em Salvador no ano de 2016, cruzando os dados entre atores partícipes e demandas apresentadas propõe-se a compreensão desses itens anteriormente apontados.

## **A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS ESPAÇOS INSTITUCIONALIZADOS**

Essa questão está ligada à própria trajetória histórica do país e a aquilo que ficou conhecido como Movimento Nacional de Reforma Urbana (MNRU). Esse movimento procurou reverter um quadro histórico de crescimento rápido e desordenado das principais cidades brasileiras<sup>3</sup> associado a políticas públicas que privilegiavam interesses mercadológicos e deram lugar a processos de especulação imobiliária e ocupação precária em áreas periféricas e informais sem qualquer política social específica (BRASIL; CARNEIRO, 2011, p.76).

A luta foi pela inclusão na pauta dos movimentos de redemocratização do país do significado dos direitos à vida na cidade, a função social da propriedade urbana e da necessidade de democratização e horizontalização da gestão.

O MNRU encontrará seus primeiros resultados a partir da Assembleia Constituinte que abre oportunidade para incorporação dessas demandas e ouvida das forças populares (movimentos sociais, organizações da sociedade civil que tratavam da moradia, mutuários), culminando no capítulo sobre política urbana (arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988). Nesse processo é importante destacar que foram realizadas audiências públicas onde se ouviu entidades, autoridades e profissionais. Também audiências itinerantes que rodaram o Brasil para colher opiniões (BASSUL, 2005, p. 102).

De tudo foi produzida a Emenda Popular da Reforma Urbana, n.º63/87, de responsabilidade da Federação Nacional dos Engenheiros, Federação Nacional dos Arquitetos e do Instituto de Arquitetos do Brasil, além de movimentos sociais e Associação de Mutuários do BNH (MARICATO, 1988.).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é, portanto, ponto de partida para uma série de desdobramentos políticos-jurídicos que se realizaram nas décadas seguintes e que produzem, entre outras previsões legais, o Estatuto da Cidade, principal instrumento normativo de política urbana de caráter infraconstitucional. Segundo Brasil e Carneiro (2011, p. 77), a concepção do Estatuto da Cidade encarna os princípios da função social da propriedade e da gestão democrática das cidades.

Nos doze anos entre proposição do Estatuto e sua aprovação (1989-2001) houve longos e importantes embates podendo-se considerar vitorioso o texto final pelo seu papel de consagração das ideias de função social da propriedade urbana e gestão democrática da cidade como premissas necessárias à legitimação desses processos.

Para o desdobramento das linhas seguintes é essencial este último aspecto referente à gestão democrática como exigência para aprovação do Plano Diretor, dando igualdade de voz à comunidade (representação popular), empresariado e poder público<sup>4</sup>. A previsão da ampla

---

<sup>3</sup> Na década de 40 a população urbana do país era de 31,2% (trinta e um virgula dois por cento) passando para 75% (setenta e cinco por cento) na década de 90 e adquirindo patamares ainda mais elevados nos anos 2000. Disponível em: [www.mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/reforma\\_urbana.htm](http://www.mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/reforma_urbana.htm). Acesso em: 3 jul. 2017.

<sup>4</sup> “Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates,



participação popular ainda encontra obstáculos à sua efetivação, mas será condição *sine qua non* para que se aprofunde os aspectos da dinâmica da relação entre os diferentes atores políticos do processo ocorrido em Salvador ao longo dos anos 2015/2016.

## **PDDU 2016, O PROCESSO LEGISLATIVO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: ESTUDO DE CASO**

O PDDU 2016 é reflexo de um questionamento judicial do PDDU 2008, especialmente em razão de emendas a ele realizadas (Lei Municipal nº 8.167/2012) que são consideradas praticamente um novo PDDU e que foram aprovadas à revelia da participação popular, num processo legislativo açodado e cheio de vícios. Justo por essa razão houve questionamento judicial com a declaração de inconstitucionalidade do diploma legislativo e suspensão da execução das atividades nele fundamentadas.

O PDDU 2016 é, também, parte do projeto Salvador 500, que se constitui num documento de planejamento para os próximos trinta anos, até quando se complete os 500 anos da Cidade de Salvador no ano de 2049. Portanto, a ideia é de que ele seria parte de um conjunto de medidas que buscam preparar a cidade para o seu aniversário de cinco séculos.

A aprovação da Lei Municipal nº 9.069/2016 se deu num processo político longo (foi deflagrado em 2014 e concluído em 2016), com importantes nuances que ultrapassam o protagonismo do Legislativo, a exemplo do resultado dessa pesquisa onde o foco é a sociedade e a sua colaboração na definição da legislação.

Em números, foram 19 audiências públicas realizadas, sendo dessas 12 audiências *temáticas* (que abordam temas específicos relativos aos capítulos do PDDU, sempre havendo nestas uma exposição prévia de técnico da Prefeitura convidado); 4 audiências *devolutivas* (que serviam a responder às proposições feitas no plenário ou encaminhadas por e-mail criado para esta finalidade). E, por fim, 3 audiências de *apresentação do relatório final*.

O rito dessas audiências públicas foi definido em Regimento Interno criado para este fim, onde foi posto as condições da participação popular, o cotejamento das falas com os membros do legislativo e o seu tempo, bem como a previsão das audiências devolutivas.

## **ANÁLISE DAS ATAS**

### **Atores do processo**

O elemento humano e sua face ativa à serviço do processo democrático foi o que interessou ao longo da extensa leitura das dezenove atas das audiências públicas. Entender quem são esses atores, de que modo eles chegam até o processo e qual a sua capacidade de interferir no projeto de lei do PDDU em nome da comunidade, foi o que mobilizou todo o processo de investigação.

---

audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; V – (VETADO). Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.”

Pelo menos três categorias de atores foram identificadas: os populares, os técnicos partícipes e os membros do Legislativo.

Em relação à participação popular registre-se que foi ativa do início ao fim do processo, havendo grande número de inscrições em todas as audiências públicas. Esses atores populares interagiram tanto pela participação direta de cidadãos que compareceram e se manifestaram em seu próprio nome, com falas críticas ou propositivas, como também atores populares que lá estiveram para falar em nome de alguma associação de bairro, conselho de classe, movimento social ou entidade da sociedade civil. Neste espaço fizeram-se presentes, inclusive, movimentos surgidos a propósito do processo de definição de políticas urbanas, como o movimento Participa Salvador, Vozes de Salvador, Mobicidade ou Movimento Salvador sobre trilhos. Todas essas são organizações constituídas na cidade de Salvador e a propósito de acompanhar e atuar em prol de políticas públicas que atendam às comunidades. Por si, isso já representa um dado relevante já que indica a existência de consciência partícipe e agregação de interesses coletivos com vistas a interferir no processo democrático.

As associações de moradores não foram em grande número<sup>5</sup>, se considerada a importância do diploma legislativo. Algumas associações se fizeram presentes em grande parte das audiências, como a Associação de Moradores do Cassange, Associação de Periperi, Associação de Moradores do Loteamento Itagira. Já outras associações se manifestaram apenas pontualmente, em regra quando o assunto lhes atingia diretamente, como Associação de Moradores de Jaguaribe na 5ª audiência quando se tratou da questão ambiental.

Em relação aos conselhos de classe, algumas foram muito atuantes e se fizeram voz ativa na maioria das audiências públicas, como o Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU), através do Sr. Carl Hauenschild, ou o Instituto de Arquitetos da Bahia (IAB) através do Sr. Henrique Barreiros. Estes dois mencionados compareceram em todas as audiências públicas, sempre usando da palavra. Ainda outras entidades tiveram participação, a exemplo da SINDUSCON (Sindicato da Indústria da Construção da Bahia), ADEMI (Associação de Dirigentes do Mercado Imobiliário da Bahia) e o Instituto de Direito Mobiliário.

A segunda classe de atores partícipes identificada foram os técnicos convidados a colaborar nas audiências públicas, sempre sendo alguém que guarda relação de pertinência com a temática das audiências, além dos técnicos que compunham a denominada Comissão Técnica do PDDU e que atuaram em todas as audiências, com destaque para as devolutivas.

O corpo técnico era sempre convidado a dar a sua colaboração no início das audiências, destrinchando capítulo do PDDU que seria abordado naquela oportunidade e agregando informações e explicações sobre os institutos regulados pela legislação, as mudanças a serem promovidas e de que modo aquilo alcança à comunidade. Estes técnicos, em sua maioria<sup>6</sup>, são membros do Poder Executivo, compondo as Secretarias Municipais de suas respectivas áreas. Isso, inclusive, foi objeto de crítica pela população partícipe uma vez que poderia sugerir alinhamento entre legislativo e executivo, esvaziando o possível papel de fiscalização a ser cumprido pela casa legislativa. Esta acabaria se tornando mera chancela das diretrizes do Executivo, sem compor a sua função de mediadora entre sociedade e Poder Executivo.

---

<sup>5</sup> A contabilização dessas entidades não foi possível porque não há disponível para pesquisa as listas de presença dos participantes de cada uma das audiências públicas. Dessa maneira, o que foi avaliado foram aquelas associações que intervieram ao longo do processo. Mesmo nesse caso, é ainda difícil indicar números precisos, o que demandaria criarmos uma classificação quanto ao que seriam falas passíveis de serem consideradas, ou aquelas que são intervenções que não implicam em influência no processo (ex: intervenção para correção de um nome registrado).

<sup>6</sup> Em todas as audiências em que houve convite para a fala de técnicos, na composição da mesa estava pelo menos um membro de secretaria municipal, podendo ou não ter um convidado externo.

Já a Comissão Técnica do PDDU, formada pela arquiteta Lídia Santana, o advogado Mário Marcelino e a servidora da Câmara Municipal de Salvador, Ivani Pimentel Melo, embora não tenha sido localizada qualquer dado oficial nos sites da Câmara Municipal, constatou-se através da pesquisa in loco, que esta foi constituída a propósito do processo do PDDU, exclusivamente com a finalidade de auxiliar os membros do Legislativo através de esclarecimentos, análises e estudos técnicos que sirvam ao aperfeiçoamento do Plano Diretor. Foi, portanto, uma comissão de caráter temporário e em condições muito peculiares, já que não há indicação de quais foram os critérios para escolha e composição da Comissão, nem de como se deu esse processo.

Da análise das atas constata-se que a comissão técnica se tornou instância fundamental. Além de presente a todas as audiências públicas, coube a ela o papel de triagem e aviso de compatibilidade entre as propostas trazidas pelos cidadãos e o Plano Diretor proposto. Assim, funcionou como a principal interlocutora entre a população partícipe do processo e os membros do Legislativo, cabendo-lhe a relevante função de emitir juízo sobre quais propostas deveriam ou não ser levadas à votação quando do PDDU. Tornou-se uma espécie de filtro ao debate público que se imagina gerado num espaço como o das audiências. Filtro porque, num formato definido unilateralmente (as audiências devolutivas), coube a esses técnicos sugerir aquelas mudanças propostas pela sociedade que podem ou não ser incorporadas ao projeto final ao PDDU a título de emenda.

A terceira e última classe de partícipes são os vereadores, por prévia definição, parte obrigatória desse processo, uma vez que é a Casa Legislativa a quem cabe convocar as audiências definir a sua tramitação a ser parte atuante nelas. Ademais, são os vereadores quem irão dar a palavra última quanto às emendas a serem incluídas no PDDU e a sua própria aprovação.

A Câmara de Salvador é composta por 43 (quarenta e três) vereadores, sendo que à época da votação do PDDU, desses 43, apenas 11 eram declaradamente oposição, os demais 32 vereadores compunham a base do governo, à exceção do vereador Edvaldo Brito que se considerava independente. O quadro político, portanto, era de maioria absoluta para o Governo, tornando-se as audiências ainda mais relevantes à garantia que interesses não coincidentes fossem ouvidos, que a população se fizesse parte do processo tendo demandas contempladas.

Em relação à participação dos membros do Legislativo, o que se extrai da leitura das atas é que esta foi bem aquém do que se pode esperar dada a relevância do processo em questão, além de na maioria do tempo não se dar em diálogo com a comunidade presente.

Alguns vereadores estiveram presentes a todas as audiências em virtude da sua relação institucional com o processo. Assim, foi com os vereadores Léo Prates (relator), Arnando Lessa (presidente da Comissão de Planejamento Urbano e Meio Ambiente) e o Presidente da Câmara, Paulo Câmara. Alguns outros se fizeram presentes a muitas sessões, como os vereadores de oposição Hilton Coelho, Gilmar Santiago e Silvio Humberto.

A grande questão é que esses vereadores de oposição, além de em menor número, tiveram participações muito mais críticas que propositivas. Não que a crítica não seja necessária, mas a ausência de proposições esvazia o espaço da oposição, retirando a chance de demandas de grande interesse social aparecerem e serem contempladas na redação final do PDDU.

Do mesmo modo, não há continuidade entre o discurso desses membros e a população que se fazia presente. Em outras palavras, a proposta de um diálogo público acaba sendo substituída por falas soltas; de um lado a população, do outro os membros do Legislativo e do outro os técnicos. Mesmo quando aparentemente falavam na mesma direção (oposição e comunidade) pouco se consegue ver verdadeiramente de um diálogo, da existência de conexão, resposta ao que era trazido à Câmara, prova disso é algo que não coube à pesquisa que é o

produto final, a Lei n.º 9069/2016 e as emendas que foram efetivamente incluídas como resultado da participação social.

## **Alguns resultados**

A leitura das atas consubstancia-se numa documentação apta a representar o que aconteceu ao longo do processo legislativo, já que é transcrição das falas empostadas em tempo real, sem interpretações ou análises, assegurando minimamente a reconstituição da participação popular. É a partir do discurso produzido nessas atas que se permite afirmar a existência de abertura democrática que antecede o PDDU 2016. É claro que há críticas ao processo, lacunas, passos que poderiam ter sido dados e não foram, mas, ainda assim, é possível falar de um percurso democrático, tendo havido espaço para a participação social.

Em relação à participação popular, uma das constatações dirige-se à presença em maior número de representações indiretas, ou seja, sujeitos que se inscreveram para falar em nome de grupos de interesse, sejam associações de bairro, movimentos sociais, conselhos de classe ou sindicatos. Em sua maioria, as intervenções foram desse matiz. Na contrapartida, observou-se baixo número de representação direta, quando sujeito fala em seu próprio nome, sem servir à mediação entre um grupo ao qual representa e a plateia a quem se dirige, no caso o Poder Legislativo e todos quantos se faziam presentes à audiência.

Além de aparecer em menor número, a representação direta se mostrou menos eficaz, considerando que essas falas foram muito mais críticas do que propositivas, também estando o cidadão a falar apenas em seu nome, ao contrário das representações indiretas que trazem o peso de falar em nome de uma coletividade.

Outro ponto observado diz respeito à presença de poucas associações de moradores. Explica-se: a associação de morador é a forma mais elementar de convergência de interesses no espaço da urbe. O bairro é onde construímos os nossos primeiros laços urbanos e é em torno de nós pleiteamos o usufruto do espaço público. Daí estranhar-se que numa cidade em que se sabe da existência de tantas associações e com bairros de tamanha densidade populacional, tão poucas associações tenham estado presentes às audiências e, mesmo entre essas, com pouca recorrência. A Associação de Moradores do Cassange foi uma das que se fez presente a mais da metade das audiências, assim como a associação de moradores de Periperi. As demais associações já mencionadas apareceram em um número diminuto de audiências, ou em apenas uma delas.

A mesma observação cabe em relação aos movimentos sociais, excluindo-se aqueles movimentos voltados às questões da urbe, como o Participa Salvador, Vozes de Salvador, entre outros. A observação aqui diz respeito àqueles movimentos sociais de abrangência nacional, mas que encontram plena atuação na cidade. Assim, por exemplo, estranha-se a quase ausência do movimento sem-teto, que tem como pauta principal a luta pela moradia e que apenas compareceu à audiência que teve esta como tema. Em todas as outras audiências não se vê a sua participação, mesmo quando temas afim foram tratados, a exemplo de questões como planejamento urbano ou saúde.

Também o movimento negro, de tamanha força nesta que é considerada a cidade mais negra fora da África, não apareceu ao longo das dezenove audiências. As intervenções ocorridas em prol de pautas de movimento foram propostas pelo Vereador Silvio Humberto, ou por alguns populares que reforçaram as propostas apresentadas. Contudo, nenhum movimento organizado aparece nos registros das atas a propósito de intervenções concretas ou participação com fala nas audiências. Os poucos populares que chancelaram o pleito do Vereador Silvio Humberto não falavam em nome de movimentos específicos.

No que se refere ao rito das audiências públicas, ao falar em resultados, não se pode deixar de abordar as audiências devolutivas. Anunciadas como uma tentativa de ampliação do espaço democrática assegurando um momento de resposta às propostas apresentadas pela sociedade, as audiências devolutivas embora sejam uma proposta interessante e importante para a maior efetividade democrática, na prática não representaram muitos avanços. A fala por parte da Casa Legislativa a quem coube apreciar as propostas apresentadas pela população, foi exclusivamente técnica, anunciando-se a viabilidade ou não das propostas apresentadas em avaliação feita pela Comissão Técnica do PDDU.

Ainda assim, a análise foi seletiva, já que apenas algumas propostas são mencionadas pela Presidente da Comissão Técnica, sem referir-se ao porquê do afastamento das demais propostas, sendo, inclusive, objeto de questionamento pelos presentes a essas audiências.

Em uma das audiências públicas devolutivas, a 14ª, foram apresentadas 40 (quarenta) propostas de emendas pela Comissão Técnica, sempre anunciando estas como viáveis ou inviáveis, ou ainda, “considerando positiva”, segundo as razões técnicas. O que se constatou não foi a existência de uma troca Legislativo x comunidade, mas uma abordagem essencialmente técnica, com a apresentação unilateral das propostas de emenda, sem que fosse dada a oportunidade de uma espécie de tréplica à comunidade.

Em síntese, o procedimento foi pensado para dar um retorno à população partícipe, mas acabou se constituindo num espaço de forte tecnicidade e sem contato direto entre Legislativo e sociedade.

No relatório final, objeto das três últimas audiências, apresentou-se como produto final a formalização de 132 (cento e trinta e duas) emendas o projeto de lei do PDDU, sendo destas, 52 (cinquenta e duas) emendas populares e 80 (oitenta) emendas propostas pelos membros do Legislativo.

Por último, ainda na perspectiva dos resultados produzidos e num cotejamento com o texto de Coelho e Favareto (2011) mencionado anteriormente, propõe-se análise quanto à relação entre participação social x grupos de interesse, desenvolvimento e geração de cooperação.

No que se refere aos grupos de interesse, já fora mencionado a presença de algumas associações de bairro, conselhos de classe e sindicatos que deram assistência às audiências e colocaram demandas e propostas de mudanças no PDDU. Neste caso, a referência é, especialmente, aos grupos de interesse que contam com os chamados hipossuficientes e que ganham exatamente na sua capacidade de mobilização.

Em contrapartida, notou-se a pouca frequência de outro grupo de interessados que representam o poder econômico a funcionar por trás das questões de política urbana. Como exemplo citamos a Associação de Empresas do Mercado Imobiliário (ADEMI) que teve a sua presença registrada em algumas audiências públicas, mas sem qualquer interferência ativa, nem proposição apresentada. O fato é digno de registro, uma vez que se sabe que a entidade é diretamente interessada no debate e o PDDU repercute por completo nas suas atividades econômicas. A suposta ausência e o resultado final dos limites apontados pelo Diploma Legislativo indicam que o caminho para esses grupos de interesse não foi o debate público, a contraposição de ideias, mas o acesso às mudanças através das relações diretas com os membros do Legislativo.

O outro viés a ser analisado é a relação entre participação social e desenvolvimento. Nas audiências públicas, além da participação social, pode-se falar da oportunidade de voltar-se os olhos às diversas realidades da cidade. A possibilidade ouvir representantes dos mais diferentes bairros, espaços e interesses assegura a aproximação com algo que somente o morador permite

ter que é o cotidiano do cidadão. E essa visão da rotina da urbe que também permite aproximar-se das demandas sociais e satisfazê-las gerando como consequência desenvolvimento.

A avaliação que se faz do processo nesse ponto é positiva. Ainda que com falhas e elementos a serem aperfeiçoados no processo, no geral houve ampla participação social, acesso às informações e à diversidade da cidade, podendo afirmar-se relação com a geração de desenvolvimento.

Por último, quanto à relação participação social x cooperação e ampliação do diálogo público, fica o questionamento quanto a esse sentido de cooperação. Não se visualiza no geral a percepção pelos partícipes do senso de coletividade, o que é indispensável para falar em cooperação. O soteropolitano ainda é incipiente no tratamento coletivizado de suas demandas e isso aparece na leitura das atas onde se constata, tanto a ausência de conhecimento do procedimento, como também o tratamento individualista das demandas, sem a compreensão de que ali desdobra-se consequências que ultrapassam à dimensão do interesse próprio.

Essa observação não invalida os aspectos referentes a ampliação do diálogo público, este contemplado através das audiências públicas e da ampla abertura para participação popular. Não obstante seja possível falar no aperfeiçoamento do debate através de falas mais propositivas e deixando um pouco de lado as celeumas político-partidárias, a simples realização das audiências públicas já assegura a ampliação do diálogo porque é exercício direto da democracia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **Interação popular x poder legislativo: como avaliar o que aconteceu?**

As atas das audiências revelam algumas questões que emergiram do processo fazendo-se necessário o registro até para que sirvam às futuras experiências de debate público. A primeira delas e a de maior relevância é a baixa concretude das propostas trazidas às audiências.

O grande problema não foi assegurar a participação, nem a diversidade dos partícipes, mas sim a evasividade das falas, sem indicar pontualmente quais mudanças desejavam no Projeto de Lei e o porquê dessas mudanças. Em inúmeros registros das atas, percebe-se essa incapacidade da população partícipe de transformar o seu espaço de fala em propostas concretas, indicando qual o trecho da legislação a ser modificado.

As intervenções populares eram em sua maioria queixas ao processo, reclamando maior espaço de participação, ou a realização das audiências em espaços que propiciassem acesso mais amplo à população. Esse tipo de intervenção não é errada ou equivocada, mas esvazia o debate mais concreto sobre questões pontuais a serem modificadas no PDDU.

As audiências públicas mais ricas em resultado produzido foram exatamente aquelas em que houve intervenções propositivas, com os populares indicando pontualmente quais as mudanças sugeridas, inclusive com indicação dos artigos do diploma legislativo a serem modificados, assim como expressões ou institutos nela contidos.

A fala crítica sem proposição acaba por enveredar o debate público para o campo exclusivamente da rixa política (no sentido da pequena política), sem acrescer nada ao resultado final do diploma legislativo de usufruto da população como todo. Isso fica claro quando observadas as emendas populares e a sua origem. São elas, em regra, resultado desse movimento de indicação concreta de mudanças, produzindo ao final o efeito último esperado que é tornar a população verdadeiramente agente colaborador do processo legislativo.

As audiências que tiveram como tema a educação e a saúde, por exemplo, foram ausentes de qualquer proposição legislativa, circunscrevendo o seu debate a falas exclusivamente críticas, por vezes, dirigidas diretamente ao Governo Municipal e/ou seus representantes no Legislativo.

Esse comportamento evasivo, inclusive, se estende aos membros do Legislativo. Os vereadores de oposição, por exemplo, foram pouco eficientes nas suas intervenções para suspostamente objetar as questões impostas pelo Poder Executivo. Foram ausentes, salvo algumas exceções, assim como essencialmente críticos, faltando propostas concretas faltando propostas concretas e, mais uma vez, desperdiçando espaço para o exercício do discurso contra-hegemônico.

Outra questão a ser apontada da análise do todo do processo, é a ausência de uma continuidade dialógica entre os membros do Legislativo e a população partícipe. Embora o Regimento Interno proponha falas intercaladas – a cada 3 (três) populares, 1 (um) membro do legislativo –, o que se viu foi cada uma dessas categorias manifestando a sua opinião sem que houvesse o contraponto, principalmente, dos vereadores em relação à população, sendo inclusive objeto de reclamação por alguns populares ávidos em saber o que seus representantes pensavam sobre as propostas trazidas, se encontrariam resposta para o que apontavam e etc. Nas atas são poucos os registros em que um vereador responde ou se dirige ao popular.

Ao contrário, a presença constante foi da Comissão Técnica do PDDU como instância mediadora entre Legislativo e população. Coube a ela responder às proposições apresentadas, dar os argumentos para o deferimento ou indeferimento e, até mesmo, servir de canal de diálogo com os populares partícipes mesmo que não houvesse necessariamente a análise das proposições, ou seja, no corriqueiro exercício do debate público.

As audiências acabaram sendo diálogo entre técnicos da prefeitura e a população, sendo mínima a contribuição dos vereadores e as suas intervenções participativas. Salvo os vereadores diretamente envolvidos no processo, os demais nem se fizeram presentes à maioria das audiências e muito pouco contribuíram com o processo.

Também o apuro técnico da linguagem utilizada se apresentou como empecilho à participação popular. Embora preservando a pertinência temática com o que era abordado na audiência, a referência a usos e termos desconhecidos da população tornou-se mais um obstáculo à participação popular. Houve inclusive registro disso em algumas audiências (5ª audiência), quando o nível do diálogo se estabeleceu de tal modo que alguns dos presentes afirmaram não alcançar a compreensão do que era tratado.

Em uma das audiências devolutivas (a 14ª), quando a Comissão Técnica apreciou as 40 (quarenta) propostas de emendas ao PDDU, por reiteradas vezes usou de termos indeterminados, como “considerou positiva a proposta...”, nada dizendo sobre o que possivelmente seria substituído na futura lei, nem sobre o eventual compromisso do corpo legislativo de realizar a mudança. Com isso, as decisões são adiadas para posteriori e a cargo exclusivamente do juízo político dos vereadores, excluída a população.

De tudo isso, o que se percebe é que a Comissão Técnica do PDDU acabou assumindo, ao longo do processo legislativo, uma espécie de superfunção, pois serviu aos membros do Legislativo como assessoria para auxiliar na avaliação dos aspectos técnicos e, ao mesmo tempo, funcionou de anteparo no diálogo com a sociedade, sendo o verdadeiro interlocutor na resposta às demandas apresentadas. Há um desvio de função que ultrapassa o objetivo primeiro da Comissão de assessoramento técnico, para tornar-se instância mediadora entre Poder Legislativo e sociedade partícipe.

O que se observou é que há um hiato entre ouvir a sociedade e fazer o que a sociedade pede no contexto dos espaços de ouvida, como também a ausência de preparo de muitos cidadãos colaboradores. A ouvida, portanto, não assegura a sua conversão em resultado prático e, no caso específico de Salvador, entre Legislativo e sociedade surgem outros atores que mudam a característica do processo, seja ele pelo papel que cumprem, seja pelo modo como mediam esses canais de comunicação.

Assim, embora possa afirmar-se a audiência pública como instrumento de participação social e a tentativa de viabilizar-se isso no processo do PDDU, a pesquisa demonstrou que os partícipes são despreparados para lidar com o espaço descentralizado de governança, não mantendo bom equilíbrio entre o tempo que lhes é disponibilizado e o uso deste. Na maioria das vezes eram falas críticas, com discursos recorrentes, perdendo a oportunidade de proposição.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Análise das atas: categorização para análise das atas dos Conselhos de Saúde, Assistência Social e Criança e Adolescente. *In*: AVRITZER, Leonardo (org.). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010, p.15-22. (Col.: Pensando a democracia participativa.).

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jun. 2008.

BAETA, Rodrigo; CARDOSO, Luis Antônio Fernandes. O frontispício de Salvador e seu impacto na paisagem urbana da cidade no século XIX. **Paranoá: Cadernos de Arquitetura e Urbanismo**, Brasília, n. 13, p. 45-54, 2014.

BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade: quem ganhou? Quem perdeu?** Brasília, DF: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL, Flávia de Paula Duque; CARNEIRO, Ricardo. Democracia y diseños institucionales participativos em las políticas urbanas: estudio de La experiencia brasileira contemporánea. **Íconos: revista de Ciências Sociais**, Quito, n. 39, p.71-87, maio 2011.

CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. (Coleção Pensamento Crítico – vol. 48).

CASTELLS, Manuel. **Problemas de investigação em sociologia urbana**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1975.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira; PEREIRA, Gilberto Corso. As “Cidades” de Salvador. *In*: CARVALHO, Inaiá Maria Moreira; PEREIRA, Gilberto Corso (org.). **Como anda Salvador e sua região metropolitana**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Edufba, 2008, p. 81-108.

COELHO, Vera Schattan; FAVARETO, Arilson. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos da participação social. *In*: LAVALLE, Adrian Gurza (org.). **O horizonte da política**. São Paulo: EdUNEP, 2011.

LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. Tradução: Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

MARICATO, Ermínia. O usucapião urbano e a gafe da FIESP. **Folha de São Paulo**, 14/07/1988, p. A14. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/121179>. Acesso em: 3 jul. 2017.



PENTEADO FILHO, Paulo de Arruda. Planejamento urbano em Salvador. *In*: Conferência apresentada no seminário “Salvador e o Plano Diretor”, promovido pelo CPM, em 23/04/91. **Veracidade**, v. 1, n. 2, p. 5-11, out./dez. 1991.

SALVADOR. **Decreto n.º 7139, de 05 de setembro de 1984**. Regulamenta a Lei nº 3345, de 14 de dezembro de 1983, que dispõe sobre o processo de planejamento e participação comunitária. Disponível em: <http://leismunicipa.is/eiruh>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SALVADOR. **Lei n.º 3377, de 23 de julho de 1984**. Dispõe sobre o ordenamento do uso e da ocupação do solo no município da cidade do Salvador e da outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/BA/SALVADOR/LEI-3377-1984-SALVADOR-BA.pdf/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SALVADOR. **Lei n.º 3.525, de 11 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Salvador para o período até 1992 e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/pquja>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SALVADOR. **Lei n.º 7.400, de 20 de fevereiro de 2008**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de município do Salvador - PDDU 2007 e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/kemtd>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SALVADOR. **Lei n.º 8167, de 17 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a Lei de Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo do Município de Salvador e dá outras providências. Disponível em: [http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/corpo\\_lei\\_8167\\_2012.pdf/](http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/corpo_lei_8167_2012.pdf/). Acesso em: 20 ago. 2019.

SALVADOR. **Lei nº 9.069, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador - PDDU 2016 e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/cjuot>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SANTOS, Denise Vaz de Carvalho; FREITAS, Ilce Marília Dantas Pinto de; SOUZA, Fabíola Andrade. Evolução das centralidades e os impactos sobre a mobilidade na Cidade de Salvador. *In*: XVI PANAM. **Anais [...]**. Lisboa, 15 a 18 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ppec.ufba.br/site/system/files/PANAM%202010%20-%2001446-01.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SOUZA, Ângela Gordilho. Mudanças urbanas em Salvador no final do século XX. **Bahia Análise & Dados**, Salvador, SEI, v. 9, n. 4, p. 53-73, março 2000.

Marcia Baratto

Doutora em Ciência Política (UNICAMP). Organizadora do Grupo de estudos sobre Mobilização do Direito.

## INTRODUÇÃO

### Mobilização do Direito e Literatura: O que significa o direito como imaginação literária?

Qual a relevância dos estudos sobre direito e literatura para a mobilização do direito? Reconstruindo a trajetória de estudos de James Boyd White, este artigo foca-se em analisar o que significa considerar o direito enquanto prática discursiva, ato de linguagem, buscando ilustrar como e porquê textos literários podem ser uma fonte proveitosa e instigante para o ensino do direito e a reflexão crítica sobre seus significados e usos. De forma experimental, o artigo termina com uma sugestão de atividade para professores de sociologia do direito: ler o tema dos direitos indígenas pelas lentes da obra 'Macunaíma' de Mario de Andrade.

O objetivo é compreender qual o papel das análise entre literatura e direito para o campo de estudos da mobilização do direito. A prática do direito, enquanto linguagem, também se faz pela literatura, mas qual a relevância da contraposição entre o direito imaginado na literatura e o direito imaginado por seus profissionais? Os mundos imaginados dos romances, contos e poesias podem ilustrar temas sociais relevantes para a compreensão do que é o direito? White respondeu a essa perguntas de formas diferentes ao longo da sua carreira. A literatura do direito e o direito como literatura são duas facetas distintas da sua abordagem para o campo de estudos direito e literatura. A revisão dessas obras irá se concentrar nessa dualidade, mas primeiro estabecerei algumas relações pertinentes entre a obra de White e os estudos sobre mobilização do direito<sup>1</sup>.

Na mobilização do direito, o jurídico nunca é apenas definido pelos discursos dos profissionais que atuam nos poderes judiciários. A clássica definição positivista, o direito deve ser compreendido enquanto ordem coercitiva produzida pela autoridade competente, é apenas mais um dos significados do direito (Cf. McCann, 1994). O formalismo jurídico é contraposto a definições sociológicas do direito enquanto prática social que carrega significados culturalmente forjados (HALTON, MCCANN, 2004, p. 10). Ou seja, o direito é prática social, e, portanto, seus usos, significados e instrumentalizações<sup>2</sup> são constructos do fazer social e não existe separação estrutural entre sociedade e direito, como as leituras clássicas americanas baseadas no realismo jurídico pressupõe. Existem diversas formas de conhecimento jurídico que permeiam e estruturam as práticas do direito em toda as sociedades contemporâneas. As formas do direito são inerentemente indeterminadas, fluídas, contingentes e contestáveis, uma vez que são constituídas e reconstruídas pela mobilização de diferentes atores em contextos variados (2004, p. 10). As narrativas jurídicas, todavia, se múltiplas, também podem ser concorrentes e excludentes. Ao se desenvolvem, circularem como discurso e receberem aceitação enquanto verdade da vida social, muitas narrativas acabam por marginalizar muitas outras construções legais plausíveis, por descartá-las, deslocadas ou diminuí-las.

<sup>1</sup> Mobilização do direito aqui descreve uma perspectiva de análise sociológica do jurídico nascida no debate da sociologia norte-americana nos 60, sobretudo herdeira da análise crítica do direito do *Critical Legal Studies* (CLS).

<sup>2</sup> A mobilização do direito pressupõe uma dimensão estratégica do direito que pode ser associada às ideologias jurídicas ou mesmo ao debate sobre consciências jurídicas. A estratégia, todavia, não é entendida exclusivamente como uma relação racionalizada de custo e benefício. Categorias como assimetria de poder, dominação, resistência e mobilização são igualmente importantes para determinar o sentido de estratégico no fazer do direito.

Nesse contexto, é que se dá uma das clássicas perguntas da mobilização do direito: qual o papel deste na mudança social? As respostas, ao longo das três últimas décadas tem sido de sonoros nenhum para mudanças sociais profundas, a perspectiva de mudanças de mentalidade e consciência jurídica, importantes sobretudo para ativistas de movimentos sociais e as agendas progressistas das agendas de direitos humanos, principalmente daquelas voltadas para minorias políticas. As raízes da mobilização do direito podem ser encontradas em trabalhos de sociólogos e historiadores do direito estadunidenses e ingleses desde às décadas de 1950, e nos anos 70, dentro do campo de estudos sociológicos da *Law & Society*, James White iniciou o movimento direito e literatura com a publicação do livro *The legal Imagination*, em 1973.

Compreender como essas múltiplas definições de direito e seus usos se relacionam, requer capacidade de imaginação. E é exatamente sobre o que essa imaginação e análise do dito sobre o dito sobre o direito significa, que é possível estabelecer uma conexão entre a obra de James Boyd White e a mobilização do direito.

Enquanto fenômeno social, o direito é tematizado por todas as ciências sociais, incluindo a economia, a antropologia, a história, a ciência política, a sociologia e a filosofia. Ainda, tal qual a economia, conta com profissionais pensadores que o tratam como uma ‘ciência’ a parte, e o isolamento epistemológico é um projeto de poder frutífero em tornar os juristas e as suas práticas blindadas de influências externas, ao menos no plano discursivo. O direito, da perspectiva de seus pensadores e profissionais, projeta para si um campo autônomo de ação e pensamento.

Se para a mobilização do direito, o ato de imaginar os sentidos das regras, leis, normas e sentidos de justiça também é constitutivo daquilo que o direito é. A prática do direito não se limita as decisões do tribunal ou a criação de leis pelo legislativo. Ele está presente na vida cotidiana, na interação de ativistas sociais, e também no mundo imaginário da literatura. Essa perspectiva generalista e universalista, do direito enquanto ato de fala e ação, também abre-se a diversidade de significados que o direito pode assumir. Nesse sentido, as pesquisas sobre direito e literatura corroboram com uma das premissas da mobilização do direito: o direito não é, como um dado, um fato reconhecido, ele constitui-se, inclusive por meios e locais fora da institucionalidade do estado.

Analisar esse campo de uma perspectiva externa, mas ao mesmo tempo reveladora de outros sentidos do jurídico, é uma das ambições White (1985, p. 4). Para o autor, o direito é mais do que um sistema de regras e normas que tem por objetivo entregar resultados no mundo material. Ele precisa também ser compreendido como uma atividade intelectual e imaginativa que projeta sentido para uma vasta gama de atividades humanas. O direito é também linguagem, e está aberto para a interpretação e uso de todos os falantes. Faz-se notar que a definição de White para o direito é mais restrita do que aquela empregada por MacCann e Scheingold, por exemplo. White está recortando o universo da literatura e dos textos com conteúdo jurídico como material de análise. Nos anos 2000, ele irá se dedicar a uma perspectiva crítica de análise retórica, o universo literário da fala e escrita, mais do que ações com significado diretamente político, ou atos do cotidiano que se traduzem experiências jurídicas. Retomarei esse ponto na apresentação da obra do autor.

## **JAMES BOYD WHITE: DIREITO E LITERATURA**

Quando White iniciou suas pesquisas sobre literatura e direito, dedicou-se a pensar esta junção no campo do ensino jurídico, com sugestões práticas para a sala de aula. Para o autor, essa foi a primeira preocupação que o levou a estudar a relação entre literatura e direito – como ensinar direito, por meio da literatura despertando consciências críticas e eticamente orientadas

de estudantes de direito. Sua metodologia de pesquisa iniciou-se com um curso que ministrou para a universidade do Colorado – *The Nature of Legal Expressions*. Da experiência de acumular textos durante os anos em que lecionou o curso, acabou por escrever um livro, *The legal Imagination*, publicado pela primeira vez em 1978, republicado em 1984 (WHITE, 1985, xi-xvi).

Nessa primeira obra, preocupado com práticas didáticas para a sala de aula do curso do direito, White quer sensibilizar estudantes de direito para três objetivos principais:

(1). A forma com diferentes linguagens constituem diferentes culturas, comunidades e modelos de eu. Nesse sentido, o livro objetiva ser um trabalho de crítica cultural ou ideológica. (2) A importância das diferentes formas de se falar sobre outras pessoas: como objetos, caricaturas, instrumentos (“meios para atingir certos fins”), ou como centros de autonomia e valores (como “fins em si mesmas”). Neste aspecto o trabalho é, em termos de preocupação e pensamento, e não de terminologia, político e ético. (3) As possibilidades das diferentes formas de discurso e expressão: de um parecer jurídico ou de um poema, por exemplo, ou de uma narrativa, no direito e fora dele. (WHITE, 1985, xii).

Adotando uma apresentação em forma de diálogo, trabalhando por contraste e comparação entre as formas legais e outras formas de expressão do direito (idem, p. 2) advindas de textos literários clássicos, o livro de White inaugurou um novo movimento de pesquisa dentro dos estudos da *Law & Society* americana com influência também em terras inglesas (cf. Gaaker, 2014). A perspectiva científica de definição e compreensão do direito seria desafiada pela perspectiva de imaginar o direito como texto literário, aberto aos significados e preocupações morais e políticas. As diversas noções de justo, injusto, por mais nebulosas e ‘escorregadias’ que sejam, também fazem parte da linguagem do direito e, sobretudo, da imaginação das pessoas (incluindo não apenas as comunidades de profissionais do direito) sobre o direito. Esse exercício imaginativo sobre o que é o direito e como ele se constituiu também pode ser apreendido pela análise de textos literários. Nas palavras do autor:

O direito é mais do que um sistema de regras e normas que tem por objetivo entregar resultados no mundo material. Ele precisa também ser compreendido como uma atividade intelectual e imaginativa que projeta sentido para uma vasta gama de atividades humanas. **O direito é linguagem, e o fazer retórico é aquilo que o cria. Um ato de discurso imaginado que ocorre no mundo social.** (WHITE, 1996, p. 30 grifo nosso).

O que não significa, de maneira alguma, que definições formalistas estejam erradas ou não lancem luz sobre aspectos importantes do direito, apenas que existem outras formas de interpretar o significado daquilo que é nomeado como jurídico e essa diversidade de formas de conhecer o direito é essencial para se compreendê-lo, sobretudo por seus profissionais. Será a ênfase no direito como uma prática da retórica que guiará os trabalhos de White com o tema. Em 1985, no artigo *Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life*, o autor afirma que a perspectiva do direito enquanto utilidade, abordagem comum a acadêmicos e filósofos interessados no conhecimento jurídico, não lhe é útil, enquanto pesquisador que entende o direito enquanto retórica. E Direito enquanto retórica, para White, não é uma ciência fracassada ou como a arte ignóbil da persuasão, mas como arte central pela qual a comunidade e a cultura são estabelecidas, mantidas, e transformadas. Assim, a retórica é contínua ao direito e, como ela, tem a justiça como seu assunto final. Não é uma abordagem que se pretende exclusiva sobre o direito – há, certamente, um lugar no mundo para os estudos institucionais e políticos, taxonomias de dispositivos persuasivos e análises de padrões estatísticos e efeitos distributivos. Mas reconhecer o direito enquanto linguagem, que se expressa através de uma retórica própria ou de muitas, permite que se compreenda o direito enquanto um fenômeno quase completo, especialmente da perspectiva particular do indivíduo: o orador, o ouvinte e o juiz.

Segundo Gooch (2011), as teorias de J.B. White deram origem ao movimento do direito e da literatura, do qual o autor ainda é o advogado mais comprometido. O movimento direito e

literatura realiza uma dupla abordagem do que é o jurídico e suas relações com a literatura. Existe a proposta de análise que eu chamo de mais intensamente pedagógica, voltada sobretudo às atividades práticas em sala de aula de alunos dos cursos de direito, - o direito na literatura, e uma proposta metodológica mais ambiciosa, intensamente mais voltada sobretudo para o campo das pesquisas, que é a análise de textos classicamente definidos como jurídicos na definição formalista, com os métodos da crítica literária, no caso específico de White, da retórica crítica. A distinção, todavia, não é clara em relação a marcar uma fronteira rígida entre textos juridicamente reconhecidos pela definição formalista, e conteúdo jurídico presente em textos literários<sup>3</sup>. A perspectiva de White pode ser considerada dentro da perspectiva da mobilização do direito exatamente porque diluí as fronteiras do conceito de direito.

O direito na literatura considera a relevância potencial ou possível de textos literários. James Boyd White, no seu primeiro livro, *The Legal Imagination*, ao debater o papel do advogado, apresenta uma atividade ligada a uma passagem de *Mark Twain – Life on the Mississippi*, para tematizar com alunos a relação entre profissionais, sua educação herdada e a relação com ordens e decisões sobre cumpri-las ou desobedecê-las (WHITE, 1985, p. 10-11).

O direito como literatura, por outro lado, é a aplicação das técnicas de crítica literária aos textos jurídicos, o que seria útil para compreender as ligações não ditas entre sentidos da vida social e a linguagem formal do direito. Ambas as vias de análise se complementam, e nem sempre é possível delinear nitidamente as duas abordagens. Nos textos mais recentes da produção de White, de acordo com Gooch (2011), o direito enquanto literatura tem ocupado os principais interesses do autor.

O objetivo, todavia, persiste naquele nomeado desde o primeiro livro: profissionais do direito se beneficiam quando entendem o exercício de suas profissões como uma cultura de argumentação e um fazer inerentemente retórico. Ainda no ensaio *Imaging the Law*, White (1995, p. 40) refaz a distinção entre direito como máquina e direito como retórica, analisando criticamente como o exercício tradicional da advocacia prioriza a primeira percepção, negligenciando o direito como artefacto social constituído e expressão linguística que constitui. E, novamente, não se trata de uma substituição da perspectiva tradicional pela perspectiva linguística, mas há ganhos na compreensão do direito como uma atividade de fala e imaginação. Em outras palavras, em vez de pensar no direito como uma máquina social ou um sistema técnico de regulamentos e aplicar suas regras de maneira mecânica, os advogados devem refletir sobre o direito como uma interação de textos oficiais e como um processo de pensamento e argumento jurídico (Cf. Gooch, 2011).

A natureza socialmente constitutiva da linguagem é a premissa que fundamenta o trabalho de White. A retórica jurídica projeta e constitui significados morais, políticos e sociais sobre o mundo. Em *When the Words Lose your Meaning*, o autor sustenta esse argumento ao afirmar que

o direito é melhor considerado se o entendermos mais do que um conjunto de regras e doutrinas, ou como um sistema burocrático, ou como um instrumento para o controle da sociedade, mas também como cultura para a maioria das pessoas, o elo constitutivo de uma cultura de argumento. É uma maneira de fazer um mundo com uma vida e um valor próprio. A conversação que é criada pelo direito, é seu próprio método e objeto. E o seu objetivo é dar ao mundo que cria o tipo de inteligibilidade que resulta simultaneamente do reconhecimento de posições contrapostas. Esse reconhecimento é necessário para a definição racional e a busca mesmo do mais egoístas objetivos. Sem o sentido trazido pelo direito, nenhuma razão ou ambição pode ter forma ou significado (WHITE, 1984, p. 267).

---

<sup>3</sup> Portanto, no meu entendimento, a dicotomia direito na literatura, direito (formalisticamente concebido) como literatura não deve ser encarada como a nomeação de dois polos oposto, mas como sentidos diferentes de uma estrada de mão dupla.

Essa virada linguística incorporada pelo autor em 1984, deixará seu projeto de pesquisa também próximo de leituras conservadoras do direito. A ênfase na utilização dos conceitos de cultura<sup>4</sup>, comunidade e significado partilhado não apenas elide as fronteiras do que é a compreensão do jurídico para White, como também alarga as fronteiras de espectro político que podem ser endossadas com suas ideias.

Um outro conceito importante para o autor, e que mostra essa dualidade de alargamento de valores e métodos trazidos pelo direito enquanto retórica de auto-legitimação de um mundo comum partilhado e que aprofunda a discussão dos métodos de análise de textos jurídicos como retórica, é o conceito de narrativa, a outra dimensão da concepção do autor de como é possível imaginar o direito. Para White (idem) narrativa tem significado cultural e, portanto, jurídico caracterizada como uma maneira primária de estruturar a experiência e constituir significado. A história sempre traz consigo ramificações linguísticas e intelectuais; um advogado, por exemplo, relaciona histórias sobre outras pessoas e outras situações em concorrência com as histórias de outros advogados, argumentando que o entendimento de cada narrativa dos opositores carece de integridade. Para Gooch (2011), White argumenta que a narrativa no discurso jurídico tem implicações mais amplas, pois uma série de histórias concorrentes leva o ouvinte ao limite da linguagem e da consciência, e aos momentos de criação. A narrativa manifesta a imaginação, e a imaginação de alguém e se torna importante para o engajamento da retórica da lei da escrita e da leitura.

O meio de manifestação da narrativa é através do uso das línguas, que constituem as culturas. Essas reflexões teóricas são importantes, porque alguns críticos consideram que *When Words lose your Meaning* é a contribuição mais seminal de White, porque anuncia o método de crítica retórica e cultural de White (DELLAPENNA; FARRELL, 1991, p. 38). O autor sustenta que as palavras perdem o significado quando a linguagem se torna conceitual ou científica. A linguagem científica e conceitual é instrumental, pois se torna um instrumento para realizar algum fim fora de si; além disso, as pessoas usam a linguagem para outros fins, inclusive os seus. O uso da linguagem instrumentalmente falha em reconhecer a humanidade que está no cerne do direito como um empreendimento linguístico.

E sobre a linguagem, como destaca White, é necessário perguntar: 1.) Como o mundo da natureza é definido e apresentado nesse idioma? 2.) Que universo social se constitui nesse discurso e como pode ser entendido? 3.) Quais são os termos centrais de significado e valor nesse discurso e como eles funcionam entre si para criar padrões de motivação e significado? 4.) Que formas e métodos de raciocínio são apresentados aqui como válidos? 5) Que mudanças ou transições um texto em particular pode assumir que não serão questionadas e o que ele reconhece como necessário defender? Encarar a linguagem como constitutiva da Cultura é uma proposta para entender significados compartilhados por falantes que partilham comunidades imaginadas.

Os limites de um significado são dados por uma comunidade de leitores - os leitores não podem definir arbitrariamente o objetivo e a identidade de um texto específico. Nenhum membro da comunidade pode se recusar a reconhecer a validade de qualquer interpretação de qualquer texto e, no entanto, reivindicar sua opinião como razoável. A comunidade, todavia, é conceito problemático para White, porque ela não é contida e nem capaz de explicar todas as interações linguísticas. Um problema que o próprio autor admite em sua obra.

Uma das certezas é que o trabalho de analisar o direito como retórica ensejou uma proposta de retórica jurídica crítica, mesmo os estudos sobre comunidade aproximando o trabalho de White de defesas conservadoras americanas. Para Booch, a retórica jurídica crítica

---

<sup>4</sup> Neste livro de White, a comunidade é necessária para dar significado a linguagem e, portanto, ao direito como retórica, mas não é suficiente para que indivíduos atinjam seus fins.

baseada na obra de White pressupõe uma crítica ao formalismo jurídico - considerado a antítese de uma perspectiva retórica do direito – refutador da natureza constitutiva das regras e normas judiciais. O não reconhecimento do direito enquanto retórica limita o acesso ao direito enquanto linguagem de poder, reificando a manutenção do lugar de prestígio das elites empoderadas. Entender que o direito oficial diz apenas uma verdade localmente estruturada, permite compreender e legitimar mais vozes vernaculares para visões alternativas de direito. Os fundamentos filosóficos da retórica jurídica crítica podem ajudar a orientar os estudos nessa área, à medida que os pesquisadores tentam esclarecer argumentos em textos jurídicos, além de descobrir argumentos ausentes, por exemplo, de opiniões judiciais formais.

Tratados dos pressupostos, é necessário entender como se dá a leitura dos textos com conteúdo jurídico, como se literatura fossem e, no caso ensaístico aqui retratado, literatura é. Linda Berger (2009) segue uma abordagem sugerida por James Boyd White, para quem a retórica é a arte central pela qual a comunidade e a cultura são estabelecidas. Segundo a autora, a análise precisa se orientar por três camadas: uma primeira, histórica e cultural, uma segunda associada a análise literária propriamente dita, e, finalmente, a camada ética. Para a primeira camada, faz-se necessário perguntar sobre o contexto das entrelinhas do texto: qual é a linguagem ou cultura dentro da qual este autor trabalha? Qual é a história do autor? Como sua trajetória influencia o tipo de linguagem, autoridade, valores, argumentos e materiais que o autor usa? A segunda camada, da análise literária propriamente dita, as perguntas devem-se voltar para a arte do texto. A arte do texto: como o autor usa, modifica, rearranja a linguagem e a cultura que lhe são inerentes? Que efeitos há nos usos feitos pelo autor? Sua escrita é internamente coerente? É externamente coerente? E, para a terceira camada de análise, a ética, as perguntas se volta os efeitos da retórica empregada a comunidade: que tipo de pessoa fala aqui? Para que público? Que tipo de voz usa? Quais respostas obtém? Como eu, enquanto leitora, me encaixo nessa comunidade?

Utilizando-se dessa metodologia, ou melhor, roteiro de perguntas, experimentalmente farei uma consideração sobre uma passagem famosa do romance Macunaíma de Mário de Andrade: o banho mágico. Sustento que a análise importa para a discussão do direito, porque a obra de Andrade fornece uma poderosa imagem de comunidade nacional brasileira, onde a identidade indígena é considerada irremediavelmente corrompida pelo ‘fato inevitável’ da mestiçagem e a marcha irrefreável do progresso econômico representado pelo espaço urbano. Essa imagem comunitária extremamente difundida nos permite discutir as iniquidades e desigualdades enfrentadas por movimentos indígenas, comunidades urbanas e nações indígenas na sua histórica disputa com estado e a sociedade brasileiros pelo seu reconhecimento enquanto pessoas e comunidades com direitos originários. E o romance pode ser analisado a luz das estratégias de White para revelar elementos de debate crítico necessários aos profissionais do direito que tratam de direitos indígenas.

## **EXPERIMENTANDO MACUNAÍMA: DIREITOS INDÍGENAS E O MITO DA NAÇÃO MESTIÇA**

Se Macunaíma não é ‘verdade’, porque sua ‘mentira’ entendida enquanto narrativa ficcional ainda é tão invocada para deslegitimar espaço político e direitos aos povos indígenas?<sup>5</sup> A resposta, nunca é simples, embora Mário de Andrade tenha retratado o modelo de mestiçagem brasileira como um projeto problemático de nação e cheio de angústias e incertezas.

---

<sup>5</sup> O primeiro ano de governo Bolsonaro não deixou dúvidas sobre a nova elite política no poder abomina as identidades indígenas como representantes do imaginário nacional brasileiro (BARATTO, M. 2019).

Macunaíma nasceu à margem do Uraricoera, filho de uma mulher indígena. Nasce manifestando uma das suas principais falhas de caráter, mas também parte original da sua personalidade: é preguiçoso.

No fundo do mato virgem nasce Macunaíma, herói da nossa gente. Era preto retinto e filho do medo da noite. Houve um momento em que o silêncio foi tão grande escutando o murmurejo do Uraricoera, que a índia tapanhumas pariu uma criança feia. Essa criança é que chamaram de Macunaíma.

Já na meninice fez coisas de sarapantar. De primeiro passou mais de seis anos não falando. Si o incitavam a falar exclamava:

– Ai! que preguiça!...

e não dizia mais nada (ANDRADE, 2008, p. 13)

Cresce rápido, vive várias aventuras com os irmãos mais velhos, Manaape, o velho sábio, e Jinguê, homem forte. Uma das suas conquistas, com a ajuda dos irmãos, é o estupro de Ci, a Mãe do mato - imperadora das Icabias, as guerreiras da floresta- ela se apaixona depois do ocorrido pelo herói. Essa violação do corpo de uma mulher indígena tem um duplo significado, político e jurídico. O corpo da imperatriz indígena é o simbologia para dominação violenta que instaura o poder europeu sobre as terras indígenas, mas também é, no plano do direito subjetivo, um retrato do estupro marital como fato formador de uma família brasileira. Ci lhe deixa de legado a Muiraquitã – amuleto, que é estimado por macunaíma, que em novas desventuras, a perde. Para os fins desse ensaio<sup>6</sup>, a análise sobre comunidade, narrativa e concepções jurídicas se concentrará no segundo elemento de narrativa que aponta as aporias do projeto de identidade nacional e mostra as fissuras do modelo de *mestiçagem*. O banho mágico que confere hierarquia estética e étnica aos três irmãos a caminho da cidade de São Paulo, a representação da civilização e futuro do país (futuro distópico para Andrade).

Após a morte de Ci, o herói, acompanhado dos irmãos, vai para São Paulo, com o objetivo de recuperar a pedra Muiraquitã, seu amuleto mágico deixado por sua amada. No caminho, acontece o banho mágico, que caracteriza os três irmãos como elementos étnicos da brasilidade Andradina.

Uma feita a Sol cobrira os três manos numa escaminha de suor e Macunaíma se lembrou de tomar banho. Porém no rio era impossível por causa das piranhas tão vorazes que de quando em quando, na luta pra pegar um naco de irmã espedaçada, pulavam aos cachos pra fora d'água metro e mais. Então Macunaíma enxergou numa lapa bem no meio do rio uma cova cheia d'água. E a cova era que nem a marca dum pé gigante. Abicaram. O herói depois de muitos gritos por causa do frio da água entrou na cova e se lavou inteirinho. Mas a água era encantada porque aquele buraco na lapa era marca do pezão do Sumé, do tempo em que andava pregando o evangelho de Jesus pra indiada brasileira. Quando o herói saiu do banho estava branco loiro e de olhos azuizinhos, água lavara o pretume dele. E ninguém não seria capaz mais de indicar nele um filho da tribo retinta dos Tapanhumas. (...)

E estava lindíssimo na Sol da lapa os três manos um loiro um vermelho outro negro, de pé bem erguidos e nus. Todos os seres do mato espiavam assombrados. O jacareúna o jacaretinga o jacaré-açu o jacaré-ururau de papo amarelo, todos esses jacarés botaram os olhos de rochedo pra fora d'água. Nos ramos das ingazeiras das aningas das mamoranas das embaúbas dos catauaris de beira-rio o macaco-prego o macaco-de-cheiro o guariba o bugio o cuatá o barrigudo o coxiú o cairara, todos os quarenta macacos do Brasil, todos, espiavam babando de inveja. E os sabiás, o sabiacica o sabiapoca o sabiaúna o

---

<sup>6</sup> Na pesquisa apresentada ao Congresso de Lusitanistas Germânicos de 2019, apresentei análise para 4 momentos da narrativa de Macunaíma: nascimento no mato, o estupro de Ci, o banho mágico rumo a São Paulo e o confronto com Véi, a sol. Ambos os quatro momentos da narrativa projetam significados políticos e jurídicos sobre identidade nacional e o lugar de direitos de negros, indígenas e *mestiços*.



sabiapiranga o sabiagongá que quando come não me dá, o sabiá-barranco o sabiá-tropeiro o sabiá-laranjeira o sabiá-gute, todos esses ficaram pasmos e esqueceram de acabar o trinado, vozeando vozeando com eloquência. Macunaíma teve ódio. Botou as mãos nas ancas e gritou pra natureza: – Nunca viu não!(ANDRADE, 2008, p. 35)

Essa passagem releva o tom satírico e crítico de Andrade e mostra o uso inovador da linguagem popular como forma de buscar a originalidade do povo brasileiro. É, também, um olhar cético sobre o que significa a mestiçagem, característica que permite o recuso oficial da originalidade indígena e negra, sem se considerar o elemento branco como superior e intermediador obrigatório do que deve a vir ser o nacional. É o elemento branco o esteticamente superior, o desejável, o padrão perdido, pela realidade da existência irrefutável dos indígenas e negros. Andrade parece ter plena consciência da tragédia latente desse amálgama forjado, a ponto de satirizar a certeza de beleza incontestável do padrão branco. É possível existir igualdade projetada, onde apenas uma raça é a desejada como bela?

Na sequência da história, Macunaíma chega a São Paulo (na civilização, é visto como branco, senão o fosse, poderia contar sua história as gentes que encontra?) e descobre que Venceslau Pietro Pietra – o gigante Piaimã, devorador de gente – estava de posse do amuleto Muiraquitã. Macunaíma disfarça de mulher francesa para enganar o gigante, que lhe propõe dar a pedra ao herói disfarçado se esse aceitasse dormir com ele. Macunaíma, então, foge numa correria por todo o Brasil.

Nessas andanças, o herói encontra Vei, a deusa-sol. O herói promete a Vei que iria casar-se com uma de suas filhas. Na mesma noite, no entanto, Macunaíma “brinca” (ou seja, faz sexo) com uma portuguesa, enfurecendo a deusa. Ela manda um monstro pavoroso atrás do herói, que foge deixando a portuguesa com o monstro.

Depois de arrumar uma saborosa confusão na cidade, e outras tantas peripécias, Macunaíma mata o gigante Piaimã, jogando-o num buraco com água fervendo, onde Ceiuci preparava uma imensa macarronada. Depois de matar Venceslau Pietro Pietra, o herói consegue recuperar a muiraquitã e volta para a floresta. Lá irá enfrentar pela última vez, Sol – a Vei, que conseguindo vingar-se da desfeita que Macunaíma havia feito a uma de suas filhas e cria uma armadilha para o herói, que, ao ver a uiara em uma lagoa, se deixa seduzir e acaba sendo mutilado pelo monstro. Macunaíma consegue recuperar suas partes mutiladas, abrindo a barriga do bicho, mas não encontra sua perna nem a muiraquitã. O herói vai para o céu, transformado na constelação da Ursa Maior. Por fim, no epílogo o narrador conta que ficou conhecendo essa história através do papagaio ao qual Macunaíma havia relatado suas aventuras.

No romance Macunaíma, a identidade indígena existe enquanto representativa de atores míticos passados, que em contato com a ‘civilização urbana’ deteriora-se, mas também é responsável por aquilo que seria a marca mais distinta de uma certa brasilidade. Macunaíma foi escrito há mais de 90 anos por Mário de Andrade, dentro do movimento literário do modernismo. Tratado como um romance inovador, exatamente pela linguagem popular e o desafio ao vocabulário oficial da língua portuguesa, tornou-se símbolo do movimento modernista, o livro tornou-se uma das representações literárias da nação brasileira, ou, ao menos de um dos seus projetos. O próprio autor, recusou a personagem o título de símbolo do brasileiro (TELES, 1974, p. 11), mas reconheceu o simbolismo da personagem. Um material ‘originalíssimo apesar do caráter artificioso de mosaico’, segundo Antônio Cândido de Melo e Souza (idem, IV). O próprio Mário de Andrade expressou sua ignorância em saber o que poderia ser o ‘brasileiro’ e, portanto, a tal identidade nacional que designaria o país como uma civilização única (que, naturalmente, não poderia ser só indígena, ou negra, ou branca – a hierarquia de recusa, argumento, também tem significado político). Diz Andrade sobre o romance:

Este livro carece dum as explicações pra não iludir nem desiludir os outros. Macunaíma não é símbolo nem se tome os casos dele por enigmas ou Fábulas. (...) O que me interessou por Macunaíma foi incontestavelmente a preocupação em que vivo de trabalhar e descobrir o mais que possa a entidade nacional dos brasileiros. Ora depois de pelejar muito verifiquei uma coisa me parece que certa: o brasileiro não tem caráter. (...) Está que nem o rapaz de vinte anos: a gente mais ou menos pode perceber tendências gerais, mas ainda não é tempo de afirmar coisa nenhuma. Dessa falta de caráter psicológico creio otimistamente, deriva a nossa falta de caráter moral. Daí nossa gatunagem sem esperteza, (a honradez elástica/a elasticidade da nossa honradez), o despreço à cultura verdadeira, o improviso, a falta de senso étnico nas famílias. E sobretudo uma existência (improvisada) no expediente (?) enquanto a ilusão imaginosa feito Colombo de figura-de-proa busca com olhos eloqüentes na terra um eldorado que não pode existir mesmo, entre panos de chãos e climas igualmente bons e ruins, dificuldades macotas que só a franqueza de aceitar a realidade poderia atravessar. É feio.” (ANDRADE, 2008, p. 171)

Dado o senso crítico de Andrade, é curioso que poucos dos seus analistas literários ou sociólogos, apontem com a mesma energia para os elementos trágicos, com o fazem para celebrar a excelência da sátira. A análise da segunda camada, nos leva, portanto, a terceira. Ainda que os elementos de identidade indígena e negra estejam presentes, nem a época de Andrade, nem a época atual, existe uma comunidade comparável de leitores com poder de fala orgulhosos de celebrar a comunidade indígena e negra, como há a intelectualidade festiva para celebrar a comunidade *da mestiçagem*. A crítica a democracia racial, todavia, já se faz mais presente. E voltar para Macunaíma é meio hábil para entendê-la. No que se refere a representação das culturas indígenas, em Macunaíma personagens do mato e da floresta, representam o passado mítico que não tem mais vez sempre ao não refrável progresso urbano e civilizacional da cidade. Andrade permeia a obra de oposições duais, colocando a civilização, o progresso econômico, e a ética do trabalho como ‘ganhos culturais’ do processo de colonização, apesar de sua tragédia.

O lugar de fala que cabe aos indígenas e aos negros, é de elementos originais fagocitados pela hierarquia racial tripla, de comando estético e aqui símbolo de poder, branco. Os indígenas e negros restam imaginados pelos cidadãos ‘mestiços’. E o caráter duvidoso e malfeito de Macunaíma emerge como identidade nacional. Uma que é passível de crítica, exatamente por conter elementos originais indígenas e negros. Obviamente a sátira Andradina é também dirigida para elementos da comunidade branca, europeia, mas exatamente porque existe uma hierarquia entre as três raças, essa acidez não tem o mesmo efeito para a imaginação da comunidade nacional sobre qual é o papel dos indígenas e negros. Para o horror e pesar de Andrade, o papel designado era o desaparecer em si mesmo, para abrigar o novo ideal representado pela ficção da nação mestiça.

White e o campo de estudos sobre o direito (entendido de forma diluída, como capacidade de imaginar o próprio eu e o comunal) e a literatura está certo sobre um ponto: imaginar o outro é imaginar a si. E sobre as projeções mais oníricas e irrealis, é possível compreender o direito (de identidade nacional, nesse caso) como retórica preenchida por significado cultural, aberto a ser linguisticamente construído.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mario de. **Macunaíma, o Herói sem caráter**. São Paulo:Edições Câmara, 2018.

BARATTO, M. Indígenas resistem ao governo nacional. *In: Lua Nova Boletim*. São Paulo: Cedec, 24 de Abril de 2019. Disponível em: [https://boletimluanova.org/2019/04/24/indigenas-resistem-ao-governo-federal/?fbclid=IwAR2jq4p2YSR0zt4I\\_\\_R9IP0H9nVTce3YZcASCSynQw8hCyta6jG1Vvq69jE](https://boletimluanova.org/2019/04/24/indigenas-resistem-ao-governo-federal/?fbclid=IwAR2jq4p2YSR0zt4I__R9IP0H9nVTce3YZcASCSynQw8hCyta6jG1Vvq69jE)

BERGER, LINDA L.; King Solomon: Narrative, Metaphor, and Trial Court Judges with Discretion. *In: Association for the Study of Law, Culture, and Humanities Conference*, 2, 2009. Boston: University Law School, 2009. Disponível em: <https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/18-2%20Berger.pdf>

DELLAPENNA, Joseph W.; FARREL, Kathleen (1991). Law and the language of community: On the contributions of James Boyd white, *Rhetoric Society Quarterly*, 21:3, 38-58, 1991. DOI: 10.1080/02773949109390924 Acessado em 13/09/2019.

GAAKEER, Jeanne. Law and Literature Redux? Some Remarks on the Importance of the Legal Imagination. *In: ETXABE, J.; WATT, G. (org.). Living in a Law Transformed: Encounters with the Works of James Boyd White*. Michigan: Ann Arbor, 2014. p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3998/maize.12982987.0001.001>, acessado em 13/04/2019.

HALTON, William; McCANN, Michael. **Distorting the law**. Politics, media, and the litigation crisis. The Chicago series in law and Society. 2004.

LOPES, Têlé Porto Ancona. **Macunaíma: a margem e o texto**. São Paulo: Hucitec, 1974.

NELSON, John S. When Words Gain Their Meanings: Turning Politics into Law and Back Again in Rhetoric: And What Can Happen When the Word for Law Is Literature. *Rhetoric Society Quarterly*, vol. 21, no. 3, 1991, pp. 22–37. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/3885423](http://www.jstor.org/stable/3885423).

WHITE, James Boyd. **The Legal Imagination**. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

WHITE, James Boyd. **When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community**. Chicago: Chicago University Press, 1984.

WHITE, James Boyd. The Rhetoric of Law. *In: SARAT, A.; KEARNS, R., T.; (Org.). Imagining the Law*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1996. p. 29-55.

WHITE, James Boyd. Our Meanings Can Never Be the Same: Reflections on Language and Law." *Rhetoric Society Quarterly*, vol. 21, no. 3, 1991, pp. 68–77. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/3885426](http://www.jstor.org/stable/3885426).

# DEVER MORAL A DESOBEDIÊNCIA: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE RESISTÊNCIA NA LUTA POR DIGNIDADE HUMANA

**Paulo Victor Goes e Sá**

Graduando em Direito (UNICAP). Bolsista (PIBIC).

## INTRODUÇÃO

Por vezes, os caminhos trilhados pelo poder público, leiam-se, as decisões tomadas pelo estado demonstram-se distantes dos interesses sociais. Uma forma de impedir esse distanciamento poderia ocorrer através da contínua participação popular nessas decisões. Contudo, devido à ausência de artifícios institucionais garantidores, essa participação tem sido mínima, razão pela qual a sociedade se utiliza de movimentos sociais como meios acessíveis de expressão de dissenso.

Entretanto, esses movimentos nem sempre conseguem a devida atenção do poder estatal, o que inviabiliza o amparo de suas reivindicações. Consequência disso é a ausência de concretização de diversos direitos e, na contramão dessa efetividade, ocorrerem reformas legislativas que gradualmente promovem sua perda.

Nesse cenário, as práticas estatais demonstram-se ainda mais prejudiciais à população, por essa razão podem ser consideradas incompatíveis a dignidade humana, princípio indispensável no Estado Democrático de Direito.

Levando em consideração o fato de que os meios comuns de mobilização popular tem se demonstrado ineficazes, os movimentos sociais se utilizam de comportamentos mais rigorosos que não se exaurem a meras passeatas. Essa rigorosidade é vista na prática de transgressões simbólicas ao ordenamento jurídico.

Como exemplo podem-se citar as queimas de pneus, bloqueios de rodovias e ocupações a propriedades públicas ou privadas. Essas transgressões são concebidas como atos de resistência conceituados como Desobediência Civil. Tal forma de resistência é uma prática que existe há cerca de muito tempo ao longo da história da humanidade, demonstrando ter papéis fundamentais na luta contra arbitrariedades perpetradas pelo Estado.

A análise desse instituto se justifica porque, apesar de se tratar de forma utilizada comumente pelos movimentos sociais na luta por direitos, não se encontra uma discussão vasta sobre o Direito de Resistência em âmbito acadêmico. Assim, o presente trabalho tem como objetivo abordar acerca da Desobediência Civil e compreender em que medida pode ser reconhecida como um “Direito de Resistência”, isto é, questionar se é possível que esse instituto seja permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será preciso aprofundar sobre as formas de manifestação dos atos de resistência a fim de compreender as possíveis espécies que podem ser consideradas legítimas. Serão analisadas, também, as características dessa Desobediência e alguns desafios enfrentados pelos desobedientes inseridos nos movimentos sociais e, por fim buscar-se-á saber qual o papel dessa forma de resistência no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

## EXPRESSÕES DOS ATOS DE RESISTÊNCIA

Em regra, atos de resistência isolados não se propõem confrontar leis de forma simbólica, isto é, com fim de pressionar o Estado, portanto, não proporcionam melhorias ao ordenamento jurídico vigente, motivo pelo qual o Estado, utilizando da força coercitiva, deve reprimi-los. Por outro lado, algumas formas de resistência demonstraram sua grande importância ao longo da história, deixando legados significativos para sociedade. Destacam-se, dentre essas conquistas históricas, os direitos civis americanos de 1964 que possibilitaram o fim de práticas de racismo institucional. Liderados pelo pastor Martin Luther King, esses movimentos também se utilizaram de transgressões simbólicas, tais como os boicotes.

Nas diversas experiências históricas, a manifestação dos atos de resistência foi revelada em formas específicas de atuação. Na atualidade, alguns desses atos de resistência ainda se encontram presentes nos movimentos sociais como mecanismo eficaz na promoção de direitos. Devido a essa importância, esses atos ganharam o sentido de Direito de Resistência. Para tanto é preciso fazer uma análise sistemática para que se torne possível uma melhor compreensão acerca desse tema, relativamente abrangente, a fim de evitar indevidas confusões sobre o instituto.

De modo geral, o conceito atribuído à resistência, enquanto direito, é o de oposição, ato destinado a não ceder ou a defender-se. O sentido de resistência pretendido aqui está relacionado, mais especificamente, à oposição a determinações legais ou ordens estatais amparadas em lei. A depender da forma ou da razão pela qual seja exercida e de quais sejam seus objetivos essa resistência ao cumprimento de leis ou ordens estatais, pode ser reconhecida como legítima, isto é, de acordo com a aceitação social e amparado pelas normas constitucionais conforme descreve Antônio Carlos Wolkmer (1990):

[...] Sob o aspecto jurídico, a questão de sua legitimidade tem dividido os juristas em “legalistas” e “**não-legalistas**”. Os primeiros proclamam que as leis devem ser obedecidas independente de seu grau de justiça, pois todo cidadão deve submissão às normas estatais sob pena de um castigo adequado. **Os segundos aceitam a Desobediência Civil como a medida apropriada para violar os preceitos legais e intentar a ação processual da inconstitucionalidade da lei.** (WOKMER, 1990, p.22, Grifo meu).

Seria legítimo, pois, pensar na transgressão das leis em defesa das normas constitucionais segundo a corrente não-legalista que proporciona a classificação das formas de resistência apresentada por Wolkmer (1990) entre as quais algumas mais relevantes podem ser apresentadas. Para ele, compreendem-se como Resistências legítimas:

a) Direito de Resistência: encontra-se positivado em algumas constituições e faz frente à ordem jurídica como um todo; b) Desobediência Civil: Conhecida por advir da evolução do Direito de Resistência, esta, demonstra respeito pela Constituição e faz frente a normas particulares do sistema jurídico ao verificar sua obrigatoriedade, sendo garantia não institucional dos direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que dificilmente poderá ser positivada. É uma tática política na qual se busca um resultado posterior, como uma mudança na lei, portanto pode-se expressar de forma indireta e direta, pois, nesta, o descumprimento é a própria lei considerada injusta, naquela, há a transgressão de outra lei não questionada como forma de conseguir a atenção e pressionando o estado a fim de que responda à demanda arguida pelos desobedientes; c) Simples Dissidência: Direito amplamente reconhecido nas constituições democráticas de manifestar a contrariedade a ato oficial, de forma pacífica e ordenada, sem que haja o enfrentamento; d) Movimentos de não-cooperação: praticada por estadistas como Mahatma Gandhi, é entendida como resistência passiva, isto é, passividade mais ampla que a da desobediência, que se limita à omissão e a não violência através de conduta técnica e política destinada a proporcionar mudança social como promover boicotes a instituições sociais

específicas, podendo ter fins compatíveis com a revolução; e) Objeção de Consciência: tem como fundamento a íntima convicção moral, filosófica ou religiosa de indivíduos através do qual justifica a escusa pessoal de determinadas obrigações legais consideradas inaceitáveis, independente de motivação, isto é, “o objetor de consciência mantém em segredo as razões de sua violação do preceito legal” (WOLKMER, 1990, p.28). É constitucionalmente assegurada e se expressa apenas de forma direta, portanto não é uma tática ou estratégia, porque o resultado é alcançado no momento em que não se cumpre a obrigação questionada, além de não ter, necessariamente o intuito de mudar a norma. Podem-se citar, por exemplo, as prestações alternativas ao alistamento militar ou ao voto obrigatório.

De acordo com Wolkmer (1990), tem-se como uma das resistências ilegítimas, a Desobediência Criminal: é a mais frequente dentre todos os atos de resistência e considera-se ilegítima porque além de violar bens jurídicos tutelados, manifestando-se na clandestinamente, isto é, de forma oculta, não se baseia em fins políticos, morais ou religiosos. Não demonstra interesse em chamar a atenção do Estado e da sociedade para um apelo de cunho social ou coletivo.

Outra classificação é proposta por José Carlos Buzanello (2006), que mantém a definição das espécies de resistência, mas entende o direito de resistência como gênero do qual podem ser reconhecidas espécies que se subdividem em categorias distintas a partir da institucionalidade, portanto podem-se citar como direitos de resistência institucionais a Objeção de Consciência, a Greve Política e, diferentemente do que entende Wolkmer (1990), a Desobediência Civil; e as não-institucionais como exemplo a Direito à Autodeterminação dos Povos.

Portanto, no intuito de conciliar as classificações dos autores supracitados opta-se, aqui, por considerar a possibilidade de compreender o Direito de Resistência em seus sentidos amplo e estrito, entretanto, sua acepção será tratada adiante se referindo ao gênero, pois compreende as demais espécies definidas por Wolkmer (1990) e reforçadas por Buzanello (2006). Dessa forma, é possível estabelecer que somente os atos de resistência legítimos são entendidos como direitos de resistência, porém nem todo ato de resistência é direito de resistir.

## **DESOBEDIÊNCIA CIVIL: INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS**

A Constituição Federal promulgada em 1988 retratou um marco importante para história do Brasil, ao promover a redemocratização e garantir aos indivíduos a condição de cidadãos e, por isso, ficou conhecida como Constituição cidadã. A vigência desse regime democrático de direito ainda é recente, considerando o fato de ressurgir há cerca de apenas trinta anos. Como consequência é possível verificar que, por se tratar de uma curta experiência, ainda se encontra em construção.

Alguns problemas, por exemplo, dão-se no exercício dessa cidadania, pois se encontra de forma restrita, como a perspectiva de um direito que se exaure no cumprimento das obrigações eleitorais. As participações da população demonstram-se limitadas ao ponto de discordarem plenamente de práticas estatais, sem expressarem insatisfação e contrariedade.

Em alguns momentos, entretanto, pode-se observar a participação da sociedade, através dos movimentos sociais, no intuito de manifestar suas discordâncias, ao reivindicar a cessação de reformas prejudiciais à população ou mesmo a concretização de direitos meramente enunciados pelo ordenamento constitucional.

Apesar das manifestações serem promovidas dentro dos ditames expressos na carta magna nacional, isto é, de forma pacífica, aberta e previamente avisada, tais movimentos não têm

surtido efeito, isto é, suas demandas permanecem sem resposta. Essa displicência pode ser vista, por exemplo, nas atuações de uma das maiores organizações coletivas do Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST. Conforme destaca Garcia (2000, p.80), “O MST já verificou na prática que as negociações com o Governo, sem as ocupações, passeatas e atos públicos realizados para pressionar, não chegam a lugar algum” de modo que é necessário, por vezes, incomodar o Estado para que possa haver observância às demandas do movimento social, possibilitando mudança efetiva.

Nesses protestos, a coletividade demonstra força se utilizando de transgressões a leis, não com o fim próprio de transgredi-las, mas como estratégia ou tática. Para Luan Guilherme Dias e Lucas de Souza Lehfeld (2017), entretanto, a transgressão pode corresponder também como finalidade conforme destaca:

Em alguns casos, no entanto, a ação organizada desses movimentos esbarra no aparato jurídico tradicional da sociedade. Como forma de pressionar o círculo oficial de poder, através de medidas coletivas contestatórias, **o desrespeito à lei ou a atos emanados de autoridades constituídas é utilizado como estratégia, tática ou finalidade**, em ocasiões que o ordenamento jurídico se mostra insuficiente. (DIAS; LEHFELD, 2016, p.56, Grifo meu).

Os movimentos sociais se utilizam desse instituto tão somente como estratégia, para, como já foi destacado, reivindicar essa atenção estatal bem como conseguir atenção dos próprios indivíduos fora dos movimentos, a fim de ganhar a necessária empatia e consciência da injustiça questionada. As transgressões também podem ocorrer de forma direta ou indireta como, referindo-se a Jorge Francisco Malem Seña (1990), descreve Lucas (2001):

[...] direta ocorre quando se viola a própria lei que se considera injusta. A indireta, por sua vez, caracteriza-se por desobedecer a uma lei em si mesma não-questionável, no intuito de colocar a público o descontentamento com outra lei ou uma prática governamental [...] desobediência **indireta é muitas vezes a única maneira de demonstrar a insatisfação, face à dificuldade de se violar diretamente algumas leis consideradas injustas**. (SEÑA, 1990, apud LUCAS, 2001, p.41, Grifo meu).

Tais formas de transgressão evidenciam o caráter estratégico dos movimentos sociais. Os meios utilizados costumam acontecer, por exemplo, através da realização de bloqueios de rodovias, podendo incluir, ou não, a queima de pneus. Não significa dizer que o objetivo do movimento, com essa queima, seja questionar as leis ambientais que proíbem tal conduta, mas questionar uma prática governamental injusta a qual não há como atacar diretamente.

Outra forma comum é a ocupação de prédios públicos ou privados, geralmente relacionada à luta pela reforma agrária ou para reivindicar a promoção de políticas públicas, além dessas, outras podem ser as formas de atuação. Dias e Neto (2017) salientam:

Em algumas ocasiões, os desobedientes civis necessitam demonstrar força ante o aparelho estatal, seja rompendo obstáculos, obstruindo vias ou destruindo bens insignificantes, para pressionar o poder público, cobrando a alteração da situação que desencadeou o protesto. (DIAS; NETO, 2017, p.360).

Não significa dizer que seriam legítimas as transgressões que resultassem na depredação de bens públicos, como queima de ônibus ou cometimento de crimes que ultrapassariam a esfera estratégica, adentrando em excessos puníveis conforme prelecionam Dias e Lehfeld (2016):

Obviamente, não se busca justificar ou legitimar atos de violência gratuita ou depredações, mas a possibilidade de os cidadãos questionarem de maneira efetiva as instâncias reais de poder, resistindo à opressão, possibilitando o desenvolvimento da própria sociedade e construindo uma cidadania sem amarras (DIAS; LEHFELD, 2016, p.60).

Além do mais, esses atos de resistência presentes em movimentos sociais necessitam, ao máximo, tornarem-se públicos, de modo que possibilitem ao Estado e à população em geral, tomar conhecimento da causa pela qual os integrantes lutam, isto é, da injustiça da lei ou de práticas estatais.

Permitem reconhecer também que esses integrantes são cidadãos reivindicando o reconhecimento de sua dignidade e a efetivação de direitos prometidos pelo Estado e que não se concretizam. Ao mencionar as práticas estatais, cabe destacar que pretende, aqui, referir-se às comissivas ou omissivas que sejam consideradas contrárias aos valores sociais e à própria constituição.

Entre os autores que descrevem sobre os atos de resistência no contexto atual, é pacífica a noção de que a Desobediência Civil é o verdadeiro instrumento tático dos movimentos sociais, pois comportam características próprias deste Direito de Resistência em específico. José Carlos Garcia (2000), referindo-se a esse instituto, destaca-o como:

Um ato a princípio ilegal, público e não-violento praticado por uma pessoa ou grupo de pessoas, com o objetivo de provocar a alteração de lei, política governamental ou prática social e/ou de obter apoio ativo da opinião pública para sua causa. (GARCIA, 2000, p.38).

Nas definições estabelecidas acerca dessa forma particular de desobediência, demonstram-se conter seu sentido originário na medida em que compreendem a possibilidade desse instituto ser utilizado de forma individual, como o pioneiro Henry David Thoreau apresentou. Nos conceitos modernos, entretanto, esse Direito de Resistência distingue-se dos demais pelo fato de desenvolver-se coletivamente conforme, ao referir-se a Norberto Bobbio, salienta Cristiane de Souza Reis (2005):

Bobbio entende também que **um ato de desobediência civil, que é coletivo, se distingue de uma outra espécie de direito de resistência, qual seja a individual**. Afirma ele que a resistência individual em regra é não violenta, enquanto a desobediência civil deu lugar a manifestações de violência. (BOBBIO, sd, apud REIS, 2005, p.sn, Grifo meu)

Aqui o caráter coletivo é evidenciado na noção que cuida de torná-la uma forma específica de resistência, além de retratar que a característica de não-violência é relativa, como poderá ser visto adiante. Acrescenta Geovani de Oliveira Tavares que esse Direito de Resistência deverá:

[...] **ser exercido de forma comunitária, mesmo que seja pela minoria**, e invocado como última opção, quando esgotadas as vias institucionais, e deve visar à legitimação e ao exercício da Cidadania Concreta. (TAVARES, 2003, p.09, Grifo meu).

Nessa perspectiva, o autor reconhece o Direito de Resistência como instrumento de minorias e que deve ser utilizado como exercício de cidadania, não de forma individual, mas comunitária. O fim imediato dessa transgressão pela desobediência civil seria denunciar a injustiça, motivo pelo qual deve ser tolerada, por tratar-se de prática juridicamente justificável, diferente de transgressões ilegítimas que não se equiparam àquela.

Em se tratando, pelas definições modernas, de uma espécie de direito de resistência que se manifesta estritamente em atos coletivos, entende-se que a Desobediência Civil é a tática intrínseca dos movimentos sociais e de protesto, conforme destaca Dias e Lehfeld (2016):

Com respaldo constitucional, a desobediência civil apresenta-se como um **valioso instrumento à disposição dos movimentos sociais, possibilitando o questionamento efetivo de todo o aparato jurídico-legal**. Caracterizada por ser uma espécie do direito de resistência, a desobediência civil concretiza a participação popular na vida pública, dando consistência a atuação coletiva dos movimentos sociais. (DIAS; LEHFELD, 2016, p.59, Grifo meu).



Portanto, as mobilizações coletivas tem a Desobediência Civil como instrumento necessário para pressionar o estado quando, este, demonstrar despreço pelos anseios sociais. É através da do exercício desse Direito de Resistência que se torna possível questionar injustiças das leis ou de práticas estatais, bem como possibilita a criação de canais de diálogo entre grupos sociais e o poder público.

## O papel da Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito

A Desobediência Civil é o resultado dos diversos atos de resistência que foram praticados por vários povos ao longo da história, a fim de livrá-los de opressões, conforme destacam Dias e Neto (2017):

O direito de resistência (*iusresistentia*) constituiu-se desde os primórdios como verdadeiro mecanismo de defesa para os povos, legitimando as mais variadas formas de insurgência contra atos tirânicos de autoridades estabelecidas que atentassem contra a vida ou desrespeitassem valores morais básicos de determinado grupo (DIAS; NETO, 2017, p.354).

A importância desses atos fez com que recebessem o status de Direito. No cenário hodierno essa desobediência é vista no âmbito dos movimentos sociais como um recurso estratégico para lidar com a omissão estatal para promover a efetividade de direitos.

Essa desobediência é, também, entendida como símbolo de maturidade democrática e demonstra-se componente natural da cultura política, tanto que Jurgem Habermas (1988, p.54) descreve: “todo Estado democrático de derecho que está seguro de sí mismo, considera que la desobediencia civil es una parte componente normal de su cultura política, precisamente porque es necesaria”.<sup>1</sup>

No Brasil, entretanto, considerando sua curta experiência democrática, é possível afirmar que as chances desse instituto ser assumido como juridicamente justificável ainda são distantes, conforme discorrem Alves e Lima (2017):

[...] **Historicamente no Brasil, esses atos são tratados como questão de polícia, no entanto, a repressão violenta denota um estágio democrático pouco maduro**, já que bloqueia os mecanismos de expressão de desacordos. Nesse ponto, parte-se do pressuposto de que **a democracia somente se torna possível a partir do momento em que as vozes discordantes possam se manifestar, principalmente quando provêm de grupos minoritários subrepresentados em um sistema de primazia majoritária**. (ALVES; LIMA, 2017, p.02, Grifo meu).

Nessa perspectiva, nota-se que a repressão à Desobediência Civil é sintoma de uma democracia pouco madura, isto é, que ainda se encontra em formação, resultando no dever de o estado superar suas dificuldades em lidar com movimentos sociais, de modo a permitir aos indivíduos o pleno exercício da cidadania.

De acordo com o que salientam Alves e Lima (2017), apesar da visível repressão, esse direito de resistência tem funções importantes para a sociedade tais como o de possibilitar aos indivíduos a condição de protagonistas, permitindo-lhes a participação na tomada de decisões e a favor da abertura de novos direitos, ou contra a perda daqueles já conquistados que se veem ameaçados. Proporciona também resgatar os espaços públicos por intermédio do qual é possível ser efetivamente cidadão.

---

<sup>1</sup> “Todo Estado democrático de direito que está consolidado, considera a desobediência civil como componente de sua cultura política, porque é precisamente necessária” (tradução livre).

Especial função, também representada pela Desobediência Civil, reside no fato de, quando se esgotam as vias administrativas, salvaguardar grupos minoritários que se encontram silenciados dentro de um sistema de primazia da maioria.

Essa função torna possível dar voz às minorias para que tragam seus interesses à pauta de discussão, estimulando o debate mais amplo e abrangente possível. Além do mais, é meio através do qual se torna possível expressar discordâncias para, por exemplo, promover a atualização do direito conforme salientam Dias e Lehfeld (2016):

Ampliando os canais de participação, **a atuação dos movimentos sociais radicaliza o sistema democrático, criando espaços alternativos de concreção da cidadania, a expressão política da liberdade.** Diante da limitação dos meios institucionais para prevenir injustiças, fato facilmente comprovado, **faz-se necessário reconhecer a desobediência civil praticada por movimentos sociais como uma estratégia importante de pressão, ainda que concebida como último recurso ou recurso subsidiário de luta contra as injustiças institucionais.** (DIAS; LEHFELD, 2016, p.59, Grifo meu).

Em suma, é pela Desobediência Civil que se criam canais de diálogos, pois, sem ela, inexistiam, porque o descaso do estado com os movimentos sociais em menor expressão não resultava em mudanças. É através desse meio não-institucional que se pode falar na existência de um amanhã possível.

### **Aspectos gerais sobre Desobediência Civil**

Assimilar a Desobediência Civil de forma mais apropriada requer uma compreensão de suas características que permitirá identificá-la como espécie de resistência que não se confunde com desobediências comuns.

É possível verificar, na concepção de autores engajados em abordar sobre a temática, tais como Vieira (1984) e Buzzanello (2006), a ideia de que Desobediência Civil comporta as seguintes características: a) Presença de fundamentos morais, políticos ou religiosos; b) Coletividade; c) Publicidade; d) Última razão; e) Ausência de violência; f) Sujeição a punições.

Pode-se afirmar que a presença de fundamentos morais, políticos ou religiosos é, entre todas as características, a principal, já que é essencial a essa prática. Esses fundamentos são o que legitimam essa espécie de resistência, tanto que Dias e Neto (2017), ao descrever necessidade dessa desobediência não desviar da constitucionalidade, salientam:

O reconhecimento da desobediência civil no campo criminal, contudo, depende da observância de algumas condições, a fim de que não se instale a balburdia, a saber: o ato ilícito tenha sido praticado em defesa das prerrogativas inerentes à cidadania e que busque a proteção de direitos fundamentais. (DIAS; NETO, 2017, p.367).

Portanto, a prática do contestador civil visa expressar a possível incompatibilidade entre as leis ou práticas estatais em face dos seus fundamentos morais, políticos e religiosos. Esses fundamentos, tendo amparo constitucional, deverão ser preponderantes.

Habermas (1998) compreende inclusive que não pode ser realizada fundando-se em interesses exclusivamente privados, mas apenas de cunho social, coletivo ou difuso. Da mesma forma entende John Rawls (2000) quando salienta:

[...] desobediência civil é um ato político não apenas no sentido de que se dirige à maioria que detém o poder político, mas também porque é um ato que se orienta e justifica por princípios políticos, isto é, pelos **princípios da justiça que regulam a constituição e as instituições sociais em geral.** Na justificativa da desobediência civil, o cidadão **não apela para princípios de moral pessoal** ou para doutrinas religiosas, embora

esses fatores possam coincidir e sustentar as reivindicações apresentadas. (RAWLS, 2000, p.405).

Nesse sentido, o fundamento moral, político ou religioso necessário não permite ser individual, mas coletiva. Bobbio (sd, apud REIS, 2005, p.sn) entende que “um ato de desobediência civil, que é coletivo, se distingue de uma outra espécie de direito de resistência, qual seja a individual”. Esse fator é o que diferencia da objeção de consciência, pois, nesta, permite-se tal alegação por se manifestar, baseando-se em fundamentos próprios de um indivíduo.

Essa característica foi incorporada à Desobediência Civil que, embora tenha sido criada de forma individual por Henry Thoreau, hoje concebe-se que é necessário se manifestar de forma coletiva, sendo, por essa razão, prática apropriada dos movimentos sociais. Mais uma característica da Desobediência Civil é a de que se deve manifestar de forma mais pública possível. Essa publicidade é necessária, pois os movimentos precisam denunciar a toda sociedade as injustiças cometidas pelo estado.

Vieira (1984, p.35) entende que a desobediência civil “evita um tom conspirativo e secreto. A resistência não violenta funciona abertamente, a luz do sol, para quem quiser ver ou ouvir”. Tal característica, a partir de então, permite que outras pessoas reconheçam em que consiste o movimento, seu caráter justo e, por simpatizá-lo, permite angariar novos membros que se identifiquem com a causa ou compreendam a sua importância. Esse fundamento revela que, enquanto ação política, a transgressão ocorre de forma simbólica, isto é, não se pretende transgredi-la propriamente, mas mostrar ao público em geral o descontentamento que faz com que contestem.

Reis (2005) descreve que essa visibilidade é pretendida para expor o vigor moral dessa prática, de tal modo que os acontecimentos devem ser o mais claro possível para as autoridades e para a imprensa. A participação dessa imprensa seria um fator que poderia colaborar para a efetivação dessa publicidade. É válido salientar, entretanto, que a forma como esse ato de resistência é apresentado pelos jornais televisores pode causar o efeito reverso, comprometendo sua existência.

Outra característica também essencial é a de que a Desobediência Civil se dá em última razão, isto é, quando não restarem alternativas através das quais o cidadão possa recorrer para cessar injustiças nas práticas estatais ou formulações legais. Essa característica demonstra que esse ato de resistência ocorre não por opção, mas como uma necessidade para suprir essa ausência de recursos institucionais eficazes em barrar inconstitucionalidades.

Dias e Leheld (2017, p.52) abordam essa característica no instituto ao destacar “a faculdade atribuída ao cidadão de, em *ultima ratio*, opor-se ao poder estatal da maneira que lhe seja mais adequada, ainda que seja necessário recorrer-se a força, como forma de resguardar seus direitos”. Para Reis (2005) essa Desobediência, enquanto último recurso, não impede que os contestadores civis se mantenham permanentemente abertos os canais de negociação com as autoridades.

Quanto à ausência de violência, esta é defendida de forma relativa, isto é, deseja-se ao máximo que não haja qualquer meio violento de atuar porque o intuito desse ato de resistência é fazer com que haja a negociação com o estado para que promova as mudanças necessárias para promover a justiça das leis ou dos atos administrativos.

Para alguns autores, a característica da não-violência, entretanto, poderá ser relativizada a depender do contexto que se insere a Desobediência Civil. Vieira (1984) destaca que:

Ghandi dá preferência ao ato violento quando é impossível lutar contra opressão através de meios não violentos. Portanto, estado **sem condições de usar a não violência, os**

**partidários da desobediência civil acham melhor o ataque pela violência**, condenando a ausência de qualquer ação ou até a covardia [...] perante a injustiça, elevar-se às alturas da resistência não violenta; se for impossível, descer-se mesmo a proteção através da força. Nunca, porém, se cair na omissão ou na covardia, como se coisa alguma não tivesse acontecendo. **O caminho da não violência é indiscutivelmente o melhor, mas a falta de atuação é inaceitável de qualquer modo.** Apenas por tal motivo a prática violenta acaba sendo possível e inclusive honesta [...] a covardia é absolutamente incompatível com a não violência... A violência pressupõe capacidade de ferir. (VIEIRA, 1984, p.34-35, Grifos meus).

Portanto, a não violência se dá a priori, porém não de forma absoluta. Reis (2005) descreve que Garcia (2000) compreende a possibilidade de excepcionar-se pela violência desde que esta ocorra apenas de forma reativa, isto é, a iniciativa do confronto não seja tomada pelos contestadores; e de forma moderada e proporcional, para que sejam reconhecidas a título de legítima defesa. Um exemplo é citado por Garcia (2000) que descreve a iniciativa de violência praticada por fazendeiros, proprietários de terras ocupadas, contra membros do MST, criando os confrontos no campo que, em grande parte, resultam na morte de trabalhadores sem-terra.

Quanto à sujeição dos membros às punições, é descrita por alguns autores como Viana (1984) ao salientar que:

[...] a atitude de lotar prisões liga-se ao fato de que, as campanhas de desobediência civil, seus membros se oferecem em massa para serem detidos [...] lotar prisões, porém, é meio utilizado pela desobediência de forma muito cuidadosa. A princípio, escolhe-se certa ocasião bastante favorável, a fim de evitarem-se sacrifícios enormes aos participantes do movimento de resistência civil (VIANA, 1984, p.41).

Ao contrário disso, é necessário destacar que ninguém está preparado para os efeitos do cárcere, sobretudo os psicológicos. Tanto que Dias e Neto (2017) defendem o argumento de que essa característica parece bastante simplista na medida em que faz parecer fácil aos contestadores civis, por descumprir uma lei considerada injusta, sujeitar-se aos efeitos dessa prisão, tais como a perda de empregos, a privação de liberdade ou da companhia de familiares, adiamento de obrigações, entre outros efeitos.

Diante disso, Dworkin (2005, p.170) destaca que “se um ato de desobediência civil pode alcançar seus objetivos sem punição, isso geralmente é melhor para todos os envolvidos”. Por essa razão, aqui, pretende-se considerar a sujeição a punições como não essencial a prática de Desobediência Civil.

Das características citadas, podemos compreender que a Desobediência Civil de forma alguma deve ser equiparada a formas de desobediência, tanto que Bobbio (2000) descreve a desobediência como:

[...] forma particular da desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de **mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la.** Como tal, é acompanhada por parte de quem a cumpre de justificativas com a pretensão de que seja **obrigatória e seja tolerada pelas autoridades públicas diferentemente de quaisquer outras transgressões.** Enquanto a **desobediência comum é um ato que desintegra o ordenamento e deve ser impedida ou eliminada a fim de que o ordenamento seja reintegrado em seu estado original,** a Desobediência civil é um ato que tem em mira, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais um ato inovador do que destruidor. Chama-se “civil” precisamente porque quem a pratica acha que não comete um ato de transgressão do próprio dever de cidadão, julgando, bem ao contrário, que está se comportando como bom cidadão naquela circunstância particular que pende mais para a desobediência do que para a obediência. Exatamente pelo seu caráter demonstrativo e por seu fim inovador, o ato de Desobediência civil tende a ganhar o máximo de publicidade. **Este caráter publicitário serve para distingui-la nitidamente da desobediência comum:** enquanto o desobediente

civil se expõe ao público e só se expondo ao público pode esperar alcançar seus objetivos, **o transgressor comum deve realizar sua ação no máximo segredo, se desejar alcançar suas metas.** (BOBBIO, 2000, p.127-129, Grifos meus).

Por essa razão é necessário destacar que não se permite desvirtuar a prática de Desobediência Civil, considerando ser um direito imprescindível aos movimentos sociais. No Brasil, nem mesmo há de se falar em positivação direta do Direito de Resistência, o que não significa dizer estar impossibilitado de ser reconhecido. Para tanto, na realidade brasileira, é necessário fazer uma interpretação sistemática da Constituição, conforme propõe a constitucionalista, Maria Garcia:

A norma do **§ 2.º do art. 5.º da CF contém referência expressa a outros direitos e garantias não explicitados** [...]. A partir daí, inevitável se torna o atendimento ao comando constitucional e por este – **pelo regime republicano e democrático de governo e o princípio da cidadania**, elencados entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1.º), ao cidadão corresponde um feixe de privilégios, decorrentes da condição da titularidade da coisa pública e da participação na tomada de decisão do que lhe concerne. **Esse plexo de direitos e garantias da cidadania deverá conter – por definição – o direito da desobediência civil: dentro do ordenamento jurídico, a possibilidade do cidadão, titular do poder do Estado** [...] promover a alteração ou a revogação da lei ou deixar de atender à lei ou a qualquer ato que atente contra a ordem constitucional ou os direitos e garantias fundamentais. (GARCIA, 2003, p.20, Grifos meus).

A referida análise é permeada, em especial, por um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, isto é, o exercício de Cidadania, bem como do Regime Democrático de Direito. Nesse regime de Governo adotado, a autora afirma que deve ser reconhecida a possibilidade de efetiva participação popular na verificação da legitimidade das leis ou atos estatais, cabendo ao Estado, a partir de então, reconhecer a Desobediência Civil como Direito de Resistência implícito na ordem constitucional.

## **DESAFIOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA ATRAVÉS DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL**

A Desobediência Civil, por atuar nos limites da legalidade e, principalmente, por se tratar de mecanismo responsável por contestar poderes hegemônicos, sempre encontrou obstáculos ao longo da história. No cenário hodierno, considerando suas funções, que o tornam um instituto malquisto, não poderia ser diferente, motivo pelo qual as discussões sobre esta forma particular de desobediência são escassas e seu reconhecimento jurídico é relativamente distante.

A mídia é, em geral, um grande fator que contribui para o surgimento desses obstáculos, causando sentimentos de desconfiança por parte da população, sobre os movimentos sociais que lhe insiram como estratégia de luta.

Mesmo que ocorram dentro de todos os limites legais, isto é, sem representar qualquer transgressão, essas mobilizações são prejudicadas por manchetes que versam, por exemplo, sobre práticas isoladas de depredações, abordando aspectos de possível ilegalidade desses movimentos sem, sequer, apontar aspectos fundamentais como a causa que deu ensejo às lutas sociais e seus objetivos.

Leopoldo Volanin (2008) contribui de forma significativa para compreender a forma pela qual a mídia representa um obstáculo ao atingir os movimentos sociais, quando salienta:

A mídia insiste em **ocultar deliberadamente aqueles aspectos da realidade que podem permitir ao cidadão apreender a totalidade dos fatos** de forma a poder emitir um juízo livre, pessoal, completo e não dirigido em relação aos fatos em questão, neste estudo, especificamente os movimentos sociais [...] induz ao seu receptor ao analisar conjuntamente a sociedade, não somente a seleção dos acontecimentos e atores a

serem analisados, como **atribuirá a estes acontecimentos um sentido afinado com os interesses das classes dominantes, com sentido atribuído, não a um puro fato, mas um fato lido e visto por interesses específicos [...] a mídia substitui a notícia das razões das manifestações pelos confrontos com a polícia.** Conhece-se um movimento a partir do confronto. Os movimentos sociais só tornam-se notícias quando a polícia entra em confronto com eles. É por isso que muitos os rejeitam sem conhecê-los. (VOLANIN, 2008, p.8-15, Grifo meu).

Destaca-se, dessa forma, que a veiculação das notícias se dá com recortes estratégicos que evidenciam a finalidade dos meios de comunicação como os televisivos ou jornalísticos, cujos detentores de poder incorporam seus interesses a fim de enfraquecer movimentos sociais através de manchetes.

Essas manchetes são usadas para manipular a interpretação do leitor ou telespectador e, na medida em que se difundem, colaboram para criar uma ideia deturpada de que os movimentos prejudicam a ordem pública e a vida da população. No caso de movimentos sociais que possam inserir a Desobediência Civil como estratégia de ação o desafio tende a ser muito maior, pois a cobertura midiática pode influenciar sua imagem de forma significativa, comprometendo sua existência.

Na contramão do que essa desobediência pode significar para o interesse social e para o Estado Democrático de Direito, constantemente se promove, através da difusão dos meios de comunicação, um sentimento de desconfiança sobre a atuação dos movimentos sociais.

Esse desvirtuamento cria, no imaginário popular, a visão de que a Desobediência Civil é contrária ao Estado e, por isso, deve ser combatida, já que representaria uma prática desrespeitosa às leis e que, por isso, é vista como perigosa e de baderna. É em tal processo, portanto, que ocorre a deslegitimação dessa espécie de resistência e, como consequência, setores sociais clamam para que haja a imposição de sanções aos membros de movimentos sociais.

O mecanismo deslegitimador que possibilita criminalizar as participações nesses movimentos se dá, seguindo a concepção de Nildo Viana (2018), através da prévia incriminação, como salienta:

A repressão precisa ser legítima, pois caso contrário poderá gerar indignação e apoio popular daqueles que foram reprimidos. [...] **a criminalização é uma forma de legitimação. Ela é uma legitimação parcial necessária. No entanto, ela é insuficiente.** Uma lei que proíbe manifestações de rua pode não ser considerada legítima pela maioria da população, por exemplo. Logo, a repressão em relação a uma manifestação de rua é possível devido à criminalização, mas esta nem sempre consegue legitimar essa ação policial [...] a deslegitimação em relação às reivindicações é realizada através da contraposição com a lei, moral, valores dominantes, interesses de outros, etc. [...] **A incriminação é outro complemento necessário [...] a criminalização é uma ação estatal, mas a deslegitimação e incriminação são produzidas tanto pelo aparato estatal quanto pelo capital comunicacional (meios oligopolistas de comunicação), instituições, intelectuais, etc.** (VIANA, 2018, p.132-133, Grifos meus).

Tal cenário mostra como se desenvolve a estratégia de incriminação pelos veículos de comunicação de massa, jogando os cidadãos uns contra os outros para, dessa forma, mitigar as formas de pressão social ao Estado, sendo bastante eficaz ao proporcionar uma criminalização legitimada. Essa criminalização se dá em um processo simples, conforme, referindo-se a Michel Foucault (1988), descreve Reis (2005):

Tendo por base as formulações de Foucault (1988), verifica-se que a **estratégia da criminalização é simples e facilmente formulada na teoria geral do contrato, pois o “criminoso” ao romper o pacto social, torna-se inimigo de toda a sociedade,** não obstante se torne co-partícipe da punição que se exerce sobre ele. A infração lança o indivíduo contra todo o corpo social, formando-se, assim, um formidável direito de punir.

**Verifica-se também, por parte da imprensa uma colaboração neste quadro, um preconceito que se amplia discriminando os movimentos sociais, por meio de preconceitos e de enorme carga imagética contra as lutas e revoltas justas do povo brasileiro. (FOUCAULT, 1988, apud REIS, 2005, p.sn, Grifos meus)**

A análise a estratégia de criminalização de Foucault (1988) apresenta o fundamento pelo qual o estado se utiliza para promover a criminalização dos contestadores civis. Tal motivação, entretanto, apresenta-se contraditória na medida em que o motivo da Desobediência Civil é denunciar a violação dos fundamentos do contrato social, tais como a defesa de direito de seus indivíduos e a proteção contra a opressão e injustiças sociais, realizadas por parte do próprio estado.

Os recortes midiáticos não permitem conhecer a profundidade do conflito que envolve o poder público e os movimentos sociais, além do mais, a imputação de responsabilidade criminal geralmente não se dá de forma coletiva, porque proceder dessa forma evidenciaria o caráter injusto da repressão estatal.

Para tanto existe uma estratégia de aplicação da penalidade que se procede através da responsabilização criminal de um ou de alguns indivíduos que melhor representem os movimentos. Nessa medida, as lideranças surgem como os principais alvos do poder público, pois, assim como preleciona a teoria de Foucault (1998), o imaginário de inimigos do estado se apresentam de forma mais clara. Além do mais, é possível afirmar que as lideranças são comumente criminalizadas porque exercerem funções principais dentro das mobilizações.

De acordo com Edvaldo Vieira (1984, p.27) esses líderes são responsáveis por “preparar os meios de ação: a coragem e o senso de justiça”, verificando-se que são capazes de impulsionar o grupo, conduzir suas formas de atuação e representar os ideais dos movimentos nas possíveis negociações com o poder estatal.

A título exemplificativo, o Relatório de Casos Exemplares sobre a Criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil (2006, p.31) destaca: “a defesa dos direitos indígenas tem colocado como alvo as lideranças indígenas e suas organizações”. Essa criminalização é descrita no mesmo Relatório (2006):

A abertura de processos, patrocinada por autoridades públicas contra lideranças sociais e a acusação direta de que são responsáveis pelo agravamento da situação das instituições de detenção ou de cumprimento de medidas socioeducativas tem atingido lideranças da luta pelos direitos humanos (A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL, 2006, p.11).

Ademais, na medida em que essas lideranças são atingidas, os movimentos têm conseqüentemente grande propensão a se enfraquecer.

Dessa forma, é perceptível como ocorre a deslegitimação de movimentos sociais que dão ensejo a criminalização de seus principais membros. Assim, se promove a intimidação dos movimentos de resistência em suas lutas por direitos, além de retratar a Desobediência Civil como prática bastante arriscada, mesmo sendo considerada uma espécie de Direito de Resistência.

## **Movimentos de resistência e luta por dignidade no contexto atual**

Ao analisar fases em que os movimentos sociais estiveram presentes no Estado brasileiro é possível perceber que algumas se destacam; a primeira se dá quando as mobilizações se intensificaram em resistência ao regime militar em 1970. Esse período inicial foi marcado por reivindicações de melhorias sociais que viriam a partir de direitos. Anos depois, através dessas lutas sociais, foi possível redemocratizar o Estado brasileiro que, em 1988, enunciou em sua carta

política nacional, como fruto de muitos sacrifícios populares, a existência de desses imprescindíveis direitos à sociedade.

A segunda fase ocorre a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 que, apesar de tudo, nas primeiras experiências sociais, mostraram sua pouca efetividade no que se refere à concretização de direitos e, assim, mantiveram-se as demandas sociais, reivindicando, a partir de então, sua efetividade em diversas questões. Por essa razão, os conflitos sociais mantiveram-se presentes, permitindo a continuidade de vários movimentos sociais.

Na fase mais recente, isto é, na terceira, é possível reparar que, embora a efetividade de direitos não tenha sido alcançada e os crescentes movimentos sociais tenham ganhado mais legitimidade, as reivindicações foram, aos poucos, diminuindo:

O aumento no número de protestos – e mudanças no perfil das pessoas que saíram às ruas para protestar – teve, entre suas consequências, uma **maior aceitação da ideia de que ocupar as ruas é uma forma legítima de manifestação. No entanto, os episódios de repressão policial contra manifestantes também aumentaram e acabaram se tornando uma marca da ação do Estado brasileiro.** (EQUIPE ARTIGO 19 BRASIL, 2016, p.10, Grifo Meu).

A redução dos movimentos tem a ver, portanto, com a forte repressão estatal que, embora tenha enunciado direitos diversos, não parece lidar facilmente com pressões sociais que almejem reivindicar a sua prática. A repressão policial é um dos grandes fatores que inibiram consideravelmente a existência desses movimentos. Nessa perspectiva, verifica-se que o estado ainda demonstra uma forte ligação ao seu antigo autoritarismo, tanto que, referindo-se às intervenções nos Movimentos de Trabalhadores Rurais, destacou Volanin (2008):

O expediente de criminalização e as práticas de violência contra os trabalhadores e trabalhadoras rurais sem-terra **revelam o caráter de um Estado ainda preso a um modelo social e político autoritário que, de um lado relaciona entre os seus objetivos e fundamentos:** a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização. (VOLANIN, 2008, p.15, Grifo meu).

Como resultado dessa diminuição de protestos, por causa da repressão estatal, hoje, as reformas governamentais são vistas, cada vez mais, de forma prejudicial ao povo, retirando aqueles direitos que foram conquistados em momentos anteriores, quando os movimentos ainda se formavam como mecanismo popular de luta por direitos.

Algumas mobilizações expressam ideais como “nenhum direito a menos”, entretanto, a fragilidade com que esses movimentos sociais atuam não garantem qualquer sucesso em suas reivindicações. Esse recente contexto evidencia que a sociedade caminha, cada vez mais, em direção da uma espécie de obediência pouco ideal dentro de um regime democrático.

As espécies de obediência às quais, aqui, pretende se referir tratam-se das descritas por Alves e Lima (2017), referindo-se a classificação de Cosi (1984):

**a) obediência consciente: quando os indivíduos obedecem a norma por convicção e certeza de que a obrigação jurídica corresponde a uma obrigação política e moral;** b) obediência formal: aquela que ocorre por hábito e não necessariamente por temor de alguma sanção, há nessa ação certa tendência de apatia política [...] **d) obediência passiva: aqui se inicia a não aceitação da norma, cumprimento apenas em razão da sanção;** (COSI, 1984, apud, ALVES; LIMA, 2017, p.02, apud Grifo meu).

Observam-se duas espécies que se destacam, isto é, a obediência consciente e a passiva. Nesta, como pode-se compreender, os indivíduos obedecem de forma involuntária, na medida em que, embora não achem justa, cumprem pelo temor de uma responsabilização criminal. Naquela, a obediência se dá voluntariamente devido ao fato do destinatário da lei compreender sua



importância e porque, para além de uma possível sanção em caso de descumprimento, entende a lei como justa e o descumprimento como injusto.

Desse modo, a obediência de que a sociedade mais se aproxima trata-se da passiva, pouco ideal na medida em que o cumprimento ocorre, não pelo reconhecimento da legitimidade de leis, mas tão somente pelo mero temor das responsabilizações advindas com a transgressão.

Tal como defendem Dias e Neto (2017, p.355), “o dever de obediência à norma, ainda que inegavelmente necessária ao bom funcionamento da sociedade, mostra-se desarrazoada quando imposto de maneira incondicional”. É preciso, pois, que as normas sejam morais e que a obediência ocorra de forma consciente e pautada na voluntariedade, levando em consideração os fundamentos da própria democracia, isto é, as basilares: soberania popular e dignidade da pessoa humana.

É isto que defendem os contestadores civis, tanto que em suas transgressões, embora acreditem na existência de responsabilizações criminais da qual não desejam, pouco se importam de sofrer as penalidades. Para o desobediente civil, o pior não é essa responsabilização, mas as injustiças presentes nas práticas estatais ou em leis, bem como o silêncio do cidadão diante dessas injustiças sociais tal como destaca Vieira (1984):

É preciso que mil, cem, dez, ou um homem corra o risco de praticar a desobediência civil, sofrendo a punição em seu próprio corpo, como no caso de ser preso [...] **para o movimento de desobediência civil, a maior tragédia não consiste na brutalidade dos partidários da violência. A maior tragédia está no silêncio, na compreensão pouco profunda dos homens de boa vontade.** Isto é pior do que a total incompreensão, do que a total rejeição, por parte dos violentos. **A atitude do indivíduo moderado, que tudo entende, mas nada realiza, mostra como ele é mais amigo da “ordem” do que da justiça.** (VIEIRA, 1984, p.27, Grifo meu).

Assim, a passividade dos indivíduos os torna cúmplices de práticas injustas, pois, embora não concordem com elas, nada fazem para combatê-las. Por outro lado, caso seja preciso, os desobedientes podem, inclusive, sujeitar-se ao cárcere.

Como descrevem Dias e Neto (2017, p.361): “influenciar os demais cidadãos a perceberem que determinados indivíduos estão dispostos até mesmo a sacrificar-se, suportando os tormentos da prisão, para extirpar uma política de Estado injusta”, isto é, a sujeição é tão somente com o fim específico de explicitar essa injustiça. Contudo, não significa dizer que os contestadores civis, ao aceitarem a responsabilização pelos atos de resistência, contentem-se com ela.

Ser penalizado não é o objetivo dos desobedientes, mas tão somente meio através do qual podem atingir seus objetivos. O desobediente tem como objetivo demonstrar a proporção do erro que a sociedade comete ao cruzar os braços diante das práticas estatais injustas, bem como o de pressionar o Estado para que este reavalie suas práticas.

Portanto, o contexto atual demonstra que a repressão do Estado enfraquece a participação popular ao mitigar as expressões de discordância nos movimentos sociais. Os desobedientes, por outro lado, recusam-se a temer essas repressões de tal modo que se sujeitam à penalização como tática através da qual é possível resgatar os ideais democráticos perdidos com o tempo.

## CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho tornou-se possível compreender como a Desobediência Civil tem sido utilizada pelas mobilizações populares como fundamental artifício de pressão social na luta por direitos, contra a perda de direitos já conquistados ou para questionar, de forma ampla,

práticas estatais ilegítimas. Foi possível perceber também que os meios de comunicação influenciam de forma significativa nos rumos de sua atuação, chegando a deslegitimar as práticas dos contestadores civis.

Os meios de comunicação costumam promover uma indevida equiparação entre desobediências comuns e a Desobediência Civil, fazendo com que sofram o preconceito por parte da sociedade que passa a confundir, esta, com aquela. Como consequência, o estado se utiliza de forças repressivas causando uma fragilização dos movimentos de resistência e mitigando essa possibilidade de Desobediência Civil. Por outro lado, a partir da análise de suas características e devido seu papel estratégico de participação coletiva tornou-se possível constatar que essa desobediência não se confunde com transgressões ilegítimas.

Enquanto as desobediências criminais têm fins particulares, promovem a transgressão das leis de forma clandestina, não tem interesse pela reforma das leis ou práticas injustas, não tem fundamento constitucional, razão pela qual são passíveis de controle pelo poder público. A Desobediência Civil, por outro lado, é uma forma de resistência pública, que promove a transgressão de leis de forma simbólica, isto é, para chamar a atenção do poder público com o objetivo de reivindicar direitos ou para contestar injustiças nas práticas estatais quando já não há mais alternativas para saná-las, bem como é fundamentada em questões morais, políticas ou religiosas.

Por essa razão o referido instituto é reconhecido como juridicamente justificável e sua utilização é vista como necessária, cabendo ao estado o dever de tolerá-la. Seu amparo constitucional, isto é, a permissão do ordenamento jurídico brasileiro é um dos motivos pelos quais o poder estatal não deve criminalizar sua utilização em mobilizações sociais, porque sua criminalização seria contrária aos princípios democráticos bem como um impeditivo ao exercício da cidadania. Dessa forma, quando práticas estatais demonstrarem-se incompatíveis aos interesses sociais a Desobediência Civil revela-se, mais que um direito destinado aos cidadãos, como um verdadeiro dever moral de insurgência.

## REFERÊNCIAS

**A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL:** Relatório de Casos Exemplares. Brasília: Setorial de Movimentos Sociais do Pad, out. 2006. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r\\_mndh/r\\_mndh\\_criminalizacao\\_mov\\_sociais.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_mndh/r_mndh_criminalizacao_mov_sociais.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p.45-59, mar. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1790/1111>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília, Editora UNB, 2000. 5 ed.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

COSI, Giovanni. **Saggio sulla disobbedienza civile**. Storia e critica del dissenso in democrazia. Milano: Giuffré Editore, 1984.

DIAS, Luan Guilherme; LEHFELD, Lucas de Souza. **Direito de resistência e movimentos sociais: o agir coletivo na concreção da cidadania**. In: MINHOTO, A. C. B.; MANDALAZZO, S. S. N. (Orgs.). Sociedade, conflito e movimentos sociais. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 1, p.45-64.

Disponível em: <[https://www.academia.edu/32057776/Direito\\_de\\_resist%C3%A2ncia\\_e\\_movimentos\\_sociais\\_o\\_agir\\_coletivo\\_na\\_concre%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_cidadania](https://www.academia.edu/32057776/Direito_de_resist%C3%A2ncia_e_movimentos_sociais_o_agir_coletivo_na_concre%C3%A7%C3%A3o_da_cidadania)>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DIAS, Luan Guilherme; NETO, Zaiden Geraige. Em defesa da Cidadania: A Desobediência Civil como causa suprallegal de exclusão de culpabilidade. **Revista Jurídica Cesumar**, São Paulo, v. 17, n. 2, p.351-373, maio 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5299>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2ª trimptrddion. Barcelona. Ariel, 1995

EQUIPE ARTIGO 19 BRASIL. Violações ao Direito de Protesto no Brasil 2015-2016. **Nas ruas, nas leis, nos tribunais**, p.01-57, maio 2016. Disponível em: <<http://2016brasil.protestos.org>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GARCIA, José Carlos. **De Sem-rostro a Cidadão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

GARCIA, Maria. **A Desobediência Civil Como Defesa Da Constituição**: The Civic Disobedience As Constitutional Defense; Revista Brasileira De Direito Constitucional, N. 2, Jul./Dez. – 2003. Disponível Em: <<Http://Www.Esdc.Com.Br/Seer/Index.Php/Rbdc/Article/View/36/36> >. Acesso Em: 12. Nov. 2019

HABERMAS, Jürgen. La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho. In: HABERMAS, Jürgen. **Ensayos Políticos**. Barcelona: Ediciones Península, 1988. Direito e Democracia: entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LUCAS, Douglas Cesar. **Desobediência Civil e Novos movimentos Sociais**: A construção democrática do Direito.2001. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina., Florianópolis, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Cristiane de Souza. **O MST e a busca pela efetividade da Constituição Federal por meio da Desobediência Civil**. 2005. Disponível em: <[https://www.academia.edu/19501475/O\\_MST\\_E\\_A\\_BUSCA\\_PELA\\_EFETIVIDADE\\_DA\\_CONSTITUI%C3%87%C3%83O\\_FEDERAL\\_POR\\_MEIO\\_DA\\_DESOBEDI%C3%82NCIA\\_CIVIL](https://www.academia.edu/19501475/O_MST_E_A_BUSCA_PELA_EFETIVIDADE_DA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_FEDERAL_POR_MEIO_DA_DESOBEDI%C3%82NCIA_CIVIL)>. Acesso em: 12 nov. 2019.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e o Direito Político de Resistência**. Campinas: Edicamp, 2003.

VIANA, Nildo. A criminalização dos movimentos sociais. **Revista Espaço Acadêmico**. 1, n. 202, p.125-137, mar. 2018. Mensal.

VIEIRA, Evaldo. **O que é Desobediência Civil**. São Paulo: Brasiliense, 1984. 93 p.(Coleção Primeiros Passos).

VOLANIN, Leopoldo. **Poder e mídia: a criminalização dos movimentos sociais no Brasil nas últimas trinta décadas**. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/49496124/poder-e-midia-criminalizacao-dosmovimentos-sociais>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Desobediência civil nas sociedades democráticas. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p.20-39, jan. 1990. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16224>>. Acesso em: 12 nov. 2019.



# GP 32

O ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA E A  
PRAXIS DA ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR

**Coordenação:**

Emiliano Maldonado (IPDMS)

Fernando Goya (UNILASALLE)



## ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DE UM NÚCLEO DE ACESSORIA JURÍDICA POPULAR EM ALAGOAS: ENTRE INSEGURANÇAS E ACERTOS

**Dávila Lorena de Jesus**

Graduanda em Direito (UFAL)

### INTRODUÇÃO

O ensino jurídico brasileiro há muito demonstra suas mazelas e desconformidade com a dinâmica dos fenômenos sociais, privilegiando um método de ensino, em aparência, neutro e positivista. Nesse contexto a prática de Assessoria Jurídica Universitária Popular surge como uma busca pela reafirmação do caráter essencial dos sujeitos que compõem as faculdades de Direito.

Isso se ampara na constatação de que os sujeitos que estão nas Faculdades de Direito passam por um processo de esvaziamento de suas identidades histórico-social, em detrimento de uma uniformização destes que agora são, apenas, “estudantes de direito”.

É nesse contexto que as tentativas de construções populares dentro desta instituição aparenta uma experiência para o “outro” que é o povo, e não para si, posto que, reduzidos à condição de meros estudantes de direito, não disputamos nossas bases na luta cotidiana dos trabalhadores.

No entanto, se é certo que por muitos anos as Faculdades de Direito espalhadas pelo Brasil não eram ocupadas pelos filhos dos trabalhadores e trabalhadoras, com as mudanças advindas da expansão e democratização das Instituições de Ensino Superior, este cenário precisa ser explorado, de modo que entendamos nossa participação enquanto sujeitos dentro de um espaço não pensado na lógica popular emancipatória.

Desse modo, o presente trabalho busca investigar as questões em torno da proposição e construção da dinâmica do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular no Estado de Alagoas, objetivando explorar os seguintes pontos: a) Discutir os vícios presentes na propositura e cotidiano deste, advinda da concepção do povo enquanto “outro”; b) Elenco de dificuldades enfrentadas na propositura e período inicial deste núcleo. Com estes pontos anseia-se sistematizar, discutir e deixar para memória a experiência de construção do Núcleo em questão, de modo que permita pensarmos em táticas para enfrentamento dos problemas presentes nas iniciativas de construção de núcleos semelhantes.

Para tanto, toma-se como base a observação participativa da construção do Núcleo de Assessoria Universitária jurídica Popular Aqualtune, em Alagoas. O início de sua construção data de novembro do ano anterior, de modo que estamos na fase de construção e consolidação desta.

Para trabalhar o ponto B, em específico, utiliza-se a metodologia de entrevistas dos membros que constituem o Núcleo, bem como dos que contribuíram inicialmente na construção. O objetivo de abarcar os que saíram é de tentar mapear os obstáculos encontrados por estes para sua participação.

Além do já explicitado, baseia-se no levantamento bibliográfico que se debruça na discussão teórica da concepção de povo e de esvaziamento do sujeito dentro dessa educação bancária e apolítica que marca as faculdades de Direito de Alagoas.

Propor-se-á, por fim, ações de enfrentamento das dificuldades observadas com base nas saídas encontradas pelo Núcleo e da observação de táticas adotadas por outras organizações populares.

Até então, observou-se a busca pela uniformização dos sujeitos presentes como um modo de moldar as identidades ali presentes na lógica conservadora do Direito, onde o esvaziamento trazido dá-se pela estrutura bancária da educação e da Faculdade de Direito de Alagoas como um não lugar para a existência da classe trabalhadora, apresentando-se como um elemento de resistência ao desenvolvimento da práxis popular.

Por fim, no elenco de dificuldades que estiveram presentes no cotidiano do presente núcleo destaca-se o da distância em relação à Rede de AJUs, posto que já se parte de uma identidade já preenchida, causando desconfiância quanto aos limites e práticas que configuram um AJUP. Outras dificuldades vêm sendo observadas nas entrevistas, a saber: Organicidade de uma AJU, reprodução das práticas e vícios de extensão institucionalizada, delimitação de linhas de atuação em conjunto das organizações populares, entre outras dificuldades.

## **EDUCAÇÃO JURÍDICA NEUTRA E ESVAZIAMENTO DO SUJEITO**

Não bastasse tal modelo esteticamente neutro, não raramente, os primeiros anos da graduação são eficazes para introduzir nos corpos que ali estão, uma identidade coletiva de “estudantes de direito” sobreposta às suas bagagens histórico e identitárias. Isso porque se desenvolve lentamente um processo de adequação dos sujeitos, em sua diversidade, à lógica do ator jurídico, semelhantes, destacados - em sentido de distanciados - da massa da sociedade para se formar e se adequar a pequena casta social do mundo jurídico.

Não rara são as ansiedades destes (ou nossas) para incorporar no cotidiano alguns elementos que compõem a estética deste ator jurídico. As vestimentas formais e acaloradas, o linguajar “juridiquez”, se possível termos em latim, são apenas alguns dos exemplos mais notáveis.

Nesse sentido, destaque-se o ensinamento que traz Lopes (1997), ao discutir a crise do ensino jurídico e seus reflexos na formação do ator jurídico e na atuação deste durante sua vida profissional:

A crise do ensino jurídico pode ser verificada em dois momentos distintos: na formação do ator jurídico e na sua atuação prática como profissional do Direito. Tanto na aplicação do Direito quanto na formação do ator jurídico está presente um conjunto de práticas, valores, procedimentos, concepções, condicionantes culturais e históricas, que compõem um ideário do ator jurídico.

Assim, no que tange a uniformização destes corpos advindos de camadas sociais menos abastadas faz-se indispensável um programa anterior de intervenção, o que aqui se pretende designar como sendo fruto do processo de esvaziamento histórico social do sujeito que ali está. A partir disso, não são mais meramente filhos e filhas de trabalhadores, artesãos, funcionário

público ou vendedor, indistintamente, passam a figurar como estudantes de direito, num contexto mitológico de igualdade, vista sob o aspecto meramente formal.

Isso nos leva a uma reflexão necessária, quanto ao papel das Universidades Públicas, posto que embora seja certo o avanço e a democratização, sobretudo, na inserção de classes menos favorecidas nos cursos de nível superior, trouxe mudanças sutis no que tange ao vetor de conformidade destas em relação a manutenção da ordem social.

“Pensar é a maior transgressão que existe”. Não será essa uma máxima equivocada, ensinada pelo personagem Sr. Ringold na obra literária “Casei com um comunista”, de Philip Roth (1988), desde que compreendida, certamente, dentro da necessidade do exercício do pensamento crítico, “onde se usa o nó dos dedos para martelar cada sílaba na sua mesa”. Ou, ainda, dentro de uma perspectiva crítica de pensamento que possibilite refletir o lugar social que ocupamos neste mundo, refletir o porquê milhões de pessoas vivem a beira da sociedade, ou utilizando de menos requinte, o porquê há milhões de pessoas com fome.

O que se percebe é que por debaixo do véu de neutralidade que encobre a educação jurídica - noção mais condizente com a proposta de reflexão do presente ensaio, por se demorar na prática extensionista, escondem-se visões políticas que leem a sociedade de modo distanciado e apartado dos problemas e tensões político-sociais, cujo uso tático do direito em prol das classes populares e a construção de uma educação jurídica popular não aparecem em tom relevante.

Importante ressaltar, ainda, ante o exposto, que segundo a pesquisa realizada no ano de 2016, pelo Fórum dos pró-reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis (Fornaprace), que trata do perfil socioeconômico e cultural dos estudantes da graduação, no Nordeste brasileiro cerca de 76% de estudantes que estão nas Instituições Federais de Ensino Superior são advindos de famílias com renda de até 1,5 salário mínimo. Ou seja, a pesquisa supracitada nos traz um indicativo central para o presente ensaio, o de que estas instituições estão ocupadas em predominância pelas camadas mais populares da sociedade e, assim, mais vulneráveis a crise instalada.

É de certo que essa estatística precisa, necessariamente, ser individualizada para a realidade dos cursos de Direito, marcados expressivamente pelo teor elitista e ocupado em grande parte por sujeitos de famílias abastadas. Por outro lado, é certo também que os últimos anos fora marcados por um aumento significativo na ocupação de sujeitos pertencente a núcleos familiares vulneráveis socioeconomicamente, por meio da implantação de políticas que ampliaram o acesso - e permanência, ao ensino superior, público e privado, nos cursos de Direito.

De todo modo, o panorama acima mencionado não anseia trazer dados rígidos acerca da presença da classe trabalhadora dentro do grupo “estudantes de direito” que preenchem as faculdades, mas sim, elucidar que estes existem dentro destes espaços políticos, muito embora sua auto representação e representação sejam discutivelmente uniformizadas, por meio do esvaziamento de suas condições de trajetória e história enquanto pertencentes a determinados grupos sociais.

O entendimento, contudo, que se tem da noção de sujeito, a título do presente ensaio, deve ser lida à luz da pedagogia freireana, onde se desenvolve dentro de sua própria arquitetura de conhecimento, pois apresenta-se como uma categoria completa se entendida enquanto uma noção que se relaciona a partir de sua interação com a comunidade, dialogicidade e por meio da indagação de sua condição histórico-cultural.

Nesta esteira, é que traz-se a luz da discussão uma reflexão do grande educador Paulo Freire, trabalhando a educação bancária em contraponto a uma educação libertadora que permita uma efetiva busca pela transformação da realidade:

“Conhecer, na dimensão humana, (...) não é o ato através do qual um sujeito, transformado em objeto, recebe, dócil e passivamente, os conteúdos que outro lhe dá ou impõe. (...) O conhecimento, pelo contrário, exige uma presença curiosa do sujeito em face do mundo requer sua ação transformadora sobre a realidade. Demanda uma busca constante. Implica em invenção e em reinvenção. Reclama a reflexão crítica de cada um sobre o ato mesmo de conhecer, pelo qual se reconhece conhecendo e, ao reconhecer-se assim, percebe o ‘como’ de seu conhecer e os condicionamentos a que está submetido seu ato. (...) Conhecer é tarefa de sujeitos, não de objetos. E é como sujeito, e somente enquanto sujeito, que o homem pode realmente conhecer” (FREIRE, 2002 p. 27).

Se tomamos como certa tal constatação, é de indagarmos: Este processo de inserção destes sujeitos provenientes de classes vulneráveis socialmente no processo de educação jurídica, nas suas dimensões de pesquisa, ensino e extensão, não deveriam acumular uma força motriz capaz de buscar uma potencialização dos direitos fundamentais, da dignidade humana em sua concretude, a desembocar numa mudança significativa nas intervenções do direito perante a realidade a que pertencem esses novos integrantes do mundo jurídico? À semelhança do que traz a proposição de FREIRE (1967), ao perseguir as relações entre o processo de democratização, ascensão e uma educação contrahegemônica, a seguir transcrito:

O que teríamos de fazer, uma sociedade em transição como a nossa inserida no processo de democratização fundamental, com o povo em grande parte emergindo, era tentar uma educação que fosse capaz de colaborar com ele na indispensável organização reflexiva de seu pensamento. Educação que lhe pusesse à disposição meios com os quais fosse capaz de superar a captação mágica ou ingênua de sua realidade, por uma predominantemente crítica. Isto significava então colaborar com ele, o povo, para que assumisse posições cada vez mais identificadas com o clima dinâmico da fase de transição. Posições integradas com as exigências da Democratização fundamental, por isso mesmo, combatendo a inexperience democrática.

Pois bem. É sobre essa reflexão que se debruçará mais adiante, buscando problematizar como se manifesta a experiência da extensionista/de comunicação perante as vivências de Assessoria Jurídico Popular, a partir da experiência participante e particular no NAJUP Aqualtune, dentro do contexto da Faculdade de Direito de Alagoas, centralmente.

## **DIFICULDADES ENCONTRADAS PELO NÚCLEO DE ACESSORIA JURÍDICO POPULAR AQUALTUNE**

### **Uma breve apresentação do NAJUP Aqualtune**

O NAJUP Aqualtune é composto por sujeitos da Universidade Federal de Alagoas e do Centro de Educação de Maceió, todos alunos da graduação do Curso de Direito, tendo surgido em meados de novembro de 2018, de modo que vem definindo as linhas de atuação, organicidade e até mesmo identidade de modo recente.

Recebeu esse nome em homenagem a luta real e simbólica contra a exploração e escravidão e do significado exalado pela Aqualtune, mulher, negra escravizada, que conseguiu em meios às mais diversas opressões forjar espaços de resistência e de libertação do povo, como foi o caso do Quilombo Zumbi dos Palmares.

Por outro lado, faz-se importante salientar que esta não foi a primeira tentativa dentro dos últimos 2 (dois) anos de construir e consolidar um núcleo popular e universitário de assessoria popular. Neste período, as tentativas passaram por processos de frustrações, tendo esta última desembocado do retromencionado Núcleo, que é objeto da observação para o presente ensaio.

Além disso, tem-se relatos vagos de existência de outros Núcleos de Assessoria Jurídico Popular composto nas trincheiras da Universidade Federal de Alagoas, mas nada consolidado em



termos de memória para alumiar as novas construções, a partir do encontro entre as gerações que vivenciaram esta experiência em momentos temporais distintos.

Neste espaço, deixe-se elucidado que a tentativa de quem escreve não é a de trazer respostas exatas para os processos de frustrações e de dificuldades encontradas no cotidiano destas organizações populares. Até porque tal anseio seria mais adequado ser materializado no conjunto da práxis e reflexão do próprio grupo que compõe, sendo, portanto, reflexões a partir da observação e provocações particulares do lugar donde falo.

## **A REPRESENTAÇÃO DO POVO ENQUANTO O “OUTRO”**

A reflexão exarada acima é indispensável para compreender um dos pontos que durante a observação e participação da vivência no Núcleo demonstrou-se como sendo uma das inconvenientes expressivas na feitura constante nas atuações do Núcleo de Assessoria.

Não é difícil deduzir que no contexto da educação jurídica tradicional, composta por atores jurídicos embebidos da cultura jurídica, expressada pela sua estética peculiar e pelo ajustamento dos sujeitos que adentram os espaços das academias, a uniformização dos corpos que ali estão é um programa recorrentemente exitoso.

Assim, a representação e imagem criada sobre si próprio, fruto do esvaziamento para posterior colocação do sujeito dentro de um roteiro do personagem novo que é o ator profissional é fator primordial para o distanciamento deste com a massa dos cidadãos, que aqui opto pela utilização da noção de povo. Ressalte-se, no entanto, que tal noção deve ser entendida dentro do campo de significação do conjuntos de grupos sociais que na confluência do processo formativo brasileiro gestou esta parcela da sociedade explorada pela lógica excludente, deixando os trabalhadores à margem dos privilégios, a luz das reflexões do antropólogo e formador popular Darcy Ribeiro.

Este povo, portanto, parece como o “outro”, cuja noção coletiva de identidade não abrange estes novos estudantes de direito. Isso porque, como já demonstrado, observa-se uma deficiência destes “estudantes de direito” em trabalhar criticamente um olhar para si, como sujeito condicionado a determinadas limitações, opressões e que pertence a uma comunidade, sendo possuidor da capacidade de intervir na transformação da mesma. Não raramente, fecha-se os olhos para as tensões sociais externas aos corredores.

Sobre isso, é tendencioso lembrar de uma passagem do autor do Povo Brasileiro, Darcy Ribeiro, ao trabalhar a indiferença que isolam as castas e guetos:

“O espantoso é que os brasileiros, orgulhosos de sua tão proclamada, como falsa, “democracia racial”, raramente percebem os profundos abismos que aqui separam os estratos sociais. O mais grave é que esse abismo não conduz a conflitos tendentes a transpô-lo, porque se cristalizam num *modus vivendi* que aparta os ricos dos pobres, como se fossem castas e guetos. Os privilegiados simplesmente se isolam numa barreira de indiferença para com a sina dos pobres, cuja miséria repugnante procuram ignorar ou ocultar numa espécie de miopia social, que perpetua a alternidade.” (Ribeiro, 1995)

Mas o que essa concepção do povo enquanto o outro repercute na construção e consolidação do Núcleo, para ser entendida, precisa ser vista por dois viés. O primeiro diz respeito à nossa formação jurídica e hábito de trabalhar, já conformado pela lógica de formação do ator jurídico, a partir do modelo de educação bancária, presente desde os primeiros contatos com a experiência escolar, a partir da transferência de conhecimento, ou ainda, da leva de direitos para “os espaços populares”, onde propomos contribuir.

Afinal, como assevera Paulo Freire, em seu livro *Pedagogia da Indignação*:

Nenhuma “ordem” opressora suportaria que os oprimidos todos passassem a dizer: ‘Por quê?’ Se esta educação somente pode ser realizada, em termos sistemáticos, pela sociedade que fez a revolução, isto não significa que a liderança revolucionária espere a chegada ao poder para aplicá-la. No processo revolucionário, a liderança não pode ser “bancária”, para depois deixar de sê-lo. (Freire, 1987, 178)

Esta preocupação é recorrente na vivência, dada à nossa impotência diante da busca por uma comunicação popular, enquanto um processo gradual que se apreende no caminho. Nos primeiros momentos de articulação e prática da assessoria jurídico popular tem-se a sensação compartilhada em falas, curiosidades, que transpassam a compreensão que se tem dos companheiros que estão sendo “assessorados” juridicamente como o outro, ainda que os integrantes do Núcleo sejam advindos do seio familiar de trabalhadores e trabalhadoras, pertencentes ao povo.

Portanto, o que se percebe é que partindo de tal distanciamento, o trabalho que se desempenha tem o formato de uma ajuda ao outro, que é o povo, e não uma ação transformadora de acumulação na emancipação do povo, que somos, ao final, nós. Ressalte-se que alguns conseguem interpretar tal atuação como não sendo para o outro, mas para si em comunidade, embora parto da percepção que não é a consciência majoritária do grupo.

Tal observação resvala numa necessidade de intervenção e formação teórico-prática de identificação do nosso lugar na sociedade brasileira, cultivando a compreensão de classe, onde o uso tático do direito estará posto a serviço da nossa emancipação ou para a diminuição das desigualdades sociais e violências que se impõe nessa sociedade desigual.

O outro viés, é o do não encantamento de práticas populares dentro do contexto das faculdades de direito, diante da reflexão já exarada da cultura jurídica de formação de atores jurídicos e conformados a este mundo. Não é estranho dizer que os “estudantes de direito”, não raro, não estão preocupados em intervir em tais processos que não irão contribuir para destacá-los dentro do universo tradicional profissional.

## **INSEGURANÇAS NA VIVÊNCIA DE UMA NOVA PRÁTICA COLETIVA – UMA ASSESSORIA JURÍDICO UNIVERSITÁRIO POPULAR**

O que é uma Assessoria Jurídico Universitária Popular? Quais práticas se configuram como sendo inerente a uma AJUP? Quais práticas não se encaixam num núcleo voltado a AJUP? Qual organicidade do Núcleo é condizente com uma prática de Assessoria Popular? Onde atuar? Com quem atuar?

Essas são algumas das perguntas que embora saibamos que muitas delas devam ser respondidas a partir da observação peculiar das condições específicas do grupo de sujeitos que compõe o Núcleo de Assessoria Jurídico Popular, foram e são recorrentes na proposição do NAJUP Aqualtune. Isso porque não se está diante de uma nova prática, inovadora, no sentido de não estar ligada a outras experiências. Ao contrário, é núcleo que reivindica uma identidade dinâmica, mas com significados e significantes próprios, já preenchidos e que unem um conjunto de experiências sob a ideia de AJUP.

Neste sentido, abaixo estão elencadas algumas dificuldades percebidas na proposição dos grupos de assessoria jurídico popular nos últimos dois anos.

## **Distanciamento com as rede de AJUS**

Como dito, uma das principais, diria, dificuldades encontradas é este certo distanciamento dos embriões de AJUP das experiências similares mais consolidadas, ou ainda, com a rede de AJUPs. Sobre este ponto, é importante realçar que este distanciamento não deve ser entendido de modo unilateral ou como uma crítica ao funcionamento destas redes.

Ao contrário, deve ser entendido como uma observação que é fruto de um processo de inexperiência do núcleo, inclusive, de como se relacionar e estreitar relações com a Rede, bem como com outras experiências mais solidificadas e antigas.

Diante disso, gera-se um conseqüente insegurança na maneira de tocar os processos de construção do Núcleo por não conhecer mais estreitamente as vivências similares em torno desta atuação popular, impossibilitando dimensionar os limites, os acertos, as possibilidades, por exemplo.

Tal situação de isolamento do Núcleo Aqualtune deve ser ainda entendido no contexto em que pouco se tem de organizado em torno da experiência da própria advocacia popular, no Estado de Alagoas, de modo que a própria busca por experiência e inspirações no campo profissional ou em outros campos, numa perspectiva popular, aparece limitada.

Portanto, pouco se irradia em torno das táticas de atuação, das experiências exitosas e não exitosa e, sobretudo, da mística da construção popular que deve acalorar os processos de construção dos Núcleos de Assessoria Jurídico Popular.

## **Organicidade**

Outro ponto de destaque nas dificuldades enfrentadas é no que tange ao delineamento e estruturação do grupo, uma vez que o aumento de sujeitos construindo estes sugerem a necessidade de algum tipo de organização entre estes para que possam ser tocadas as tarefas organicamente por todos os membros.

Por outro lado, tem-se a dificuldade de estabelecer qual os métodos utilizados, sob pena de reconstituir uma prática de organização apreendida no contexto das demais extensões tradicionais, ou ainda, nas experiências de Centro Acadêmico, Diretórios ou outras organizações, cuja horizontalidade não figura, necessariamente, como um ponto observado.

## **Linha de atuação**

A delimitação da linha de atuação, nos primeiros momentos, é uma das etapas mais difíceis. Isso porque o que se propõe não é uma atuação que se limite aos corredores da universidade, mas sim uma atuação que busque dentro e fora desta as tensões sociais coletivas, de modo que possa-se contribuir na solução ou no enfrentamento destas, por meio da intervenção do Núcleo.

Mas o que se constitui como contexto possível de atuação de um Núcleo de Assessoria, quais demandas são passíveis e adequadas para intervenção deste. Mas não só. Outra peculiaridade é a de compreender o sentido da atuação, de modo a encontrar um vetor que contribua na busca prática pela noção de assessoria e não se limitar a noção de assistência.

Ou ainda, discussão presente até hoje e que é ensejadora de embates mais incisivos, é quanto à possibilidade ou não de construir a “assistência jurídica”, em certas situações. Nestes

momentos, recai-se, novamente, na indagação em torno da ausência de conhecimento das práticas e vivências desenvolvidas no seio de outras AJUPs.

Por outro lado, as próprias comunidades, grupos que recebem a proposta da assessoria adentram na construção com uma percepção formada a respeito da atuação de um grupo que, a priori, é de cunho jurídico. Isso se deve também ao fato da cultura jurídica discutida acima também externar suas mensagens para os sujeitos que não compõem o seletivo grupo dos atores jurídicos.

A título de socialização tal problema foi inicialmente “sanado” na provocação para o diálogo com lideranças de movimentos sociais expressivos no contexto do Estado de Alagoas, bem como nos encontros proporcionados por esta imersão, conhecendo outros sujeitos que sozinhos ou em coletivo, enfrentam as trincheiras da advocacia de um modo diferenciado, já tendo tido, inclusive, contato com a experiência da advocacia popular organizada.

Não obstante, são reiteradas as provocações internas em torno da insegurança quanto à maneira de atuar, das práticas que configuram a assessoria jurídica e popular.

### **Em contraponto as inseguranças, a construção cotidiana dos acertos**

Como se anuncia no título deste ensaio, o que se pretende não é apenas trazer à tona, as experiências em torno das inseguranças enfrentadas pelos que compõem o NAJUP Aqualtune, mas antes disso salientar esta construção de comunicação popular, como uma experiência necessariamente de reafirmação do caráter de sujeito social, com trajetória, história e capacidade crítica.

Essa capacidade crítica, inclusive, é colocada como ponto de partida para olhar para si, como sujeito condicionado a determinadas opressões e que pertence a uma conjunto social, onde a experiência do núcleo proporciona uma busca pela própria emancipação que só se dá coletivamente.

Assim, a experiência do Núcleo vem explorando a necessidade de cultivar diariamente a experiência democrática, buscando manter alumiada a indignação perante a violência contra o povo, que deve perpassar na pluralidade de quem somos, de onde viemos e para onde queremos ir, tendo em mãos a nossa capacidade de intervir no mundo. Vejamos a reflexão em Ação cultural para a liberdade:

Diferentemente dos outros animais, que são apenas inacabados, mas não são históricos, os homens se sabem inacabados. Têm a consciência de sua inconclusão. Aí se encontram as raízes da educação mesma, como manifestação exclusivamente humana, isto é, na inconclusão dos homens e na consciência que dela tem. (...) Enquanto a concepção ‘bancária’ dá ênfase à permanência, a concepção problematizadora reforça a mudança. Deste modo, a prática ‘bancária’, implicando o imobilismo, se faz reacionária, enquanto a concepção problematizadora que, não aceitando um presente ‘bem-comportado’, não aceita igualmente um futuro pré-dado, se faz revolucionária. (Freire, 1981, p. 102 e 104)

A existência e o cotidiano da assessoria jurídica popular é, por si só, uma experiência exitosa e um acerto. Assim, também deve ser prática da avaliação de intervenção e atuação, que sugere, em alguns momentos, inseguranças e equívocos, comuns a qualquer construção popular, cujos acertos e respostas para as problematizações suscitadas deverão ser encontradas no seio da experimentação e do cotidiano desta.

Portanto, sabe-se que tais respostas não são encontradas por meio de fórmulas ou a mera reprodução de outras experiências populares. Assim assevera, esperançoso, Paulo Freire na sua Pedagogia da Indignação:

No fundo, esta “vocação” para a mudança, para a intervenção no mundo, caracteriza o ser humano como projeto, da mesma forma que sua intervenção no mundo envolve uma curiosidade em constant disponibilidade para, refinando-se, alcançar a razão de ser das coisas. Esta vocação para a intervenção demanda um certo saber do contexto com o qual o ser relaciona ao relacionar-se com os outros seres humanos e ao qual não puramente contacta como fazem os outros animais com o seu suporte. Demanda igualmente objetivos, como uma certa maneira de intervir ou de atuar que implica uma outra prática: a de avaliar a intervenção. Seria uma contradição se, inconcluso e consciente da inconclusão, o ser humano, histórico, não se tornasse um ser da busca. Aí radicam, de um lado, a sua educabilidade, de outro, a esperança como estado de espírito que lhe é natural. Toda procura gera a esperança de achar e ninguém é esperançoso por teimosia. É por isso também que a educação é permanente. Como não se dá no vazio, mas num tempo-espaço ou num tempo que implica espaço e num espaço temporalizado, a educação, embora fenômeno humano universal, varia de tempo-espaço a tempo-espaço. A educação tem historicidade. O que se fez na Grécia antiga não é exatamente o que se fez na Roma também antiga. Assim também não poderia ter sido repetida no medievo europeu o que se fez com a Areté heróica na velha Grécia. (Freire, 2000, p. 55)

## CONCLUSÃO

A memória é sem dúvida uma das maiores armas no acúmulo de forças em torno das experiências populares, para a superação da lógica de exploração. E é este o principal objetivo das reflexões que se desenrolaram até aqui. Isso porque não se pretendeu exaurir os problemas e discussões em torno da prática de Assessoria Jurídico Universitário Popular.

Ao contrário, sugeriu-se uma reflexão a partir da experiência participativa na proposição de uma prática popular, inserida num ambiente marcado pelo normativismo, pela falsa neutralidade e pelo esvaziamento dos sujeitos que o compõe.

Assim, procurou-se demonstrar o antagonismo da educação jurídica hegemônica perante a prática popular de assessoria, dado que a primeira se demora na busca pela adaptação dos corpos à cultura jurídica com toda sua estética e não a construção de um sujeito transformador da realidade, ou ainda, a construção de um ator jurídico e não um construtor de mudanças sociais. Nesse sentido, educa-se para ajustar-se às conjunturas diversas na sociedade impostas pelos interesses hegemônicos, de que são frutos, e não para se subverter-se ao mesmo, como uma prática emancipatória.

A concepção arraigada do povo como o “outro” impõe a necessidade de se trabalhar com veemência dentro e fora das universidades, a noção de pertencimento e consciência. Por outro lado, também, impõe a necessidade de disputarmos os sujeitos que adentram o contexto da universidade e, em específico, dos cursos de direito, de modo que seja possível uma aproximação destes com a realidade social e suas tensões e, ao mesmo tempo, uma aproximação para a construção de usos táticos do direito em prol dos mais vulneráveis, das demandas coletivas, enfim, das necessidades do povo.

Do ponto de vista das dificuldades enfrentadas, pode ser uma intervenção que contribua na diminuição destas, o fortalecimento e aproximação da rede de AJUPs dos Núcleos que estão em processo de iniciação, a proliferação de redes mais estreitas partindo de um caráter mais regional, cartilhas de socialização que constem relatos de organicidades adotadas, linhas de atuação, relatos de experiências, a busca pelo “apadrinhamento” de próprios núcleos de assessorias mais antigos, entre outros registros de memória.

## REFERÊNCIAS

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 184 p.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 43ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. 144 p.

FREIRE, P. **Educação como prática da liberdade**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

FREIRE, P. **Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

FREIRE, P. **Extensão ou comunicação?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002

FREIRE, P. **Ação cultural para a liberdade**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra. 1981

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**. Companhia das Letras, São Paulo, 1995/1996.

# A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR: O CASO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DA COMUNIDADE CAIC DA CIDADE DE CANOAS, NO RIO GRANDE DO SUL

**Fernando Goya Maldonado**

Advogado. Doutor (Universidade de Coimbra). Mestre (Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati).

**Camila Belinaso de Oliveira**

Advogada. Mestranda em Direito e Sociedade (UNILASALLE/Canoas-RS).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, através de um estudo de caso, refletir sobre experiência de assessoria jurídica junto a reforma do Estado, ao pluralismo jurídico e as intensidades democráticas. Através, assim, dos marcos da assessoria jurídica popular, voltadas para prática legal junto a comunidades, busca-se estimular uma compreensão de perspectiva crítica do direito e de sua operabilidade. O trabalho, no entanto, busca ir além do debate circunscrito a prática do direito, adentrando em temas como regularização fundiária, participação social e democracia.

Sob esse objetivo, o trabalho divide-se em três grandes momentos. No primeiro momento, promove-se um recorte teórico-analítico sobre a produção do cânone democrático, através das ancoragens teóricas das democracias de baixa e de alta intensidade. Para tal, torna-se relevante refletir sobre a ascensão dos padrões democráticos no pós-Segunda Guerra Mundial, como marco de uma terceira onda de democratizações global.

Em sequência, no segundo momento, aborda-se a temática da reforma do Estado e participação social. Nesse ponto, com especial suporte de Archon Fung, apresenta-se três grandes modelos de reformas e inovações na gestão do setor público (eficácia da hierarquia; concorrência e participação social). O terceiro modelo exposto, denominado pelo autor de reforma de participação empoderada, terá maior ênfase para o trabalho.

No terceiro e último momento, articula-se o marco teórico analítico do cânone democrático e reforma do Estado com a experiência de regularização comunitária do CAIC, da cidade de Canoas, no Rio Grande do Sul. Através, assim, da aplicabilidade da teoria a um estudo de caso, busca-se expor os avanços, dificuldades e retrocesso da práxis jurídica junto às comunidades.

## DEMOCRACIAS DE BAIXA E ALTA INTENSIDADE

A ascensão do modelo liberal como projeto hegemônico ao longo do último século é inegável, de modo que o liberalismo político e econômico liderou enquanto modelo socioeconômico, consolidando-se também no transcorrer do século XX. Desse modo, mesmo que os paradigmas da modernidade (séculos XVI e final do século XVIII) não apresentem apenas a lógica do capital como forma de produção, como, por exemplo, não ocorre no socialismo marxista, é o projeto liberal que se consolida como projeto hegemônico no século XX.

Sobre a ascensão do projeto liberal, explica Sader (2002), que o fracasso dos modelos antiliberais, o “socialismo soviético”, o fascismo e o Keynesianismo, distintos entre si, ensejaram certa acessibilidade à consolidação do liberalismo político e econômico sob determinantes do Estado mínimo.

Assim, teses do fim da história apresentadas por Fukuyama (1992), proveram o suporte teórico-prático à hegemonia da democracia sob um viés liberal. Essa hegemonia, todavia, não foi provida sem mecanismos coercitivos (MARICATO, 2009) e ambigüidade entre a promessa de desenvolvimento, com a produção e reprodução da pobreza (MACAMO, 2006). Percebe-se que são diversos os atores e intensas as suas escalas na atuação para o fortalecimento e a estabilização das democracias liberais nos países em transição democrática, considerando as tensões entre o sistema capitalista e o regime democrático.

Tão logo, a legitimação do sistema hegemônico recorreu ao crescimento e expansão desse modelo de democracia com liberalismo, cuja tensão centra-se no potencial redistributivo e de gestão compartilhada do poder, aos quais podem ser profundamente prejudiciais para o modo de produção capitalista. Nesse sentido, o receio de imprimir aos regimes em transição um sobrepeso democrático, com a inclusão política de grupos sociais anteriormente excluídos, duas perspectivas foram promovidas, a de garantir a priorização do acúmulo de capital frente à redistribuição social e a de limitar a participação cidadã (MALDONADO, 2015)

Assim sendo, a participação popular reduzir-se-ia somente ao processo de eleição representativa; formada, portanto, pela elites políticas que proviriam os suportes teóricos e práticos fundamentais para a manutenção de regime político demoliberal, com suporte ao desenvolvimento econômico fundado no acúmulo de capital. Logo, a democracia procedimental acaba por esvaziar de substancialidade o regime democrático, uma vez que não importariam os resultados das decisões políticas advindas desse método.

Desse modo, colocar o processo de seleção dos representantes políticos como propósito primeiro da democracia torna-se uma conveniente posição na busca de distensionar democracia e capitalismo, visto que, nessa perspectiva, os interesses econômicos podem encontrar o respaldo, tanto discursivas, quanto coercitivo do sistema democrático. Esse respaldo fortalece a manutenção e expansão do processo de acumulação, na medida em que o controle do sistema representativo pelas elites sociais e políticas torna a democracia isenta da responsabilidade ou de ingerência da população.

Nesse sentido, Norberto Bobbio acaba por justificar uma concepção elitizada dos processos decisórios ao expor a importância de uma estrutura tecnocrata de gestão pública (BOBBIO, 1997). O autor apresenta como justificativa à elitização da participação no sistema democrático exigências que a passagem de uma economia familiar para uma economia de mercado necessitam. Assim sendo, a democracia representativa consistiria a “única forma de democracia existente” (BOBBIO, 1997, 27). Ressalta ainda o autor: “nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia” (Bobbio 1997, 27).

Sobre a temática Fraser expressa como limitada as análises da teoria democráticas existentes, particularmente por não demonstrar “how publics are differentially empowered or segmented and how some are involuntarily enclaved and subordinated to other” (FRASER, 1992, p. 77).

Na próxima seção, apresentar-se-á algumas modelos de reformas institucionais na gestão do setor público, uma delas com a perspectiva de uma maior participação cidadã, ou seja, uma maior possibilidade de democratizar a democracia e retornar a tensão entre capitalismo e democracia.



## REFORMA DO ESTADO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Como esboçado na seção anterior, o esforço em interligar o capitalismo com o regime democrático, padronizou a democracia ao modelo liberal e de primazia do acúmulo de capital frente à distributividade. Todavia, mesmo essa forma elitista de gestão política do Estado mostra-se suscetível à reforma e a inovações na gestão do setor público. Archon Fung (2004) demonstra que as reformas e inovações na gestão do setor público podem ser acompanhadas por três grandes modelos.

O primeiro deles centra-se em reparar os defeitos e falhas na gestão pública – aprimorando a eficácia da hierarquia – através de técnicas modernas de gestão e de mecanismos de responsabilização. Evidentemente aumentar a eficácia da hierarquização entre governantes e governados não tem a intenção de tencionar as limitações entre democracia e capitalismo. Muito pelo contrário, esse método busca reafirmar as concepções elitistas da democracia liberal por meio de reforma institucional que permita uma maior autonomia governamental frente às inerentes responsabilidades sociais.

O segundo modelo sustenta que as falhas de organização do setor público são tão profundas e incorrigíveis que requerem uma transformação radical. Os defensores dessa tese, impressionados pela eficiência do setor privado, buscam introduzir “healthy doses” de concorrência e de escolha dos consumidores através de lógicas de mercados para melhorar o desempenho do setor público.

Ponderar que as relações entre cidadãos e Estado devem seguir uma lógica empresarial, por meio de relações de consumidor e de fornecedor de bens e de serviços transforma qualquer possível bem comum em lógica de mercado. Nesse sentido, o sistema de concorrência entre estruturas administrativas tende a reduzir qualquer estímulo à relação de solidariedade, visto que a eficácia e a eficiência do produto administrativo são prioridades.

O terceiro modelo de reformas e inovação na gestão do setor público analisado por Archon Fung (2004) é precisamente o que esse artigo buscará abordar através do processo de reforma urbana analisada na última parte do trabalho. Em oposição aos outros dois modelos de reforma estatal, direcionadas à governação como legalidade neoliberal, o terceiro modelo consiste em uma gestão do setor público que incluía políticas de “empowered participation”, ou seja, uma reforma do Estado inspirada em noções de democracia participativa ao invés de hierarquização da gestão pública e competitividade de mercado.

Cabe ainda apontar que para teórico, cada um dos termos do “empowered participation” contribuem com um significado ao conceito: “participation” promove a idéia de convidar os cidadãos a tomar parte nas decisões cruciais do governo para objetivo, prioridades e estratégias. De acordo com o autor, em uma democracia permeada por processos participativos e gestão compartilhada a população deveria possuir iguais e substanciais oportunidades de participar nas decisões que lhes afeta diretamente (PATEMAN, 1975; PITKIN, SHUMER, 1982; FUNG, 2004).

É possível perceber, destarte, que a reforma democrática do Estado, através da “empowered participation”, representa uma forma de gestão pública com potencial de contraponto ao modelo econômico capitalista e a perspectiva liberal da democracia, na medida em que priorizam processos participativos e de gestão compartilhada do poder. Nesse sentido, um processo de radicalização da democracia, ou, como expressa Boaventura de Sousa Santos, a construção de uma democracia de alta intensidade que volte a tencionar capitalismo e democracia perpassa por políticas públicas que venham alterar a base estrutural do Estado neoliberal e seus pilares de mercantilização, privatização, liberalização (SANTOS, 2005).

Assim sendo, o retorno da tensão entre o modelo econômico capitalista e regime democrático depende de reestruturações do Estado que expandam o cânone político para além dos ditames da governação da legalidade neoliberal retomando a substancialidade distributiva ao sistema democrático. Essa reforma em direção a um sistema democrático de substancialidade distributiva encontra parte de seus substratos para ação em direção de uma gestão do Estado muito mais democrático, de alta intensidade, em estruturas e mecanismos de “empowered participation”.

## **REGULARIZAÇÃO COMUNITÁRIA DO CAIC**

Como visto na primeira seção, a democracia na perspectiva liberal detém uma prática política seletiva, que não deixa de prescindir do suporte jurídico hegemônico equivalente que também traduz a construção, sedimentação e expansão das cidades brasileiras. Assim, os espaços urbanos têm proporcionado um interessante espaço de resistência, com perspectivas de inclusão social com suporte no direito à cidade. No entanto, alterar o espaço urbano de mecanismo de produção e reprodução do acúmulo de capital consiste, pelo menos no caso brasileiro, em uma modificação da forma como foram historicamente construídas suas cidades.

Para tal, deve-se ter em consideração que conflitos urbanos resultantes dos fluxos migratórios e de políticas de acesso à terra não são realidades novas no Brasil. Marco estrutural de um país onde a concentração de propriedade gera relações de forças desiguais e conflitos históricos por reformas tanto urbana quanto agrária. Inclusive, os conflitos urbanos por acesso a terra na cidade de Recife já foram alvo de reflexão, através de um estudo de caso alargado, por Boaventura de Sousa Santos. No trabalho “Os conflitos urbanos no Recife: o caso do Skylab” (SANTOS, 1983), o autor demonstra como o acesso à terra é controlado por atores diretamente vinculados ao capital. Mesmo passado mais de trinta anos, os conflitos urbanos levantados no caso do Skylab continuam contemporâneos e servem de suporte e incentivo ao presente estudo.

Assim, a cidade de Canoas/RS, alvo do presente estudo, não difere dessa realidade de conflito urbano e estruturação capitalista da cidade. A cidade de Canoas faz parte da região metropolitana de Porto Alegre e é um Município do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil. Canoas apresenta um território de mobilidade dificultada, pois é entrecortado no eixo norte-sul por duas estruturas de transporte urbano: a rodovia federal BR 116 e a linha de trem metropolitano, denominado Trensurb.

Ademais, a cidade de Canoas destaca-se em função da magnitude da irregularidade da ocupação do solo da cidade. Aproximadamente quarenta e cinco por cento do solo urbano encontra-se em situação irregular. Os dados municipais mostram-se alarmantes quanto aos altos índices de vulnerabilidade social, diretamente relacionados ao seu cento e vinte e oito assentamentos precários, os quais consistiam em um número de cerca de quatorze mil famílias em áreas irregulares<sup>1</sup>. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aproximadamente sete mil pessoas vivem em aglomerado subnormais (favelas) em Canoas.

Como demonstra a geotopos, a cidade de Canoas carrega mais uma peculiaridade<sup>2</sup>. Em razão da sua geográfica, a cidade de Canoas é depositária do rio Gravataí e do rio Sinos que em

---

<sup>1</sup> Informação no Plano Local de Habitação de Interesse Social (PLHIS), página 84. O PLHIS é um documento público feito pelas administrações com diagnósticos das realidades municipais frente à habitação de interesse social. Para o Plano assentamentos precários são “ocupados por população de baixa renda, classificados nas categorias ocupação irregular, loteamento irregular, conjunto habitacional e quilombo”.

<sup>2</sup> O Conglomerado de Canoas. Série Geotopos número 2. Informação pode ser encontra online em: <http://www.museum.in.ufrgs.br/GeotoposCanoas.htm>. Data de visita 01 de Setembro de 2012.

épocas de chuva detém as suas planícies como bacia de contenção das águas desses dois rios. Deste modo, uma parte considerável do município é regularmente inundada e pouco interessante à especulação imobiliária. A histórica falta de políticas urbanas de acesso à moradia no Brasil, da qual Canoas é somente mais um exemplo, fez com que populações excluídas do centro da cidade e da capital Porto Alegre ocupassem essas planícies. Essas áreas planas ocupadas, constantemente alagadiças, agravavam ainda mais as condições de moradia digna dessas populações.

A cidade, nas eleições de 2008, elegeu a gestão do Partido dos Trabalhadores, que implementou algumas perspectivas das políticas urbanas. A gestão apresentou interesse administrativo em promover uma gestão pública compartilhada e implementada por meio de pelo menos sete projetos focados na participação da sociedade civil nas políticas de desenvolvimento da cidade, das quais se destacam o Orçamento Participativo e as Audiências Públicas.

O Orçamento Participativo (OP) consiste em um mecanismo de gestão municipal formado por meio de um complexo sistema de participação da população nas decisões orçamentárias para obras locais, ou seja, nos termos de Archon Fung (2004) uma estrutura de reforma do Estado fundada em mecanismos de *empowered participation*. O OP possui a característica de promover uma gestão compartilhada da administração pública, visto que o processo decisório das obras públicas com investimento municipal é compartilhado com a população. Ademais, o OP tem o potencial de demonstrar as reais necessidades que da população em busca de um bem comum, especialmente em regiões mais desfavorecidas, como as áreas de assentamentos precários.

A cidade de Canoas até o ano de 2008 detinha 128 assentamentos precários, os quais consistiam em um número de cerca de quatorze mil famílias em áreas irregulares e nenhum processo de regularização fundiária. Desse modo, a partir da gestão eleita em 2008 dez ações de regularização fundiária passaram a fazer parte do cronograma de obras da Municipalidade. Nesse processo, cinco dessas dez tiveram o seu investimento orçamentário decididos no OP. Em números absolutos, as obras de regularização fundiária com reserva orçamentária decididas em OP consistiram metade das implementadas. Todavia, em números efetivos de habitações regularizadas, os valores reservados pelo OP Canoas correspondem a aproximadamente noventa por cento da verba pública investida na regularização fundiária veio do OP Canoas, pois do número de 7.560 lotes regularizados ou em processo regularização, 6.830 lotes tiveram a sua verba proveniente ou vinculada pelo OP Canoas. Mesmo assim, a comunidade descrita neste trabalho faz parte dos dez por cento que não tiveram suas verbas orçamentárias provenientes do OP Canoas.

Como já mencionado, essa demanda social provinha do fato de que a cidade de Canoas possuía, antes do início dessas ações, altíssimas taxas de solo irregular. Cabe ressaltar, que a irregularidade do solo consiste em um perverso mecanismo da governação como legalidade neoliberal, pois constrói um arranjo jurídico-institucional por meio de lógicas de inclusão/exclusão, fundado materialmente na condição da legalidade e ilegalidade da ocupação do solo.

Nesse sentido, a falta de segurança legal na posse de terrenos para moradores desses locais, para além de duros efeitos psicológicos, em virtude de nenhuma garantia do Estado na manutenção do imóvel, possui fortes efeitos práticos, como não se conseguir crédito em hipotecas, a não ligação formal de luz e de água, não numeração do imóvel, o não recebimento de cartas.

A utilização do caso prático da regularização fundiária encontra razão nos altos índices de irregularidade do solo – uma realidade não apenas restrita à cidade de Canoas, mas também uma

realidade das cidades brasileiras. Em razão de ser uma realidade de nível nacional é que se traz a regularização da comunidade do CAIC como um caso de estudo alargado.

A outra medida participativa fundamental para o entendimento do caso em tela consiste nas audiências públicas. Também fruto de uma política voltada a democratizar o processo da administração, nessa esfera municipal, as audiências públicas consistem em reuniões abertas e informais, com o intuito de debater problemas relevantes a determinado grupos e comunidades. Mesmo sem a garantia vinculativa na decisão do pleito, as audiências públicas servem como importante mecanismo de transparência e legitimação das decisões administrativas.

A escolha desse caso também tem razão de ser, na medida em que foi a primeira regularização fundiária proposta na cidade de Canoas. Para a concretização de tal ato, para além de uma reforma e gestão pretendida como democrática, acabou-se necessitando propriamente de uma nova mirada no que representa o próprio Estado, distante dos marco moderno de unidade, de soberania e de homogeneidade. Esse desafio consistia, na medida em que a comunidade encontrava-se em uma área pública e reconhecer os seus direitos de permanecer nesse solo não cabiam dentro das concepções de público e privado propostos na modernidade.

Dessa forma, novos instrumentos jurídicos sob outra perspectiva de legalidade estatal foram necessários, instrumentos esses que dessem suporte e que reconhecessem uma pluralidade de fontes de direitos e soberanias legítimas à condução da gestão estatal. Nesse sentido, fazia-se fundamental a construção de instrumentos propriamente de uma “legalidade cosmopolita” (SANTOS, 2003).

Alguma abertura à “legalidade cosmopolita” poderia ser encontrada no âmbito da Constituição Federal, na medida em que, após o processo de redemocratização, a Magna Carta fora um primeiro marco regulatório a expor uma política de desenvolvimento urbano fora dos ditames da “legalidade demoliberal”. Em seu capítulo segundo, sob o título da política urbana, encontram-se as diretrizes legais para concepções não-hegemônicas de cidade.

Nesse capítulo, a Constituição Federal, através do artigo 182, expressa a centralidade do Executivo Municipal como gestor da política de desenvolvimento urbano que tem como “objetivo [de] ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de [todos] os seus habitantes”. De acordo com o referido artigo, inciso primeiro, encontra-se o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Tal instrumento consiste no plano diretor que passou a ser obrigatório em todas as cidades com mais de vinte mil habitantes. Os planos diretores são diretrizes urbanas fundamentais para a regulação das dinâmicas das cidades, particularmente a atuação predatória da lógica de acúmulo de capital.

Ainda no mesmo artigo, inciso segundo, encontra-se outro instrumento de fundamental importância para uma cidade fora dos ditames demoliberais: a função social da propriedade (FSP). Restringindo os absolutismos da autonomia da propriedade privada, a FSP expressa a necessidade de se pensar o desenvolvimento urbano, no qual a propriedade deve assegurar uma função de desenvolvimento social.

Após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, o capítulo segundo da Constituição Federal recebeu a sua regulamentação infraconstitucional, fundamental para a sua aplicabilidade. A aprovação do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001) trouxe a consolidação de instrumentos relevantes, dentre eles, a FSP, bem como instrumentos de gestão democrática da cidade.

Somente em 2008 que a cidade de Canoas o aprova Plano Diretor Urbano Ambiental do Município (PADUA), fundamental para gestão urbana da cidade de Canoas, pois consolidava em nível municipal muitos dos instrumentos propostos pelo Estatuto da Cidade. O PADUA dividiu o

Plano estratégico de desenvolvimento urbano em oito estratégias, sendo a oitava de maior interesse do trabalho: da gestão urbana<sup>3</sup>.

Para a gestão do plano estratégico, mais especificamente a regularização fundiária, criou-se a Câmara Setorial de Regularização Fundiária (CSRF). A CSRF é a responsável pelo exame e deliberação no que tange às matérias relativas à regularização fundiária.

Mesmo sendo a CSRF uma câmara técnica, a reforma e gestão democrática dos processos de regularização fundiária na cidade da Canoas assegurou, no parágrafo único do artigo quarto a participação da sociedade civil, bem como no inciso sétimo do artigo sétimo e sob a competência da Presidência da CSRF, a garantia do “acompanhamento participativo do processo de regularização fundiária pela população beneficiária”.

Em cumprimento da competência estabelecida no inciso primeiro, ao estruturar o Plano Municipal de Regularização Fundiária, a CSRF decidiu que comunidade do CAIC, juntamente com as outras áreas decididas no OP Canoas, receberia o processo de regularização fundiária. A comunidade do CAIC, que era situada em área pública, tornou-se uma prioridade de regularização em função dos altos índices de vulnerabilidade social da região, que convivia com os elevados índices de violência e assassinatos, ou seja, o CAIC consistia em uma comunidade habitada em sua maioria pela “sociedade civil incivil” (SANTOS, 2003). Assim, a CAIC tornava-se um marco estratégico para a segurança pública e bem estar da população como um todo.

Ademais, estava-se iniciando a instalação do Território de Paz Guajuviras, vinculado ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), que engloba um conjunto de projetos de segurança pública, enfocando ações de prevenção, bem como em formação de novos atores, ações de inteligência e investimento em tecnologia de segurança pública.

O processo de regularização fundiária, todavia, encontrava fortes entraves legais, visto que a grande maioria dos instrumentos legais instituídos no município de Canoas proviam de uma perspectiva “legalidade demoliberal” e não serviam de suporte de a esse processo não-hegemônico. Sob essa necessidade, promulgou-se a Lei Municipal 5495/10 que regulamentou e autorizou no âmbito local políticas de regularização fundiária.

A Lei 5495/10 promulgou instrumentos como a Concessão de Direito Real Gratuito (CDRG) que permitia a concessão para fins de moraria de lotes residenciais de até 250 m<sup>2</sup>, em áreas públicas. Sob esse instrumento jurídico, garantir-se-ia a segurança da posse no terreno aos moradores, mas a propriedade da área continuava sob o domínio público. Assim, não haveria que se passar a propriedade para os particulares e se manteria a condição pública da área. Portanto, já existia, um instrumento de potencial “cosmopolita subalterno” para iniciar-se o processo de regularização fundiária do CAIC.

Nesse momento, portanto, iniciava-se um processo até então único e pioneiro na cidade de Canoas: a regularização fundiária da comunidade do CAIC.

Todas as etapas do projeto urbanístico provido pela regularização fundiária foram dialogados com a população local e dois foram os principais instrumentos de diálogo: as reuniões quadra a quadra e as audiências públicas. Nas reuniões quadra a quadra, encontravam-se os atores públicos com a população local para dialogar sobre o processo de regularização fundiária em pequenos grupos. Esses encontros ocorriam normalmente dentro da própria residência de um dos moradores e facilitaram muito o contato direto entre a administração pública e moradores.

---

<sup>3</sup> Para uma análise mais detalhada dos instrumentos jurídicos, bem como da gestão compartilhada desse processo, ver (Berni 2010).

O outro instrumento de diálogo entre população local e funcionários da administração municipal foram as audiências públicas. As audiências públicas assumiam uma característica de encontro de grande grupo, com um poder decisório. Ao total foram promovidas três grandes audiências públicas, com a presença de um elevado número de moradores e de funcionários municipais.

Ao longo desse processo, surgiram resistências por parte de alguns moradores ao instrumento jurídico CDRG, visto que através desse mecanismo os habitantes do CAIC não receberem os títulos de propriedade dos terrenos. O interesse na transformação da área em privada, através dos títulos dos terrenos, mecanismo normalmente considerado voltado ao capital e hegemônico da propriedade, começou a crescer e iniciou-se um processo de diálogo sobre o instrumento jurídico da regularização fundiária entre a comunidade e os gestores. Nesse diálogo, as constantes preocupações de perda dos imóveis posteriormente em função de um retorno de gestão “demoliberal” na cidade tencionaram para uma reformulação da Lei 5595/10.

Após um longo e rico processo, um novo instrumento jurídico de Doação de áreas públicas a particulares para fins de moradia foi promulgado e adicionado a Lei Municipal 5595/10. Algumas medidas restritivas a doação como reserva de tempo para venda, bem como a impossibilidade de desmembramento e unificação de lotes foram incluídas para assegurar a manutenção dessa área como residencial.

Assim, por meio do processo de regularização fundiária com ampla participação da comunidade do CAIC, com troca do instrumento jurídico de Concessão de Direito Real Gratuita pelo instrumento de Doação Municipal, ocorreu a primeira experiência de legalização de moradias e lotes irregulares no município de Canoas. A inscrição das matrículas individualizadas doadas pelo município no registro de imóveis, última etapa para aquisição da propriedade, fora encaminhada lentamente pelos moradores da área sem qualquer custo. Tal fato não fora possível nos setenta e dois anos da existência do município de Canoas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por certo que a sobreposição entre medidas participativas e sua interação com a perspectiva dos gestores municipais, como o próprio caso avultado, traduzem situações políticas complexas, às quais podem ser até contraditórias, particularmente sob uma perspectiva de reforma e gestão pública contra-hegemônica. No entanto, quatro pontos são interessantes para análise em termos conclusivos.

Inicialmente, ressaltar a importância de uma reforma e gestão de Estado por meio de políticas participativas e de gestão compartilhada do poder que tencione a democracia liberal e seu respaldo ao modelo econômico capitalista. Nesse sentido, a construção de uma democracia de alta intensidade com seu potencial de retornar os atributos distributivos intrínsecos ao sistema democrático. Uma democracia radical e distributiva que imprima processos de inclusão social, com avanços na melhoria na condição de vida das populações menos privilegiadas, especialmente aos grupos que pertencem à sociedade civil incivil (Santos 2003).

Em seqüência, a relevância da concepção do Estado fora de uma perspectiva moderna unitária, soberana e homogeneia para uma gestão democrática de alta intensidade, na medida em que conceber o Estado, como ente fragmentário e em constante disputa, permite a sua apropriação pelas lutas subalterna. Consubstanciar a arquitetura estatal como um “conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não-estatais, nacionais e globais” (Santos 2003, 64), no qual uma nova constelação política permita uma transformação da soberania despótica estatal em um novo modelo de regulação.

Esse novo modelo de regulação, denominado por Boaventura de Sousa Santos, “o Estado como mais novo movimento social” (Santos 2003), reconhece a legitimidade das classes oprimidas na gestão democrática do poder, ou seja, posiciona-se por uma meta-regulação com critérios sociais de inclusão/exclusão. As reformas e gestão providas na cidade de Canoas serviram a esse exemplo, demonstrando a importância de um processo de experimentalismo democrático do Estado para a construção de outro futuro possível.

A reforma urbana democrática como mecanismo de combate às formas de “fascismo social” (Santos 2003). Verificar que processos de reforma urbana que democratizem a cidade combatem as formas de “fascismo social”, a exemplo da experiência de reforma e gestão de alta intensidade em Canoas e sua regularização fundiária da comunidade CAIC, a qual pugna contra as formas de “fascismo social”, por meio da redução da divisão da cidade em zonas selvagens e zonas civilizadas imposta pelo “fascismo da apartheid sócia”; através da gestão compartilhada e democrática do poder que dificulta “fascismo para-estatal”, tanto pela emancipação trabalhista “fascismo contratual”, quanto pelo esvaziamento do poder aos atores coloniais “fascismo territorial”; mediante políticas contrárias “fascismo da insegurança”, como no caso da garantia de moradia digna, que reduzem os índices de vulnerabilidade; por meio do prélio ao “fascismo financeiro” através de um modelo de Estado que se afasta dos critérios operativos das instituições do capital global e estimula o surgimento de lutas “cosmopolitas subalternas e insurgentes” (Santos 2006).

Por fim, verifica-se, como expõe à oitava tese da legalidade cosmopolita, mesmo com diferenças profundas, que as relações entre a legalidade demoliberal e a legalidade cosmopolita são dinâmicas e complexas (Santos 2003). Essa relação complexa e dinâmica exemplificada no caso da regularização fundiária do CAIC, no qual o processo de regularização fundiária da comunidade habitada em sua maioria pela “sociedade civil incivil” (Santos 2003), tanto promoveu uma inclusão social, por meio do reconhecimento da pluralidade de ordenamentos jurídicos e regularização das titularidades nessa comunidade, quanto, em virtude do conceito hegemônico de propriedade aplicado, utilizou a normatividade estatal para fins privatista. Afinal, a propriedade privada foi historicamente instrumento central do modo de produção capitalista e mecanismo de controle e exclusão social.

Nesse sentido, o caso demonstra que, mesmo com a redução entre fosso do sentido do direito (segurança da posse) e do seu desempenho (propriedade privada), fundamental à “legalidade cosmopolita”, por meio de múltiplas fontes de direito e de legalidades não-hegemônicas, não necessariamente pode vir a garantir uma “legalidade cosmopolita”, ainda que essa hibridação político-jurídico não exclua importantes processos de emancipação social fina - ou até mesmo expressa.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BERNI, Paulo Eduardo de Oliveira. Construindo a Política de Regularização Fundiária Local: a experiência do município de Canoas/RS. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 11, p. 219-239, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1997

- FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In **Habermas and The Public Sphere**, org. Craig Cal. Cambridge: MIT Press, p. 56-80.
- FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Free Press. CIDADE: EDITORA. 1992
- FUNG, Archon. **Empowered participation: reinventing urban democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- MACAMO, Elisio. Negotiating Modernity: Africa's Ambivalent Experience. In MACAMO, Elisio (org). **Negotiating Modernity: Africa's Ambivalent Experience**. New York: Zed Books, 2006, p. 2-16.
- MACAMO, Elisio Salvado. "The Hidden Side of Modernity - Domesticating Savages Lives in Africa". In **The Plurality of Modernity: Decentring Sociology**, org. Serio Costa. Munique: Rainer Hampp Verlag, 2006.
- MARICATO, Peter, org. "Fighting for Just Cities in capitalism's periphery". In **Searching for the Just City: Debates in Urban Theory and Practice**, Routledge, p. 195-213, 2009.
- MALDONADO, Fernando Goya. Pode ser o direito neoliberal? As interfaces entre os modelos socioeconômicos e as compressões teórico-aplicativas do direito. In: CASTRO, Ma. Ovidia R, SOLORIO, Ma. Elena P., SERRANO, Francisco Javier I (Orgs) **Derecho y Neoliberalismo**. Morelia: UMSNH, Red de Sociología Jurídica en América Latina y en el Caribe, 2012.
- MALDONADO, Fernando Goya. Poderá o pluralismo jurídico ser emancipatório? A complexidade do teste de Litmus e da emancipação social em processos de reforma urbana democrática. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 677-703, mar. 2015
- PATEMAN, Carole. **Participation and Democratic Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- Pitkin, Hanna Fenichel, e Sara Shumer.. "**On Participation: Beyond objectivism and relativism: science, hermeneutics, and praxis**, University of Pennsylvania Press, 1982.
- PURCELL, Mark. **Recapturing Democracy: Neoliberalization and the Struggle for Alternative Urban Futures**. London: T & F Books US, 2009
- SADER, Emir. Para outras democracia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os conflitos urbanos no Recife: O caso do Skylab. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 11, 1983
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2003. "Poderá o direito ser emancipatório?" **Revista Crítica de Ciências Sociais** (65): 3-76.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2005. "A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna". **Revista Crítica de Ciências Sociais** (72): 7-44.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2006. **A Gramática do Tempo: Para uma nova cultura política**. Porto: Edições Afrontamento.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2009. **Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid: Trotta.



# AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NA ASSESSORIA JURÍDICA DESENVOLVIDA JUNTO ÀS PROSTITUTAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NA LUTA PELO DIREITO AO NOME

**Gabriela Rogério Borella**

Graduada em Direito (UFPE). Membro do Grupo Robeyonce de Extensão Universitária.

**Renata Ataíde de Albuquerque**

Graduanda em Direito (UFPE). Extensionista do Grupo Robeyonce de Extensão Universitária.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso que apresentemos o espaço por onde se iniciou a presente pesquisa: o Grupo Robeyonce de Extensão Universitária. Somos um projeto de extensão ligado à UFPE, vinculado à Faculdade de Direito do Recife, tendo o grupo como objetivo, o debate acerca de gênero e sexualidade e suas repercussões no âmbito jurídico.

O direito ao nome é assegurado pelo direito brasileiro e entendido como um direito fundamental, sendo a forma mais assertiva e simples de reconhecimento do indivíduo. No Brasil, os principais casos (GOMES, 2001) em que se permitia a mudança do prenome, eram os de: 1. alteração para a inserção de apelido público notório. 2. alteração para correção de erro gráfico e 3. alteração do prenome que exponha seu portador ao ridículo.

A ADI 4275, ajuizada pela PGR, possibilitou interpretação conforme a Constituição Federal do Art. 58 da Lei 6.015/1973 (BRASIL, 1973), no sentido de tornar viável a alteração de prenome e gênero de pessoas transsexuais no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização. Antes de determinada mudança para que pessoas transsexuais tivessem seu direito ao nome reconhecido, era necessário dar entrada em um processo judicial, no qual ficaria a critério do judiciário a permissão ou negação desse direito.

Frente à determinada decisão, o Grupo Robeyonce de Extensão Universitária iniciou uma série de ações focada na assessoria jurídica de pessoas travestis e transsexuais, promovendo o conhecimento do público a seu respeito, bem como usufruto.

Foram realizadas intervenções em pontos de prostituição e cinemas pornôs da cidade do Recife/PE tendo, como forma inicial de abordar as trabalhadoras sexuais, a distribuição de camisinha e lubrificantes. Após esse vínculo primário, era apresentada a Extensão e explanado acerca dos direitos garantidos à população “T” (transsexuais, transgêneros e travestis), em especial o direito fundamental ao nome, assim como as formas de conquista dos mesmos, pautando sempre o processo informativo em princípios Paulo Freirianos de educação, percebendo esse momento como uma troca e buscando a autonomia de cada indivíduo.

Desse modo, a Assessoria se colocava à disposição para auxiliar a mulher em todo o processo burocrático a ser enfrentado para a retificação de nome e gênero, respeitando sempre a independência de cada indivíduo. Em diversos casos, integrantes do Grupo acompanharam as assessoradas no processo de retificação, percebendo as diversas dificuldades para a conquista do direito assegurado.

Visto isso, o problema investigado neste trabalho diz respeito, em suma, aos obstáculos enfrentados pelos extensionistas nas ações de assessoria jurídica desempenhadas junto à prostitutas travestis e transsexuais da cidade do Recife/PE na luta pelo direito ao nome.

Outrossim, faz-se mister demarcar que esse problema também perpassa intrinsecamente dificuldades confrontadas pelas próprias trabalhadoras sexuais no seu cotidiano.

O objetivo geral proposto se refere à identificação dos problemas travados tanto pelo Grupo Robeyonce de Extensão Universitária na promoção da assessoria jurídica, quanto por prostitutas travestis e transsexuais no acesso ao direito ao nome. Os objetivos específicos são atinentes à formulação de possíveis soluções para as problemáticas analisadas, bem como a percepção sobre a maneira que as organizações da sociedade civil podem auxiliar na conquista do referido direito fundamental.

## **METODOLOGIA E MARCOS TEÓRICOS**

A presente investigação foi realizada de maneira empírica, de modo que foram empregados tanto métodos quantitativos quanto qualitativos. Os primeiros, no que concerne à obtenção, organização, tabulação e análise de dados numéricos sobre a quantidade de indivíduos que participaram das ações, de materiais disponibilizados, pessoas abordadas, contatos recebidos posteriormente, procedimentos administrativos iniciados, etc. Já a metodologia qualitativa, por seu turno, foi utilizada na reflexão relativa à substancialidade desses dados, a fim de compreender principalmente as motivações subjacentes às dificuldades enfrentadas nas ações de assessoria, entre outros objetivos propostos nesta pesquisa.

## **O DIREITO AO NOME**

O nome da pessoa natural, é a forma mais clara e direta de individualização e reconhecimento de determinada pessoa, é a maneira pela qual ela é identificada, marcada e compreendida em todos os âmbitos da sua vida social e profissional.

Existem várias teorias que tentam explicar a natureza jurídica do direito ao nome, entretanto, o Código Civil brasileiro adota a ideia de que o nome é um direito da personalidade, ainda que seja submetido a regras específicas, de modo que lhe é conferido uma tutela especial (GAGLIANO, 2007)

A partir da Lei de Registros públicos ( BRASIL, 1973), é possível aferir 4 condições para a realizar a mudança no prenome, sendo elas:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Art. 55. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se confirmarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público.

O Art. 55 complementa-se com diversas decisões dos tribunais pátrios que permitem sua modificação à luz dos arts. 55 e 58 da mesma lei, em casos excepcionais, por seu significado expor o portador ao ridículo (BRASIL, 1973).

Já o Art. 109 da Lei de Registros públicos é o dispositivo que embasa o pedido de alteração-retificação do registro, pontuando que aquele que pretender que retifique assentamento no Registro Civil, poderá requerer, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene. Com base em determinado fundamento, diversas ações eram ajuizadas conquistando o fundamental direito às pessoas “T”, por todo o Brasil (*Ibid*).

Entretanto, com a ADI 4275, ajuizada pela PGR, tornou possível a interpretação conforme a Constituição Federal do Art.58 da Lei 6.015/1973, baseando-se no direito à liberdade, dignidade e honra. Desse modo, tornou viável a alteração de prenome e gênero de pessoas transsexuais no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização. Antes de determinada mudança para que pessoas transsexuais tivessem seu direito ao nome reconhecido, era necessário dar entrada em um processo judicial, no qual ficaria a critério do judiciário a permissão ou negação desse direito.

Atualmente é possível realizar todo o procedimento de retificação de nome e gênero diretamente no cartório de origem do registro, por meio da averbação do registro original, de modo que com a posse do registro ratificado é possível o cidadão emitir todos os documentos com seu correto nome e gênero.

Apesar da mudança ser uma grande conquista para a comunidade TLGB, o procedimento ainda apresenta uma enorme e desnecessária burocracia para sua realização. Quem deseja realizar o procedimento necessita levar consigo no cartório de registro civil de pessoas naturais onde foi registrado ou em qualquer outro cartório de registro civil do local onde reside, os seguintes documentos: certidão de nascimento atualizada (expedida nos últimos 6 meses, caso o pedido vá ser feito em cartório distinto do de registro); certidão de casamento atualizada (se a pessoa for ou tiver sido casada, expedida nos últimos 6 meses); cópia do registro geral de identidade (RG); cópia da identificação civil nacional (ICN), caso possua; cópia do passaporte brasileiro, caso possua; cópia do cadastro de pessoa física (CPF); cópia do título de eleitor; comprovante de endereço; certidão do distribuidor cível, criminal e de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos; certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos; certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos; certidão-de-ações-trabalhistas; certidão da Justiça Militar.

Como pode se perceber, determinada lista é exaustivamente grande e possui documentos desnecessários, uma vez que, após o processo de retificação, não será alterado nenhum número de identificação geral do indivíduo, como seu número de Registro Geral ou seu Certificado de Pessoa Física, de modo que o procedimento não pode ser usado caso determinada pessoa deseje “fugir de suas obrigações legais”, argumento que por muitas vezes foi usado contra a permissão da retificação.

Por meio do nº presente tanto no documento de identidade, quanto no CPF, é possível reconhecer o indivíduo e lhe atribuir qualquer que seja a responsabilidade, seja ela civil, penal ou administrativa. Entretanto o que se percebe com a necessidade de emissão de tantos documentos, é uma forma de dificultar o acesso de uma população já vulnerável e marginalizada à um direito tão básico e, como já apontado, fundamental.

Não se pode negar o grande avanço que a ADI 4275 proporcionou, contudo o processo de retificação de nome permanece longe de ser popular e acessível à população a que ele se presta a beneficiar.

## A EXECUÇÃO DAS AÇÕES

Antes de iniciar a ação propriamente dita, o grupo fez uma formação com três mulheres trans, duas delas profissionais do sexo, para saber mais como se dava o dia a dia dessas atividades na prática e como deveríamos nos portar nas atividades. Nesse momento as convidadas contaram suas experiências de trabalho, as dificuldades que encontraram ao longo das suas trajetórias e deram dicas de como a comunicação com o público alvo poderia ser simplificada.

Ao longo da atuação do grupo durante o período de tempo de um ano foram realizadas 8 ações em pontos de prostituição. Cinco deles localizados na “rua”, quais sejam a Avenida Boa Viagem, a Avenida Norte, a BR 101 (na altura da UFPE), a Avenida Mário Melo e a Avenida Mascarenha de Moraes e três deles em “espaços privados”, quais sejam o cinema pornô majestick, o cinema pornô do imperador e a plenária LGBTT da candidatura das Juntas codeputadas.

Participaram, em média, de seis a oito pessoas do grupo em cada ação. No que concerne aos materiais distribuídos nas ocasiões, foram utilizadas uma caixa de camisinhas, uma caixa de gel lubrificante e cinquenta cartilhas em cada ação. Como meio de transporte foram empregados dois carros por ação, exceto nas realizadas em cinemas pornôs, nas quais os integrantes do grupo foram andando por conta da curta distância. No total, foi possível conversar com vinte e uma mulheres trans e travestis. Os dados mencionados, bem como a cartilha distribuída, podem ser melhor visualizados na tabela e na imagem abaixo, respectivamente::

**Tabela 1** - Dados sobre as ações de retificação de nome de pessoas transexuais

Local	Data e Hora	Participantes	Materiais	Transporte	Pessoas abordadas
Av. Mario Melo	05/07/2018 20h30	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	2 carros	1
Av. Norte	05/07/2018 21h	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	2 carros	1
BR 101	05/07/2018 21h30	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	2 carros	4
Av. Boa Viagem	05/07/2018 22h	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	2 carros	3
Av. Mascarenhas de Moraes	05/07/2018 22h30	8	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	2 carros	1
Cinema Majestick	09/08/2018 16h	8	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	A pé	5
Cinema do Imperador	10/08/2018 16h	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	A pé	4
Plenária das Juntas codeputadas	23/08/2018 19h	6	1 caixa de camisinhas; 1 caixa de lubrificantes; 50 cartilhas	A pé	2

Fonte: acervo do Grupo Robeyoncé

Imagem 1 - Cartilha distribuída nas ações



Fonte: acervo do Grupo Robeyoncé

A dinâmica no momento das ações ocorria resumidamente da seguinte forma: ao chegar no local, a figura da mediadora se apresentava e falava rapidamente sobre o grupo e que os integrantes pretendiam divulgar algumas informações para as profissionais do sexo. Após isso, os membros do coletivo então se aproximavam, entregavam o material e perguntavam se as trabalhadoras sabiam do direito à retificação do nome e gênero. A partir daí era desenvolvida uma conversa com explicações didáticas acerca de como funciona este procedimento no cartório. Após essa parte, os estudantes anotavam seus contatos telefônicos atrás das cartilhas e distribuíam para as profissionais, colocando-se à disposição para quaisquer dúvidas ou acompanhamento.

A atuação, nessa etapa, correspondia basicamente ao acompanhamento no núcleo de direitos humanos da defensoria pública, informando previamente os documentos que elas teriam que levar e nos oferecendo para custear eventuais despesas com transporte e emissão de certidões. Não se chegou a acompanhar ninguém diretamente nos cartórios pois na época o grupo não possuía advogadas no grupo e pela Defensoria as mulheres conseguiam gratuidade em todo o processo extrajudicial.

## AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NAS AÇÕES

Ao longo das ações realizadas pelo grupo e que motivaram a proposição do presente artigo, foram observadas uma série de dificuldades e problemas, vivenciadas tanto pelos extensionistas como percebidas para a realização da ação em si e conseqüentemente a obtenção de seus resultados.

As dificuldades enfrentadas pelo grupo foram majoritariamente com relação a sua organização no espaço e dinâmicas do local. Adotou-se a estratégia de levar mulheres trans para “mediar” a abordagem com o público alvo da ação, uma vez que o coletivo avaliou que havia uma incompatibilidade muito grande entre as pessoas que fazem parte do Grupo Robeyonce e as trabalhadoras sexuais. Isso porque, em resumo, havia grupo de universitários brancos, em sua maioria, tentando estabelecer esse primeiro contato com pessoas marginalizadas.

Além disso, vale ressaltar que existia um contexto de trabalho acontecendo no momento das ações. Essas pessoas estavam nas ruas, aguardando clientes e ao mesmo tempo se protegendo de eventuais violência que ocorrem nesse meio. Assim, o grupo preocupou-se tanto em não espantar os clientes quanto com não parecer que representava alguma espécie de ameaça para aquelas mulheres.

O estranhamento entre as partes da referida ação era, em verdade, mútuo, já que os locais eram pouco conhecidos pelos integrantes do grupo, o que dificultava a dinâmica. O desejo era de realizar uma abordagem amigável e simpática com pessoas desconhecidas em um espaço pouco familiar, no qual nitidamente universitários não eram benquistos.

Em uma primeira impressão, todo esse contexto gerou certa insegurança e desconforto. Posteriormente, avaliou-se que a quantidade de membros do coletivo que desempenhava as ações (em média sete pessoas) era excessiva, de modo que o ideal seria formar um grupo de no máximo quatro pessoas.

Em algumas ações, notadamente as que foram realizadas nos cinemas, não houve nenhuma intermediária entre os extensionistas e as trabalhadoras, de modo que o processo de abordagem e diálogo se tornou mais difícil. Com as ações nos pontos de prostituição em avenidas da cidade, foi possível aprender que a intermediação feita por uma pessoa trans no contato inicial com o público alvo gerava uma confiabilidade no que as estudantes iriam falar.

Outra barreira encontrada pelo grupo no que concerne ao desempenho das ações foi a falta de conhecimento acerca das dinâmicas dos territórios. Não havia como saber previamente quais os dias e horários em que o movimento das mulheres seria maior, ainda mais porque esse dado varia de espaço para espaço.

Com a experiência construída ao longo das ações descobriu-se os dias e horários mais adequados para realizar as visitas. Assim, por exemplo, um horário “bom” para ações a serem realizadas nos pontos de prostituição localizados nas ruas e avenidas é entre 22h e 00h, enquanto nos cinemas pornô é entre 15h e 16h. Em ambos, quintas-feiras e sextas-feiras foram apontados como os dias da semanas ideais.

Igualmente percebeu-se a necessidade de levar mais camisinhas e lubrificantes para distribuição, pois a quantidade compartilhada acabava rapidamente. Tal constatação se devia ao fato de que esse era o material de trabalho daquelas mulheres, ou seja, elas sempre desejavam pegar o máximo possível. Não obstante, as mulheres cisgêneras e os clientes que circundavam os espaços das ações por vezes também solicitavam algumas unidades do material.

Ao longo das atividades o grupo foi pensando em estratégias para incrementar as ações. Dentre elas pode-se citar as ideias de distribuir garrafas de água junto com o restante do material

e de fazer parcerias com Organizações Não Governamentais que trabalham com a população LGBT no sentido de orientar as profissionais do sexo acerca da prevenção contra doenças sexualmente transmissíveis e de medidas de redução de danos relacionadas ao uso de drogas.

No desenrolar da ação pudemos perceber também algumas complicações por parte do nosso público alvo. Desse modo, no que diz respeito às dificuldades apresentadas pelas trabalhadoras, podemos perceber que havia um interesse sobre a temática da retificação de nome, mas essa não era uma prioridade na vida dessas mulheres naquele momento, uma vez que elas tinham necessidades mais imediatas, principalmente relacionadas a oportunidades de trabalho.

Ao longo das visitas aos pontos de prostituição e cinemas pornô, o que mais nos era dito versava sobre todas as dificuldades econômicas que seriam travadas para conquistar o direito ao nome. Elas se ligavam, por exemplo, com as passagens de ônibus que seriam gastas e seu tempo para ir na defensoria (conquistar a gratuidade de justiça para emissão das certidões) e no cartório, de modo que naquele momento elas não poderiam “se dar ao luxo” de ter acesso a esse direito fundamental.

Esse ponto em muito dialoga com o que já foi dito anteriormente no que tange a excessiva burocratização do processo de retificação. A comunidade transsexual sempre viveu à margem da sociedade (FEDORKO; BARREDO, 2017), de modo que condições básicas de emprego, moradia e saúde, em poucos momentos históricos lhes foram fornecidas, informação que pode ser corroborada pela estatística de que, enquanto a expectativa de vida da população brasileira beira os 76 anos, a de uma pessoa transsexual não chega aos 35.

Vivendo no país que é o líder em morte de transsexuais no mundo (BALZER; LAGATA; BARREDO, 2016), no qual, na maioria das vezes, o único espaço permitido para a conquista de seu sustento é nas ruas, se prostituindo em condições insalubres, por valores discrepantes com o necessário para uma qualidade mínima de vida, é completamente compreensível que possuir o seu verdadeiro nome em um documento não seja a prioridade das mulheres com as quais conversamos (CUNHA, 2018).

Se direitos básicos de vida lhes são negados diariamente, a conquista de um que não representa a satisfação de necessidades imediatas de vida, como moradia, saúde e alimentação, com toda certeza serão colocados em segundo plano, principalmente quando, para ter acesso ao mesmo, é necessário deprender dinheiro, bastante tempo e, possivelmente, passar por situações constrangedoras, uma vez que a administração pública não está livre de preconceitos e capacitada para o atendimento de determinado público.

De tal modo, apesar de quase a totalidade de mulheres que conhecemos possuir interesse no processo de retificação, somente uma trabalhadora sexual nos contactou para realizar o processo de retificação, apesar de que duas outras já haviam entrado com processos judiciais para a conquista da garantia.

## **CONCLUSÕES**

Conclui-se que as barreiras encontradas nessas ações de assessoria jurídica decorrem principalmente na dificuldade de abordagem do público alvo e do desconhecimento por parte dos extensionistas acerca da sistemática de trabalho da prostitutas envolvidas, a qual envolve especificidades de cada ponto de prostituição, como horários, datas e fluxo de movimentação, por exemplo.

Não obstante, constatou-se até o momento que os contratemplos enfrentados pelas prostitutas no acesso ao direito ao nome são oriundos do desconhecimento latente no que diz respeito ao mesmo e da desvalorização relativa à relevância de mudança do nome civil em detrimento de outras necessidades mais imediatas, relacionada majoritariamente a questões econômicas.

Apesar de a prostituição ser entendida como uma atividade laboral para fins do presente artigo, também se reconhece a sua nítida precarização, de modo que se houvesse alguma regulamentação para abarcar e assegurar os direitos dessa população a história dessas pessoas poderia ser diferente. Talvez lhes fosse garantidos mais direitos trabalhistas, previdenciários e relacionados à saúde, por exemplo, para “amenizar” os impactos da sua exploração, subsistiria a viabilização de melhores condições socioeconômicas e a efetivação de outros direitos, como o direito ao nome.

Entre as soluções de ordem prática para a problemática analisada pode-se citar a garantia da total gratuidade do procedimento extrajudicial de retificação de nome, complementando a lei de registros públicos, pois atualmente não existe uma norma que garanta isso de maneira explícita. A gratuidade facilitaria a atuação de advogados populares, por exemplo, já que atualmente tal garantia só se dá pelo atendimento na Defensoria Pública do Estado de Pernambuco.

Além disso destaca-se a importância do fortalecimento e da ampliação do núcleo de direitos humanos da Defensoria Pública do Estado, que é o responsável por esses tipos de demandas jurídicas. Negrita-se a necessidade de realização de mutirões, por organizações diversas e movimentos sociais, em uma frequência mais constante para assessoria jurídica e emissão gratuita dos documentos necessários ao pedido de retificação.

Por fim, salienta-se a relevância de organizar parcerias com os cinemas pornôs, saunas e demais ambientes privados onde profissionais do sexo costumam circular para divulgação do direito a retificação do nome em seus estabelecimentos.

## REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolzi. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**\ Pablo Stolzi Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL, **Código Civil (2001)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19\11\2019.

BRASIL, **Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 24\11\2019

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Direito constitucional e registral**. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília - DF. 01/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em 24\11\2019

CUNHA, Thaís. **Rotina de Exclusão e Violência**. Correio Brasiliense. 14 de Novembro de 2018. Disponível em <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em 24\11\2019



BALZER, C; LAGATA C; BARREDO L. **TMM Annual Report 2016**: 2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring project, TGEU, 2016 (versão original em inglês). Disponível em <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em 19\11\2019

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FEDORKO, B; BARREDO, L. **Círculo vicioso da violência**: pessoas trans e gênero-diversas, migração. TGEU, 2017 (tradução em português – versão original em inglês) Disponível em <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/01/TvT-PS-Vol19-2017.pdf>>. Acesso em 19\11\2019.

# A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA QUILOMBOLA

**Ingrid Danielle Amorim Alves de Araújo**

Graduanda em Direito (UNEB)

**Maria Claudia Fernandes Pedrosa**

Graduanda em Direito (UNEB)

## INTRODUÇÃO

A supressão dos direitos quilombolas durante os anos, desde o período da escravidão, tem sido um dos fatores que levaram ao esquecimento da história de luta e resistência dos Quilombos, se tornando uma narrativa marginalizada pelos grupos dominantes. Sendo assim, esse papel de marginalização imposto às Comunidades Quilombolas favorecem a perda da sua identidade cultural, o que dificulta o seu autorreconhecimento enquanto indivíduos quilombolas que possuem direitos que devem ser garantidos e preservados.

Busca-se demonstrar, através desse estudo, como a retirada de direitos quilombolas no decorrer da história influenciou para um processo de enfraquecimento da identidade cultural das Comunidades Quilombolas, e como o direito à memória coletiva urge com um papel de resistência a esse papel imposto de marginalidade, a fim de que se entendam como sujeitos quilombolas possuidores de direitos, contribuindo ao fortalecimento das Comunidades Tradicionais Quilombolas.

Utiliza-se o Método Freiriano na perspectiva dialógica e horizontalizada educação popular em Direitos Humanos, o trabalho propõe reflexões acerca da obrigação com a extensão universitária e produção de conhecimento jurídico crítico que culmina no processo de emancipação simultânea de Comunidade e Coletivo. Por fim, narra o acompanhamento dos desafios enfrentados pelas comunidades frente ao distanciamento do saber jurídico em diálogo com a teoria de Roberto Lyra Filho (1982), discutindo o Direito enquanto dogmática jurídica e enquanto práxis sócio-política.

## UM BREVE APARATO SOBRE A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

O que são direitos humanos? São as normas institucionalizadas que supostamente garantem igualdade entre todos os indivíduos? É o que está disposto nos Tratados de Direitos Humanos? Mas não seriam, por exemplo, as lutas indígenas no início do processo de colonização das Américas uma causa pelos direitos humanos?

É perceptível que a teoria clássica dos Direitos Humanos propõe uma construção do que seriam esses direitos humanos a partir de uma perspectiva “de cima”, isto é, concentrada nos grupos dominantes e pautada por um pensamento desenvolvimentista e universalista que, em muitos casos, corrobora com o processo de opressão das classes que são marginalizadas.

Nesse sentido, é necessário construir uma perspectiva dos direitos humanos que visem “os de baixo”, transformando o direito desde esse ponto de vista do subalterno. Processo este que reconheça a importância histórica que tem as lutas de resistência dos povos tradicionais -

quilombolas, indígenas, povos de terreiro, latino americanos, etc - para a construção e compreensão do que são direitos humanos.

Pensar e construir a partir dessa perspectiva crítica dos direitos humanos é fortalecer o processo de libertação das pessoas e dos povos dessa retórica universalista que a modernidade nos impõe, na qual a subjetividade dos indivíduos é negada, em prol de um parâmetro universal, o do “homem médio”. O que se propõe é que o oprimido se constitua sujeito da sua própria história, com direito a falar por si mesmo.

Esse processo de constituição de subjetividade do “outro” deve ocorrer a partir da práxis. A práxis é um exercício de encurtar distâncias, de aproximação do outro, com o que clama por justiça, com o que necessita de serviço, e é nesse sentido que a assessoria jurídica popular se insere. Um local que visa afastar a produção dos direitos humanos atrelada a uma visão reducionista e universalista dos indivíduos, a produção de um sujeito abstrato, mas, em um local que se propõe a estar ao lado das subjetividades do sujeito, tanto individual, quanto coletivo, lhes garantindo vez e voz.

## **PROMOÇÃO DE UM DEBATE ANTROPOLÓGICO**

Inicialmente, depreende-se que a falta de noção e de conhecimento da população acerca da legitimidade e dos modos de vida das comunidades tradicionais está associada ao profundo etnocentrismo da sociedade brasileira, que, não ocasionalmente, também valoriza e exalta os saberes, cultura e manifestação de ser-no-mundo de alguns povos em detrimento de outros. Esse etnocentrismo também pode ser definido como “uma visão do mundo na qual o próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos seus valores, modelos e definições do que é a existência.”

É perceptível que a Europa por muito tempo ocupou o lugar artístico, científico e epistemológico de poderio e referência no imaginário popular, principalmente pelo atroz processo colonizatório e pela perseguição de um viés universal e “civilizatório” para com as populações fora do continente. Após esse momento histórico, notam-se os sintomas por todo mundo, o que se reflete em como os brasileiros, ainda hoje, pensam sobre povos originários, sempre os vendo enquanto “Outros” sem voz para contar suas próprias existências. A negação dessas histórias e dessas vidas é cada vez mais presente nos países latino-americanos, notadamente, devido ao fenômeno da onda azul, que manifesta a ascensão ao poder de figuras de extrema direita nas alcunhadas repúblicas das bananas.

Segundo FREIRE (1983), a educação, compreendida em sua forma verdadeira, deve ter como primordial função a de humanizar os indivíduos na ação consciente que esses devem fazer para transformar o mundo. Somando-se a tal perspectiva, o papel da assessoria jurídica popular, na busca de um novo projeto de sociedade não trata-se, puramente, de uma atividade extensionista, mas de uma ação-comunicação. Conceitualmente, a extensão acadêmica consiste em atitudes da Universidade junto à Comunidade, difundindo e dando função social ao conhecimento e pesquisa somente possíveis com financiamento desta própria Comunidade, mediante recolhimento tributário e distribuição de serviços correspondentes. De tal modo, a extensão é, senão uma obrigação e dever de retornar os investimentos de educação de estudantes e pesquisadores aos seus maiores contribuintes: o povo.

De tal modo, a Universidade do Estado da Bahia (UNEB - Campus III), na cidade de Juazeiro/BA, na qual se situa o projeto em voga, ampliou por votação unânime, no ano de 2018, mediante Resolução do Conselho Universitário (CONSU) a reserva de vagas para negros e

sobrevagas para indígenas, quilombolas, ciganos, pessoas com deficiência, transtorno do espectro autista e altas habilidades, transexuais, travestis e transgênero. A UNEB também foi a primeira universidade do Nordeste e a segunda do país a instituir cotas sociorraciais, em 2002.

Deve-se compreender a extensão universitária enquanto processo dialético e problematizar a noção de extra-muros e invasão cultural, muitas vezes presentes quando a Universidade tenta se inserir numa Comunidade. Notadamente, os conhecimentos de que detém cada parcela são distintos, assim com as realidades sociais que dão origem e suporte a essa episteme, no entanto, a preparação dos assessores populares deve encontrar alicerce na Antropologia e Sociologia.

## **O SURGIMENTO DO COLETIVO DE ACESSORIA JURÍDICA POPULAR - LUIZ GAMA**

O Coletivo de Assessoria Jurídica Popular Luiz Gama (CAJUP) é um grupo de Assessoria Jurídica Popular do DTCS - Campus III, da Universidade do Estado da Bahia - UNEB, surgido a partir da ação extensionista do Projeto de Extensão Coletivo Luiz Gama, durante a segunda metade do ano de 2017 e desenvolvido em conjunto com o Centro Acadêmico do curso de direito da referida universidade.

O CAJUP possui como inspiração a figura de Luiz Gama, advogado que agiu em favor da abolição da escravatura no Brasil. Negro, filho de Luiza Mahin, negra livre que participou de diversas insurreições, com um fidalgo português que o vendeu como escravo, foi um autodidata que atuou como rábula através de atividades jornalísticas e jurídicas contra a escravidão. Esteve nos tribunais e através da sua impecável oratória e conhecimento jurídico conseguiu libertar mais de 500 escravos, se tornando um dos maiores líderes abolicionistas do Brasil.

Assim, o Projeto de Extensão intitulado “Coletivo Luiz Gama: diálogos sobre direito e liberdade” teve como objetivo discutir e socializar a obra “Orfeu de Carapinha: a trajetória de Luiz Gama na cidade imperial de São Paulo”, escrito por Elciene Azevedo. Esse projeto encabeçado pelo Centro Acadêmico dos Discentes de Direito, reuniu cerca de cinquenta alunos de diversos cursos, durante cinco encontros, a partir dos quais foram propostas intervenções, postagens em redes sociais, uma exposição fotográfica e, por fim, a escrita de um livro infantil tratando sobre a vida e legado de Luiz Gama, com objetivo de contar essa história de luta por liberdade e direitos humanos a crianças.

Com o fim do projeto de extensão, um grupo de alunos e alunas decidiu por continuar com o Coletivo, agora com o formato de Assessoria Jurídica Popular, que se constrói e desconstrói até hoje, com pautas sócio-educativas e de defesa de direitos, com a adesão de membros que não participaram do projeto inicial de extensão, mas motivados pelas atividades de assessoria e criação de um novo sentido contrário ao engessamento e doutrina jurídica.

Em decorrência dos debates fomentados pelo Coletivo Luiz Gama, floresceu no meio acadêmico, ainda tradicional e dogmático, a perspectiva de promover uma Ciência Jurídica menos elitista e mais popular, que tangenciasse de maneira efetiva os problemas sociais, buscando dar visibilidade às comunidades historicamente marginalizadas, para que, através da construção de diálogos entre a Universidade e sociedade, fossem estabelecidas mudanças concretas na práxis acadêmica e jurídica, além de despertar o interesse dos alunos em debater, de maneira fundamentada, as diversas violações de direitos humanos enfrentadas por comunidades invisibilizadas pela sociedade. Essa prática extensionista, além de promover a educação jurídica popular, está sustentada no tripé constitucional: ensino, pesquisa e extensão.

Nesse viés pedagógico, com foco na educação popular para Direitos Humanos, inserem-se as atividades desenvolvidas pelo Coletivo, dentre elas, é inegável importância das Oficinas de Leitura. Direcionadas às crianças de três a doze anos incompletos, e realizadas nas manhãs das sextas-feiras de 2018, tais oficinas tiveram como objetivo indissociável o fornecimento do conhecimento prático, dinâmico e efetivo sobre a história da Comunidade Quilombola, as raízes e a cultura afro-brasileira, os direitos humanos inerentes a todos os cidadãos, de maneira a viabilizar a construção de sentimentos de auto pertencimento, empoderamento, igualdade racial e respeito às diferenças.

As atividades aconteceram na Comunidade Quilombola de Alagadiço, em um espaço reformado pela Prefeitura da cidade de Juazeiro há alguns anos - o qual deveria funcionar como escola, e que até pouco tempo encontrava-se completamente inutilizada, embora ainda persistam os problemas estruturais - e consistiam em leituras grupais e individuais de livros com temática majoritariamente africana, quilombola, ou que tratem do respeito ao pluralismo em suas diversas vertentes, assim como conversas, brincadeiras, exposição de filmes e músicas que incentivam o senso de coletividade, de união, o pensamento crítico, a resistência contra ideais racistas e excludentes, os quais não poderiam coexistir com uma sociedade igualitária, justa, democrática e miscigenada.

Os valores construídos junto com as crianças quilombolas durante as oficinas vão muito além da simples obtenção de conhecimento sobre sua própria história e a importância de apreciar a sua cultura, são valores significativos para a formação de adultos questionadores, que não se acomodam facilmente, que atuam de maneira representativa dentro da sua Comunidade, orgulhando-se das suas raízes, da sua cor e do seu povo, preservando sempre a memória histórica da luta e da busca por dignidade que ultrapassa os séculos e as fronteiras.

## **A ATUAÇÃO DO CAJUP - LUIZ GAMA NA COMUNIDADE QUILOMBOLA DO ALAGADIÇO**

A Comunidade do Alagadiço apresenta-se como uma comunidade quilombola ancestral, na qual sua ocupação data mais de 200 anos por famílias negras remanescentes, sendo uma das ocupações territoriais mais antigas de Juazeiro, possuindo, assim, forte memória histórica com o território. Está situada a cerca de 20 quilômetros do centro de Juazeiro-BA, reunindo 43 famílias na terra tradicionalmente ocupada. Em 20 de maio de 2016, foi publicado no Diário Oficial da União a Certidão de Autodefinição da comunidade do Alagadiço, expedida pela Fundação Cultural Palmares, que é responsável pela certificação e orientação das comunidades.

A ancestralidade da comunidade, além de já reconhecida, foi registrada por meio de uma exposição fotográfica intitulada “Quilombos Juazeiro”, um projeto construído coletivamente, com a finalidade de retratar a história, as singularidades e diversidades de oito comunidades quilombolas de Juazeiro (BA), com objetivo de retratar a luta dos moradores pelo processo de certificação e reconhecimento enquanto quilombo, a exposição “Quilombo do Alagadiço” revela os processos de manutenção de práticas de resistência de um povo que foi historicamente reprimido. É de se ressaltar que a comunidade do Alagadiço, entre cerca de 14 comunidades remanescentes de quilombo existentes em Juazeiro, foi a primeira a conseguir a titularidade da terra.

Entretanto, há que se observar que o processo de titulação, como instrumental garantia do acesso à terra, está condicionado à criação de uma associação civil, norma que seria minimamente risível ou então completamente predatório pois impõe que os povos de quilombo devem se curvar e adequar aos processos de um Estado Democrático de Direito do qual sempre opuseram resistência. Os quilombos, por própria etiologia, são essencialmente lugares erguidos para lutar contra as estruturas de poder institucionalizado. Neste quesito, o sistema legal obsta a

razoabilidade, contradizendo violentamente a soberania dos povos e reiterando a cruel diáspora africana.

Ao longo dos anos, a comunidade tem passado por diversos obstáculos, ao quais, se destacam as dificuldades relativas ao acesso à água, educação e atendimento médico. Originalmente a comunidade exercia suas atividades de cultivo e pecuária a beira do rio, de modo que, a agricultura sempre figurou como marco característico do modo de vida da comunidade. No entanto, frente às diversas turbações que a comunidade têm passado ao longo dos anos, atualmente, não mais possuem acesso ao rio, fator que dificulta o cultivo ou criação, obrigando os moradores a migrar para outras regiões da cidade em busca de empregos, especialmente, em fazendas.

Mesmo frente aos impedimentos, a resistência enquanto povo quilombola que ocupa legitimamente o território tem acontecido, inclusive com articulação política, por exemplo, com a visita do prefeito municipal para discutir as dificuldades que a comunidade tem passado, com a criação de de curso pré-vestibular voltado para a comunidade e, especialmente, com o sucesso da proposta, ao levar-se em consideração que seis estudantes quilombolas vinculados ao projeto lograram êxito no vestibular da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

Contudo, apesar do direito constitucionalmente conferido de propriedade definitiva e a efetiva resistência em permanecer em território tradicionalmente ocupado, a terra da comunidade vem restringindo-se a um pequeno lote, no qual o espaço assemelha-se a um corredor. De fato, o espaço apropriado hoje pelos moradores da comunidade não corresponde à área ocupada originalmente, devido aos diversos processos de ocupação externa por grandes proprietários vizinhos.

Assim, indiscutivelmente, a comunidade vê seu espaço tradicional drasticamente restringido e diversos são os relatos dos moradores do Alagadiço acerca da ocupação e turbação da sua terra. Tal redução no território originário é resultado de diversas turbações de proprietários circunvizinhos, que afrontam diretamente o direito do grupo de dispor sobre a terra ancestralmente conquistada.

A situação já tomou tamanhas proporções que até mesmo o caminho que dá acesso ao cemitério da Comunidade do Alagadiço está obstruído. Dessa feita, o momento no qual os pertencentes à comunidade utilizavam a área para a realização de velórios e de culto aos antepassados está inviabilizado, devido essa restrição imposta pelos proprietários circunvizinhos. Percebe-se, então, a negação ao direito à memória da comunidade, a sobrevivência da sua história e sua ancestralidade, bem como as narrativas do povo negro.

Diante da realidade apresentada e, por meio do Coletivo de Assessoria Jurídica Popular - Luiz Gama em parceria com a Defensoria Pública da União e outros entes representativos, deu-se início a um processo de garantia do direito e acesso à terra a Comunidade do Alagadiço, a fim de que não ocorram mais situações de afronta ao seu território por parte dos proprietários de terra ao seu entorno.

Ademais, O CAJUP Luiz Gama também assessora a comunidade no processo de titulação das terras, processo administrativo que transcorre no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), para além da certificação já conquistada.

## **OS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS PARA OS REMANESCENTES DE QUILOMBOS**

Importante destacar que o direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, conquistado por meio de muita resistência e

lutas de povos antepassados. O direito à posse das áreas ocupadas por remanescentes de quilombo é um direito da comunidade como um todo, resultado de um processo de pressão e mobilização dos quilombolas, o qual, em nenhum momento, foi resultado de benevolência do Estado.

Trata-se de direito protegido independentemente da titulação das terras, porquanto é reconhecido diretamente pela Constituição Federal, através do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esta norma tem a competência de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo, e eventualmente o judicial, declaratórios deste direito territorial.

Conforme dispõe,

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Além do âmbito nacional, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, tratado internacional incorporado pela legislação brasileira, assegura a proteção das terras dos povos indígenas e dos chamados povos tribais, entre os quais devem ser incluídas as comunidades quilombolas. Tal entendimento vem sendo frequentemente reiterado pelos tribunais constitucionais da América Latina.

Não poderia ser diferente, visto que toda a legislação interna se alinha, na compreensão do tema, às diretrizes estabelecidas pela Convenção nº 169/OIT. Nesse contexto, a legislação interna também define quem seriam os beneficiados com a proteção conferida pela Convenção nº 169/OIT, denominando tais populações protegidas de “Comunidade Tradicional”, conforme dispõe o Decreto 6.040/2007.

Art. 3o Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição

O mesmo Decreto traz a definição do que seria Território Tradicional:

Art. 3o, II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

Cabe destacar, por fim, que o artigo 14 da Convenção 169 ainda prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, contemplando a obrigação dos Estados de instituírem “procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”

Seja no sentido de resguardar os posicionamentos trazidos pela Convenção nº 169/OIT, da qual o Brasil faz parte, seja no sentido de expressamente prever que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, resta claro que o caso da Comunidade Quilombola Alagadiço se enquadra aos princípios manifestados, por diversas vezes, na Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, ser garantidos.

Essas são algumas conquistas do movimento movimento pós-colonial, o qual tem promovido as vozes das comunidades silenciadas após os últimos cinco séculos de expansão

violenta e genocida dos países europeus centrais e dos Estados Unidos pelo mundo inteiro. Os povos originários, dentre os quais os quilombos, projetam a sua voz para recontar, segundo sua perspectiva de clamor por justiça e resistência, a dor a que estiveram - e a que ainda estão - submetidos.

Apesar dos ganhos, da construção de narrativas e espaços, bem como das previsões na legislação em âmbito nacional e internacional, o qual tenta proteger um direito historicamente violado, o que se percebe é a perpetuação dessas violações aos direitos quilombolas, em especial, o territorial. Isso porque, apesar das previsões legais, os particulares se veem legitimados a desrespeitar e transgredir os direitos quilombolas, tendo em vista a pouca ou nenhuma sanção por parte do Estado.

Sendo assim, ao mesmo tempo que o Estado prevê os direitos territoriais para as comunidades tradicionais, pouco se faz quanto a efetivação desse direito. Em verdade, percebe-se uma postura de anuência do Poder Público frente às transgressões cometidas pelos particulares no entorno da Comunidade Quilombola do Alagadiço.

## CONCLUSÕES PRELIMINARES

As Comunidades Tradicionais Quilombolas sofrem com a marginalização imposta a seus indivíduos desde a época da escravidão, marcando-se por um histórico de resistências e lutas por seus direitos e memória de seus antepassados. No entanto, essa ininterrupta violência epistêmica sofrida contribuiu para o enfraquecimento das Comunidades Quilombolas da cidade de Juazeiro/BA e de um distanciamento da sua memória coletiva ancestral. Nesse contexto, o Coletivo de Assessoria Jurídica Popular – CAJUP Luiz Gama, através de sua atuação com enfoque na educação jurídica popular, promove atividades que fomentam o conhecimento sobre suas origens e identificação, com o intuito de fortalecer as Comunidades Tradicionais, bem como, de preservar a identidade cultural da comunidade, contribuindo no seu processo de autoempoderamento e de justiça social.

Assim, apenas por meio de uma prática extensionista que vise estar ao lado do indivíduo que foi silenciado, possibilitando que este conte sua própria história e narrativa é que iremos conseguir alcançar uma prática libertadora dos Direitos Humanos. Tudo o que se afaste da práxis, ou que vise apenas “garantir” os direitos universais não está comprometido com a ideia de libertação e subversão das estruturas sociais.

## REFERÊNCIAS

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1983, 93 p.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?**. 7ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARTINNEZ, Alejandro Rosillo. **Cadernos IHU ideias** / Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Instituto Humanitas Unisinos. – Ano 1, n. 1 (2003)- . – São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003- . v.

RIBAS, Luiz Otávio. **Assessoria Jurídica Popular Universitária: uma metodologia para a educação em direitos humanos.**

Universidade do Estado da Bahia (UNEB). **Resolução Nº 1.339 de 28/07/18 do Conselho Universitário (CONSU)**. Aprova o sistema de reservas de vagas para negros e sobrevagas para indígenas; quilombolas; ciganos; pessoas com deficiência, transtorno do espectro autista e altas habilidades; transexuais, travestis e transgênero, no âmbito da UNEB, e dá outras providências.





# GP 33

PERSPECTIVAS SOCIOLÓGICAS E JURÍDICAS ACERCA  
DAS INFÂNCIAS E ADOLESCÊNCIAS NOS 30 ANOS DA  
CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA

**Coordenação:**

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci (USP/UPM)

Michelle Asato Junqueira (UPM)

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro (UFMS-CPTL)

Laura N. Lora (UBA-Argentina)

Paula Noelia Bermejo (UBA-Argentina)



## OITIVA INFORMAL: A INCONSTITUCIONALIDADE E A INCONVENCIONALIDADE DO ART. 179 DO ECA

**Aline Araújo de Albuquerque Melo**

Graduanda em Direito (UFPE)

**Anne Heloíse Barbosa do Nascimento**

Graduanda em Direito (UFPE)

### INTRODUÇÃO

No início do século XX, no Brasil, o Código de Menores de 1979, também conhecido como “Código Mello Mattos”, tratava exclusivamente das crianças e adolescentes a partir de métodos assistencialistas, protecionistas e de vigilância, especialmente voltado para população “menor” que estivesse em “situação irregular”. No que se refere ao teor da lei, “este código consagrou o sistema de atendimento à criança atuando especificamente sobre os chamados efeitos da ausência, atribuindo ao Estado a tutela sobre o órfão, o abandonado e aqueles cujos pais fossem tidos como ausentes, tornando disponíveis seus direitos de pátrio poder.” (ESPÍNDULA e SANTOS, 2004).

De acordo com o art. 26, consideram-se abandonados os menores de 18 anos que se encontrem com habitação incerta; que vivam com pai, mãe ou tutor indigentes, enfermos, negligentes, incapazes, condenados por sentença irreversível ou que vão de encontro a moral e aos bons costumes; que estejam em situação de vadiagem, medicação ou libertinagem ou em companhia de más influências (BRASIL, 1979). Os termos são especialmente problemáticos para crianças que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza, sendo sua família duplamente penalizada: por não ter uma vida digna e pela possibilidade de perder seus filhos para o Estado.

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) rompe com o paradigma do antigo código, deixando evidente em seu art. 23 que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (BRASIL, 1990), sendo o Estado responsável pela promoção de condições dignas de vida para que as famílias possam cuidar de seus filhos/as.

No entanto, é importante ressaltar que o ECA carrega resquícios não só do sistema menorista, mas do sistema penal adulto e punitivista, a exemplo do art. 149, que permite às/aos Juízas ou Juizes da Infância e da Juventude a edição de portarias regulamentadoras, fato alinhado com o antigo código, o qual os autorizava a determinar medidas de “ordem geral”, de acordo com seu “prudente arbítrio”.

Neste artigo, procura-se analisar a inconstitucionalidade e inconveniência do art. 179 do ECA, que estabelece uma audiência informal com o Ministério Público (MP), quando da realização de um ato infracional .

Compreende-se que o vertiginoso aumento de 58,6% de jovens cumprindo medida privativa de liberdade entre 2009 e 2015, de acordo com Levantamento Anual Sinase (BRASIL, 2018), está relacionado à influência do recrudescimento no sistema penal adulto na atuação dos profissionais do direito da infância e juventude, estando incluídos os promotores de justiça. Em recente decisão, relativa ao Habeas Corpus de nº 143988, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, determinou que a quantidade de jovens internados não poderia ultrapassar 119% da capacidade das unidades socioeducativas dos estados de Pernambuco, Ceará, Bahia e Rio de Janeiro. (BRASIL, 2019)

Todavia, as condições nas unidades são inconcebíveis, segundo a advogada Thaisi Bauer, da ONG Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), que acompanha a situação sistema socioeducativo pernambucano: “há infestações de ratos e escorpiões e as condições físicas são precárias, já vi meninos fazendo fogo com a fiação exposta para esquentar o café e comendo com as mãos, porque não havia talheres” (VALADARES;BARBON;TOLEDO, 2019). Em verdade, a quantidade de reeducandos não deveria em nada ultrapassar o número de vagas que originalmente comporta uma unidade.

A fim de analisar as implicações da audiência informal, bem como as intersecções entre a Teoria Menorista, Sistema Penal Adulto e o ECA, optou-se pelo método indutivo através da verificação de estudos teóricos, trabalhos acadêmicos, pesquisas e doutrina - em livros físicos e eletrônicos – acerca do direito penal e do direito da infância e da adolescência. Como norte para análise, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e a Constituição Federal de 1988.

## O PROCEDIMENTO DA OITIVA INFORMAL

Quando o adolescente comete um ato infracional, este é desde logo apresentado para uma autoridade policial (art. 172, ECA)<sup>1</sup>, a qual possui duas escolhas: liberação aos pais ou representação pela internação.

Porém, independentemente da opção selecionada, a oitiva informal deve ocorrer. Este procedimento diz respeito a uma audiência feita apenas com o membro do MP, o qual a seu turno representa o Estado, o adolescente e seu responsável. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas. Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar (BRASIL, 1990).

---

<sup>1</sup> Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente. Parágrafo único. Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria. (BRASIL, 1990)

A existência da oitiva informal está baseada na necessidade que o MP possui de provar sua convicção, atestando as condições relativas as circunstâncias do ato infracional, bem como aquelas que dizem respeito as condições sociais do adolescente. De acordo com um Manual do Ministério Público do Estado de São Paulo relativo a matéria:

a oitiva informal realizada pelo Promotor de Justiça com o adolescente, seus familiares e/ou responsáveis tem a finalidade de permitir ao membro do Ministério Público formar sua convicção sobre todos os fatos e provas até então produzidos na fase policial, mas com a finalidade de verificar: a) se o adolescente era, ao tempo do fato imputado, capaz de entender o caráter ilícito do ato ou se será necessária avaliação médica sobre tal ponto; b) se será possível a concessão do perdão (remissão); c) se será necessária a imposição de alguma medida protetiva; d) se será cabível a remissão pré-processual, mas cumulada com alguma medida socioeducativa; e) se será necessário o oferecimento de representação; f) se o adolescente ou algum familiar/responsável teve algum direito violado na fase policial (se sofreram, por exemplo, algum tipo de abuso, tortura ou ameaça na fase policial) (NETO; ARAÚJO; SILVA; CAMPANA, 2012).

Além disso, é nessa fase que o “promotor de justiça da infância e juventude poderá também analisar a necessidade ou não de oitiva de alguma vítima ou de testemunhas porventura não ouvidas ou até mesmo acareações.” (NETO; ARAÚJO; SILVA; CAMPANA, 2012).

Os benefícios da oitiva informal, ou audiência preliminar, se encontram no fato de, a partir desse procedimento, ser possível ao promotor promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar a autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (art. 180, ECA). Desse modo, “conquanto tenha caráter informal, constitui uma importante fase que, associada à prática e à sensibilidade do Promotor de Justiça, poderá determinar o início ou a própria exclusão do processo socioeducativo.” (NETO; ARAÚJO; SILVA; CAMPANA, 2012).

O ECA não prevê a possibilidade da não realização deste procedimento, até mesmo quando “impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.”(art. 175,§1, ECA). Sobre ser possível ou não a dispensa da audiência preliminar, a doutrina se divide em três correntes.

Para Ishida (1998), “a oitiva não se reveste da natureza de condição de procedibilidade, sendo apenas procedimento administrativo que antecede ao judicial”, desse modo, por ser questão meramente administrativa, a autora entende que esta etapa deveria ser dispensável. Por sua vez, a segunda corrente enxerga a oitiva informal como imprescindível, visto o art. 124 do ECA que garante ao adolescente privado de liberdade o direito de se entrevistar pessoalmente com o membro do Ministério Público. Inclusive, para Veronese (2017), “a realização da audiência preliminar é condição para o oferecimento da representação.”.

Nesta linha, para o Superior Tribunal de Justiça, o procedimento, mesmo sendo realizado sem defesa técnica, não configura nulidade. Além disso, o Tribunal Superior adota a tese do MP, o qual enxerga a oitiva informal como uma oportunidade para o adolescente:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ausência de defesa técnica na audiência de oitiva informal do menor perante o Ministério Público não configura nulidade, porquanto não implica prejuízo à defesa, em razão da necessidade de ratificação do depoimento do menor perante o Juízo competente, sob o crivo do contraditório. Com efeito, a audiência de oitiva informal tem natureza de procedimento administrativo, que antecede a fase judicial, oportunidade em que o membro do Ministério Público, diante da notícia da prática de um ato infracional pelo menor, reunirá elementos de convicção suficientes para decidir acerca da conveniência da representação, do oferecimento da proposta de remissão ou do pedido de arquivamento do processo (BRASIL, 2017).

Faz-se necessário destacar, contudo, uma terceira corrente que defende a conveniência da oitiva informal em algumas situações, de acordo com Heringer Júnior (2016), “nas hipóteses de concessão de remissão ou se os documentos encaminhados pela autoridade policial se apresentarem incompletos, demandando a necessidade de esclarecimentos a serem colhidos do adolescente e, eventualmente, de vítima e testemunhas.”.

Neste caso, tal audiência aconteceria apenas em benefício do jovem e nos casos de obscuridade nos documentos apresentados pela autoridade policial. É importante ressaltar que, ao ter que prestar seu depoimento na íntegra por uma segunda vez, ocorre o *bis in idem*, “aonde não raro, o adolescente confessa a prática infracional, sendo esta confissão usada como base para futura condenação.” (SOUZA, MENDOENÇA, 2018).

Essa realidade é uma constante nas apurações, de modo que a confissão extrajudicial, feita sem o auxílio de defesa técnica, é amplamente utilizada para fins de aplicação de pena. Dessa forma, há um extenso material jurisprudencial que ratifica essa prática, a qual lesiona severamente o ordenamento jurídico brasileiro, em seus mais basilares princípios processuais, como o devido processo legal (art.5, LIV, CF)<sup>2</sup>. Para exemplificar, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já decidiu: “a confissão extrajudicial do apelante, embora retratada parcialmente em juízo, não é óbice à manutenção da condenação, uma vez que está amparada por outros elementos de prova judicializados.” (SANTA CATARINA, 2018).

## **A DESCONFORMIDADE DO INSTITUTO DA OITIVA INFORMAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE**

Apesar da existência e da ampla aplicabilidade do art. 179, ECA, por parte dos atores da justiça da infância e da adolescência, vislumbra-se que este procedimento está em total descompasso com a Constituição Federal, em suas normas mandamentais e princípios. Uma delas é o art. 227 e seus incisos, os quais dizem que:

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

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade (BRASIL, 1988).

Ao falar sobre a igualdade da relação processual, entende-se que a Lei maior está privilegiando, e estendendo aos adolesecntes os princípios fundantes do regime acusatório do processo penal, tais como a não colaboração com a acusação e a paridade de armas. Entende-se,

---

<sup>2</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988)

porém, que nenhum desses pressupostos são respeitados pelo instituto da oitiva informal, em virtude do adolescente, nesta situação, estar desacompanhado de defesa técnica e, assim, não possuir o mínimo conhecimento sobre as consequências de seu depoimento, situação que é agravada em razão de sua pouca idade e, muitas vezes, de sua condição social.

Nesta linha, é necessário demonstrar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente exalta o devido processo legal no seu capítulo III, o qual fala sobre as Garantias Processuais. Desse modo, o art. 110 diz expressamente que “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” (BRASIL, 1990) e o art. 111, da mesma lei, lista o rol de garantias asseguradas ao jovem, as quais são: “I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei.” (BRASIL, 1990).

Essas contradições evidenciam o fato de, apesar do ECA ser um marco para o direito da infância e da juventude no Brasil, pela primeira vez considerando crianças e adolescentes como sujeitos de direito, a doutrina da situação irregular ainda se faz presente em partes de seu texto, incluindo o art. 179, da oitiva informal, onde as garantias processuais do art. 110 não têm vigência, apesar de ambos os dispositivos pertencerem a mesma legislação.

Conforme demonstrado nas jurisprudências constantes no primeiro capítulo desta pesquisa, a praxe dos atores do processo reforça essa lógica ultrapassada da doutrina menorista. Nesse sentido, de acordo com Alexandre Morais da Rosa (2007), a “mudança da doutrina da situação irregular para a da proteção integral ainda é, na maioria dos Juizados deste imenso País, de fachada.”.

Além disso, tem-se que o direito ao devido processo legal, previsto no art. 5, LIV, da Constituição Federal representa uma verdadeira limitação do poder estatal acerca de sua atuação perante a liberdade dos cidadãos. Desse modo, seu âmbito de proteção é “alargado não se limitando àqueles que fazem parte da relação processual, mas abrange todos que exercem funções constitucionalmente essenciais à justiça.”(MENDES; COELHO;BRANCO, 2006).

Nesta esteira, segue o inciso V do art. 227, acima explicitado, que fala sobre o respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Este dispositivo se alinha perfeitamente com a Teoria da Proteção Integral, a qual marca o rompimento, ao menos formal, do Estado brasileiro com o Código de Menores, o qual amparava uma lógica punitivista alicerçada fortemente nos preconceitos de raça e classe presentes na sociedade brasileira ainda nos dias atuais.

Esse inciso também fala sobre as medidas privativas de liberdade, as quais compõe o quadro de medidas socioeducativas<sup>3</sup> perante o direito da criança e do adolescente. Nesse sentido:

Não se pode perder de vista que a medida socioeducativa tem claramente natureza penal, representando o exercício do poder coercitivo do Estado, e, assim, implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos e liberdades. Não difere das penas em sua estrutura, porquanto cumpre o mesmo papel de controle social, possui as mesmas finalidades e igual conteúdo (GIACOMOLLI; SCHNEIDER, 2017).

Desse modo, as medidas socioeducativas, apesar de possuírem todas as características dos típicos instrumentos de coerção penal, tem-se que elas “procuram evitar a prática de novos atos

---

<sup>3</sup> Medidas socioeducativas representam todas aquelas que compõe o quadro do art. 112 do ECA, o qual diz que: “art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI” (BRASIL, 1990).

infracionais por adolescentes e, sobretudo, diminuir a vulnerabilidade do adolescente ao sistema de controle penal, por meio da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais.” (SPOSATO, 2013). Porém, essas peculiaridades pertinentes ao instituto, as quais advêm da doutrina da proteção integral, não podem servir como base para uma discriminação negativa de crianças e adolescentes, por parte do Estado.

Portanto, como sujeitos de direitos, jovens que estão sendo alvo de investigações infracionais devem ter asseguradas a aplicação das garantias relativas ao devido processo legal, visto que este constitui as condições basilares para o início do processo em um Estado Constitucional, de forma que sua não observância implica em uma série de lesões a um conjunto de garantias assecuratórias da cidadania. De acordo com Giacomolli e Schneider (2017), “a observação de direitos e garantias constitucionais no processo penal é direito fundamental que deverá ser respeitado pelas regras infraconstitucionais, bem como por aqueles que o aplicam, vez que por meio dele pode-se limitar ou restringir a liberdade do ser humano.”.

## **DA INCONVENCIONALIDADE: UM ESTUDO FEITO EM FACE DA COVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1989**

A nova órbita de compreensão que hoje embasa o Direito da Criança e do Adolescente surge com a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, servindo o decreto de nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990, como meio de internalização da mesma. No que tange a temática aqui discutida, faz-se importante destacar o art. 40 da Convenção:

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as crianças que, alegadamente, teriam infringido a legislação penal ou que são acusadas ou declaradas culpadas de ter infringido a legislação penal têm o direito de ser tratadas de forma a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, fortalecendo seu respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração sua idade e a importância de promover sua reintegração e seu papel construtivo na sociedade.

2. Para tanto, e de acordo com os dispositivos relevantes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes devem assegurar, em especial: (...)

• que todas as crianças que, alegadamente, teriam infringido a legislação penal ou que são acusadas ou declaradas culpadas de ter infringido a legislação penal gozem, no mínimo, das seguintes garantias:

i. ser consideradas inocentes enquanto não for comprovada sua culpa, de acordo com a legislação;

ii. ser informadas das acusações que pesam contra elas prontamente e diretamente e, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus tutores legais, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e a apresentação de sua defesa;

iii. ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa, de acordo com a lei, contando com assistência jurídica ou de outro tipo e na presença de seus pais ou de seus tutores legais, salvo quando essa situação for considerada contrária ao seu melhor interesse, tendo em vista especialmente sua idade ou sua situação;

iv. não ser obrigada a testemunhar ou declarar-se culpada, e poder interrogar as testemunhas de acusação, bem como obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

v. caso seja decidido que infringiu a legislação penal, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetida a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

vi. contar com a assistência gratuita de um intérprete caso não compreenda ou não fale o idioma utilizado;

vii. ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes devem buscar promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições especificamente aplicáveis a crianças, que alegadamente, teriam infringido a legislação penal ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de ter infringido a legislação penal, e em especial:

- sempre que conveniente e desejável, a adoção de medidas para lidar com essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, desde que sejam plenamente respeitados os direitos humanos e as garantias legais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

É notória a incompatibilidade entre as atuais práticas fundamentadas no art. 179 do ECA e o presente instrumento internacional. No ponto 01 do art. 40 da convenção, fala-se sobre o estímulo que o jovem deve ter dos atores estatais em relação ao seu sentimento de dignidade e valor. Isso não acontece na situação aqui tratada, visto que, não raras vezes, o MP usa de forma torpe o seu aparato institucional, e o conhecimento de seus membros acerca do maquinário que rege as engrenagens do sistema de justiça, para extrair do adolescente informações, e até mesmo confissões, que futuramente poderão ser usadas para sua condenação.

O fato do jovem ser, no momento da audiência, acompanhado por um responsável não atenua as consequências maléficas das estratégias utilizadas pelo MP. Visto que, em sua maioria, esses jovens são provenientes de famílias de baixo capital econômico, o que faz com que seus pais e parentes próximos não tenham capacidade técnica para uma orientação jurídica acerca do procedimento ou possam contratar quem a faça. Sendo assim, há ausência de mínimas habilidades técnico-jurídicas, cujo fornecimento deveria se dar através do aparato estatal, como a Defensoria Pública.

Neste sentido, em documento disponibilizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios intitulado de "Sugestões para a Oitiva Informal", o órgão sugere que o promotor de justiça responsável faça constar em sua manifestação "a narrativa do responsável sobre o comportamento do adolescente (se efetivamente frequenta escola, se usa drogas, se dorme fora de casa etc.)" (BRASÍLIA, 2007). Nota-se que na exemplificação se faz uso apenas de uma ilustração positiva, frequência escolar, e de duas negativas, dormir fora de casa e o uso de entorpecentes.

Talvez isso aconteça em virtude da praxe, do dia a dia, do ofício do MP, porém inegável é a influência da chamada Teoria do Etiquetamento, também conhecida como *labelling approach*, marco da criminologia crítica. Nesse sentido:

O *labelling* parte dos conceitos de "conduta desviada" e "reação social", como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta desviada ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é criminal "em si" ou "per si" (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de "definição", que atribuem à mesma tal caráter, e de "seleção", que etiquetam um autor como delinquente (ANDRADE, 1997).



Sendo assim, essa teoria nascida em meados da década de 1930, a qual teve expoentes no Brasil, como Nina Rodrigues e, no exterior, Cesare Lombroso, buscava atribuir rótulos estigmatizantes, como desviados, perigosos, delinquentes, a pessoas de acordo com suas características étnicas. Dessa forma, bairros inteiros foram criminalizados e perseguidos pelo Estado. Além disso, a teoria do etiquetamento funcionou como base para a teoria menorista constante no já revogado Código de Menores.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a conduta sugerida pelo MP reforça um ideário criminológico do século passado, que nos dias atuais não deveria possuir mais aplicabilidade, em virtude de sua completa superação. Tal atitude vai contra a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU no sentido de não promover ao jovem que está nessa situação peculiar seu senso de dignidade e valor, mas sim a total transformação da sala de audiência em um espaço desempoderador, de verdadeira submissão desse indivíduo dotado de direitos a força Estatal.

Tal orientação também viola de forma flagrante o inciso VII, do ponto de número dois do art. 40 da Convenção aqui tratada, visto que tal procedimento ceifa o ideal de inviolabilidade da vida privada do jovem que está sendo acusado. Nesse sentido:

Consoante Ana Paula Motta Costa, determinados comportamentos dos adolescentes são enquadrados como tipos penais enquanto representam, em realidade, problemas de natureza social, “demonstrando a sobrevivência da cultura típica da doutrina da situação irregular, ou refletem o apelo da comunidade, que é a expressão objetiva da sociedade punitiva”. A autora esclarece ainda que as famílias, muitas vezes, procuraram as promotorias a fim de resolver problemas sociais e de relacionamento, com o objetivo de tirar de circulação por um período os jovens que causam incômodo à ordem daquela comunidade, acabando por enquadrar condutas típicas da adolescência (como briga com os pais e drogadição) como atos infracionais. Essas representações, embasadas em problemas típicos da adolescência, e não em ilícitos penais, são admitidas pela autoridade judiciária e, não raras vezes, redundam em aplicação de uma medida socioeducativa de internação, para a satisfação geral dos envolvidos (sujeitos processuais e comunidade), que estariam apenas advogando em prol do “bem-estar” do adolescente (COSTA apud. GIACOMOLLI; SCHNEIDER, 2017).

Avançando-se no ponto dois do artigo 40 da Convenção analisada, é perceptível que este instrumento veda o atual formato das oitivas informais, onde o jovem é praticamente obrigado a confessar, sem estar na presença de alguém apto a pensar e realizar a sua defesa técnica. Desse modo, até mesmo o seu direito constitucionalmente e convencionalmente assegurado relativo a sua presunção de inocência, bem como o de ser julgado por um judiciário imparcial ficam comprometidos.

Essa realidade é explicitada pela jurisprudência abaixo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde o advogado do jovem agravou uma decisão que negou a requisição de retirada das peças relativas a audiência informal dos autos. Neste caso, seu pedido foi embasado pelo caráter extrajudicial do procedimento, bem como pelo alto nível de prejudicialidade que aquelas informações ali contidas representavam a defesa, em virtude da total lesão ao devido processo penal e demais princípios correlatos. Em resposta o retro mencionado Tribunal arguiu que:

Muito embora compartilhe do entendimento de que a oitiva do adolescente infrinja o princípio da não autoincriminação, trata-se de metodologia inerente àquele momento procedimental, que não pode ser abolido. Desta forma não há que se falar em violação ao contraditório ou ao exercício da amplitude do direito de defesa, na exata medida em que, nesta fase, ainda não se deu a judicialização do procedimento. Cabe destacar que se deferir o desentranhamento de tal oitiva informal equivaleria a se decretar a inconstitucionalidade daquele ato, alterando-se, portanto, o rito processual, o que efetivamente reputa-se inviável, não só em função de cláusula de plenário inerente à súmula vinculante nº 09 do pretório excelso, assim como não se poder negar vigência

àquele dispositivo legal, sendo certo que não poderá o magistrado, em sede sentencial, basear-se, única e exclusivamente, na mencionada oitiva, porquanto, se assim o fosse, conduziria a uma consequente e compulsória absolvição, de conformidade com os termos do art. 155 do c.p.p. A oitiva informal do adolescente pelo parquet funciona como verdadeiro embrião analógico de uma audiência de custódia” (RIO DE JANEIRO, 2015).

Neste julgado fica claro que os próprios desembargadores reconhecem o quão prejudicial são essas informações para a defesa do réu, mas mesmo assim validam um procedimento que lesiona a ampla defesa, cujo objetivo fim, é a autocriminalização do adolescente. Ainda é feita uma comparação com a audiência de custódia, a qual além de ser feita na presença de advogado, nos remete, mais uma vez, a “adultização” do procedimento previsto na legislação infanto-juvenil brasileira.

Isso se deve, mais uma vez, aos reflexos ainda latentes da doutrina menorista no sistema de justiça dedicado a infância e a adolescência e a total desvirtuação da oitiva informal, a qual deveria servir fundamentalmente como um verdadeiro laboratório de apuração acerca de possíveis violações secundárias que o jovem pode ter sofrido por parte dos agentes estatais, como a violência policial, bem como análise relativa a sua situação psico-social.

Finalmente, seguindo-se ao ponto 3 do art. 40 da Convenção, vislumbra-se uma possibilidade tangível de adoção de procedimentos extrajudiciais para infrações penais cometidas por jovens, porém se faz uma importante ressalva: estes devem proporcionar a observância plena e o respeito aos direitos humanos e as garantias legais (ONU, 1989).

Atualmente, as garantias constitucionalmente e convencionalmente asseguradas são ceifadas pelo aparato estatal, fincado no órgão acusatório, o qual se encontra preso na lógica do maquinário da operação de um direito que não possui aplicabilidade para uma sociedade marginalizada e, por conseguinte, marcada pelos estigmas de gênero, raça e classe.

## **INTERSECÇÕES ENTRE O ECA E O SISTEMA PENAL ADULTO**

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1940) brasileiro inspirou-se no *Codice Rocco* de 1920, código de origem fascista italiana baseado no antigo sistema inquisitorial. Neste sistema, princípios basilares do processo penal democrático são deixados de lado, exercendo o juiz o papel de protagonista do processo: buscando provas de ofício (art. 156 do CPP<sup>4</sup>), decretando prisões cautelares também de ofício (art. 311 do CPP<sup>5</sup>), condenando sem pedido (art. 385 do CPP<sup>6</sup>). As decisões são, portanto, construídas em atos de poder e não através do contraditório e da ampla defesa, como previsto pela Constituição Federal em seu art.5º, inciso LV.

Segundo Goldschmidt, citado por Aury Lopes Jr. (2019) a estrutura do processo penal funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários das Constituições de cada país. A doutrina majoritária brasileira aponta como misto o sistema processual penal

---

<sup>4</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1940)

<sup>5</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 1940)

<sup>6</sup> Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1940)

brasileiro contemporâneo, predominantemente inquisitório na fase pré-processual, a exemplo do inquérito policial, e acusatório na fase processual.

No sistema inquisitorial não existem, portanto, estruturas asseguradoras da dialética, do contraditório e da imparcialidade, pois uma mesma pessoa decide com base em uma prova que ela mesmo produziu. Por outro lado, o processo penal acusatório é caracterizado pela evidente separação entre o juiz e as partes, devendo manter-se assim ao longo do processo, a fim de que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. Como sintetizado por Cunha Martis, no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório, somente possível no sistema acusatório (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 46).

De acordo com o professor Aury Lopes Jr. (2013) a classificação enquanto sistema misto faz-se ilusória, visto que: “Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional; tão pouco pode ser misto, pois admitiríamos que metade dele é inconstitucional (...). Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição.”.

Neste diapasão, o autor defende a existência de um sistema processual penal democrático, regido pela Constituição e em busca da eficácia do sistema de garantias fundamentais, especialmente no que diz respeito à efetivação dos princípios do contraditório, ampla defesa e do juiz imparcial. A Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, pois lança em seu bojo o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz<sup>7</sup>. Seria importante, em conclusão, que os dispositivos do Código de Processo Penal que estejam em desacordo com a Lei Maior sejam declarados inconstitucionais e retirados da usualidade da prática penal.

Influenciado pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi promulgado em 1990. Inicia-se com o ECA a chamada fase garantista, guiada pelo Princípio da Proteção Integral, em substituição ao antigo Princípio da Situação Irregular. Este antigo princípio caracterizava a chamada fase tutelar ou de proteção, instituída no Código de Menores em 1927, com o intuito de criar uma justiça especializada para crianças e adolescentes que encontrem-se em uma condição não favorável para seu desenvolvimento, conforme os padrões do Estado à época.

A partir do ECA, institui-se, portanto, um olhar que considera a criança e adolescente sujeitos de direito<sup>8</sup>, titulares de garantias, ao invés de pessoas em situação irregular que precisam ser corrigidos e regularizados, nesse sentido, o art. 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

No âmbito do direito juvenil, o Código de Menores exaltava a teoria menorista, aplicando suas medidas com base nas características individuais das crianças e dos adolescentes, havia uma criminalização da pobreza e da raça, em conformidade com pensamentos lombrosianos. A partir da década de 1990, o ECA e a Lei do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) continuam a observar aspectos subjetivos, mas levando em consideração critérios e princípios

---

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

<sup>8</sup> Um dos sinais dessa mudança é a alteração da nomenclatura menorista, abolindo o termo menor, com toda a sua valoração negativa, e passando a utilizar “crianças e adolescentes”.

tipicamente penais como a gravidade do delito e a reincidência infracional que justificassem de fato a apreensão da criança e do adolescente.

Mesmo após promulgação do ECA, pelo qual instituiu-se critérios penais, como os vistos acima, não é possível dizer que a criminalização por raça e classe diminuiu. Pelo contrário, de acordo com Levantamento Anual Sinase (BRASIL, 2018), feito em 2015 e publicado em 2018, em Pernambuco, 96% dos adolescentes reeducandos são do sexo masculino; dos 1.472 meninos presentes no sistema socioeducativo, 1.110 são pretos ou pardos. Nesse sentido, apesar de a legislação se opor ao uso da privação de liberdade como resposta por excelência àqueles jovens em conflito com a lei, o número de adolescentes nesta situação, de acordo com este mesmo levantamento, aumentou 58,6% em seis anos. Percebe-se, portanto, que o socioeducativo absorve o recrudescimento e a punitividade do sistema penal adulto.

Importante perceber que, a partir da promulgação do ECA, iniciou-se uma das maiores discussões jurídicas em justiça juvenil, sobre a existência ou não de um direito juvenil subsidiário ao direito penal adulto, como espécie de subsistema do direito penal ou de um sistema diferenciado autônomo.

Para quem defende a subsidiariedade, ou seja, um direito penal juvenil, somente com a incidência efetiva de garantias penais e processuais penais, em aproximação com a forma de pensar o direito penal adulto, a internação seria utilizada verdadeiramente de maneira excepcional. Para a segunda corrente, o socioeducativo deveria ser autônomo porque a excepcionalidade da internação só seria atingida com o afastamento não só da racionalidade tutelar, mas também da racionalidade penal.

Efetivamente, garantias penais e processuais penais foram asseguradas ao socioeducativo, “todo processo de conhecimento e apuração de culpa segue bases similares ao sistema adulto, apesar de ser mais rápido, dinâmico e flexível.” (SOUZA, 2019). Cabe aqui ressaltar que as medidas privativas de liberdade, no germen do ECA, estavam em último plano, em respeito aos princípios da excepcionalidade e brevidade .

Sobre o Estatuto, Alessandro Baratta diz que a justiça juvenil é a parte mais sensível do sistema punitivo, onde a seletividade e destrutividade encontram seu ponto mais alto, mas é também o local onde melhor prosperou sinais de crítica e projetos de reforma (BARATTA, 2003). De fato, mesmo com parâmetros internacionais estabelecidos pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC), na busca pelo afastamento do modelo punitivo e modelo tutelar, nada impede que o recrudescimento do sistema penal adulto pautem decisões judiciais e a atuação do Ministério Público, conseqüentemente, aumentando o poder punitivo do Estado sobre os jovens.

## **CONCLUSÃO**

Por tudo exposto, percebe-se que a oitiva informal, prevista no art. 179 do ECA, possui incompatibilidades com Constituição Federal de 1988, bem como com a Convenção sobre os Direitos da Criança. Isso acontece, pois, esse procedimento vai contra as normas e princípios cogentes previstos na Lei Maior, tais como as regras valorativas que compõem o princípio do devido processo legal, entre elas a não colaboração com a acusação, a paridade de armas e o direito ao silêncio. Além disso, como demonstrado, a audiência informal não está alinhada com a Teoria da Proteção Integral de crianças e adolescentes, a qual também é adotada pela Carta Magna vigente.

Sobre as disposições convencionais, relativas a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, cumpre destacar que a oitiva informal também não está harmonizada com as disposições internacionais ratificadas pelo Brasil, em 24 de novembro de 1990. Como visto, além

de com elas se chocar em vários aspectos, o procedimento possui natureza extrajudicial, o que não é proibido pelo regramento internacional, mas não detém a necessária observância das garantias de direitos humanos por ele demandadas.

A argumentação sobre a inconstitucionalidade da norma pode ser mais acessível, em virtude dos instrumentos mais tangíveis, estruturados pelo sistema difuso e concentrado de constitucionalidade, como as Ações Diretas de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade<sup>9</sup> e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>10</sup>. Todavia, falar sobre a Inconvencionalidade se torna mister diante do período político que hodiernamente se apresenta. Nesse sentido, argumentar sobre a Inconvencionalidade pode vir a ser uma estratégia para a salvaguarda e vigilância de garantias fundamentais.

É essencial perceber que há uma tendência à acentuação da inquisitorialidade que cerca o procedimento de apuração de atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, em razão do atual cerceamento de direitos e liberdades, baseados em ideais reacionários. Nesse sentido, projetos de lei que pretendem a diminuição da maioria penal - de 18 para 16 anos, por exemplo - são nocivos à juventude, pois ignora que neste período o jovem ainda está em fase de formação.

Sendo assim, profissionais do direito devem fazer uso dos instrumentos internacionais, com o intuito de garantir, por meio dessas vias, direitos retirados ou ameaçados perante o ordenamento jurídico nacional. No caso da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, de acordo com o julgamento do STF sobre o status normativo dos tratados internacionais, tem-se que esta possui caráter supralegal. Segundo o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, "O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação." (BRASIL, 2008).

Faz-se necessário que o procedimento seja reformulado, todavia, é preciso refletir se tais mudanças deverão ser guiadas pelos princípios do direito penal adulto. Como visto, em decisão de Agravo de Instrumento, o Des. Luiz Noronha Dantas do TJRJ relacionou a oitiva informal com a audiência de custódia, ato processual penal estipulado pelo Pacto de San José da Costa Rica - ratificado pelo Brasil em 1992. Através desse ato o acusado por um crime, preso em flagrante, tem direito a ser ouvido por um juiz em 48h, em companhia de defensor, de forma a que este avalie eventuais ilegalidades em sua prisão e decida pelas prisões preventivas ou liberdades provisórias, conforme Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assumir a justiça juvenil como parte do sistema de responsabilização penal pode agravar as influências do recrudescimento. É necessário garantir que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório sejam aplicados ao processo desde sua fase procedimental ou administrativa. Ainda, é importante perceber que o promotor e o defensor público, sozinhos, não têm capacidade técnica para analisar a situação psico-social de um jovem em situação de vulnerabilidade que acaba de vivenciar uma abordagem policial. Logo, faz-se necessária uma equipe multidisciplinar, formada por psicólogo, assistente social, promotor e defensor para compor a audiência informal, a fim de garantir tratamento adequado em conformidade com os pressupostos dos direitos da criança e do adolescente.

---

<sup>9</sup> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" (BRASIL, 1988)

<sup>10</sup> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei." (BRASIL, 1988)

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. (Tese) Curso de Pós-graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994.
- BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 25.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Governo Federal.
- BRASIL. **Decreto nº 17.943-A**, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores, 1927. Brasília: Governo Federal.
- BRASIL. **Lei nº 6.697**, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores, 1979. Brasília: Governo Federal.
- BRASIL. **Lei nº 8069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, 1990. Brasília: Governo Federal.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). **Levantamento anual SINASE 2016**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. 1.Direitos Humanos. 2.Socioeducação. 3.Adolescentes.
- BRASIL. **Ministro Impõe Medidas Contra Superlotação Em Mais Quatro Unidades De Internação De Adolescentes**. Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412292>> Acessado em: 01 nov. 2019
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 109.242/SP**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 08/06/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**: 466.343-1, 03/12/2008, Rel: Gilmar Mendes.
- BRASÍLIA. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Sugestões para a Oitiva Informal**. Disponível em: <[http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Pecas/Sugestao\\_Oitiva.pdf](http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Pecas/Sugestao_Oitiva.pdf)> Acessado em: 01 nov. 2019.
- ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p.357-367, 2004.
- GIACOMOLLI1, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A Garantia da Defesa Efetiva na Apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS**, v. 44, n. 142. Porto Alegre: 2017.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998, p. 292.
- JUNIOR, Bruno Heringer. **Algumas Questões Controvertidas do ECA**. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id199.htm>> Acesso em: 01/11/2019.
- LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal** / Aury Lopes Jr. - 16.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 219. P. 42-46.

LOPES Jr., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCRIM**. n. 251, v. 21, 2013. p. 5-6 / Boletim IBCCRIM ANO 21, Nº 251, OUTUBRO/2013, ISSN 1676-3661.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 686.

NETO, Lélío Ferraz de Siqueira; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; SILVA, André Pascoal da; CAMPANA, Eduardo Michelin. **Manual Prático das Promotorias da Infância e Juventude**. Volume I. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção Sobre os Direitos das Crianças**. Nova York, 1989.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento** : AI 0006863-45.2015.8.19.0000 RJ 0006863-45.2015.8.19.0000. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas, data do Julgamento: 25/08/2015, Sexta Câmara Criminal.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 6.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal** : APR 0000883-66.2018.8.24.0035 Ituporanga 0000883-66.2018.8.24.0035. Relator: Norival Acácio Engel, Data do Julgamento: 04/09/2018, Segunda Câmara Criminal.

SOUZA, Ismael Francisco de; MENDONÇA, Léo Miro Pirola. O Direito do Menor ao Direito da Criança e do Adolescente: Alguns Apontamentos sobre a Prática do Ato Infracional. **XV Seminário Internacional: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Santa Cruz do Sul: 2018.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. **Entre leis, práticas e discursos**: justiça juvenil e recrudescimento penal. / Flora Sartorelli Venâncio Souza. São Paulo : IBCCRIM, 2019. P. 69.

VALADARES, João; BARBON, Júlia; TOLEDO, Marcelo. **Onze estados têm sistema socioeducativo lotado**: Rio de Janeiro tem a situação mais crítica, com 187% das vagas ocupadas. Folha de São Paulo, Recife, Rio de Janeiro, Ribeirão Preto, 08 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/doze-estados-tem-sistema-socioeducativo-lotado.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayara. **Procedimento de Apuração do Ato Infracional**. Direito da Criança e do Adolescente: Novo Curso - Novos Temas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

# PRECISAMOS FALAR SOBRE DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PAPEL PROTAGONISTA DO CIBERATIVISMO PARA O DEBATE JURÍDICO-SOCIAL

**Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci**

Doutora (PUC/SP). Professora da Faculdade de Direito (UPM).

**Michelle Asato Junqueira**

Doutora (UPM). Professora da Faculdade de Direito (UPM).

*"[...] essas ferramentas, e outras que poderão vir a existir, têm seu significado estabelecido não apenas porque são a melhor tecnologia, mais rápida ou elegante, mas também porque potencializam o que temos de melhor, ou seja, a própria humanidade. Elas servem para partilharmos nossos desejos, valores, crenças, pensamentos, dúvidas e necessidades, e permitem que colaboremos uns com os outros na ajuda recíproca ou na busca pelo alcance de objetivos comuns." (Elias Goulart)*

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa produzida no âmbito do projeto "Pessoas Invisíveis" da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie tem como objetivo demonstrar a contribuição do Ciberativismo para garantir visibilidade ao tema do desaparecimento de crianças e adolescentes no Brasil. Para tanto, partiremos de duas principais indagações: o tema desaparecimento de crianças e adolescentes é visível social e juridicamente no âmbito nacional e internacional? Se a resposta for negativa, que por hipótese já adiantamos para o leitor que o é, como torná-lo visível a partir de experiências concretas nas redes sociais por meio do Ciberativismo?

A pesquisa trará os conceitos pormenorizados da categoria "desaparecidos", entre eles, voluntário (ligados à fuga advinda de problemas domésticos), involuntário (decorrente de crimes, sequestros acidentais ou desastres naturais) e forçado (sequestros realizados por civis ou agentes de Estados autoritários).

Resta clara a importância do direito à comunicação, na chamada "era da informação" ou também conhecida como "sociedade em rede", uma era identitariamente marcada pela fluidez, pelo ritmo frenético de alterações sociais, políticas e econômicas, na qual há a necessidade de se pensar o contemporâneo, as novas narrativas institucionais e o desenvolvimento de estratégias que aproximem os diversos atores sociais com vistas à sensibilização para temas de Direitos Humanos, atuais e recorrentes. A partir das novas formas de comunicação, temas de relevância têm sido despertados trazendo maior sensibilidade aos participantes, desta nova Ágora do mundo pós-moderno, as redes sociais. A forma de comunicar e fazer com que problemas e crises sejam compartilhados invadem os espaços públicos e saem da micronarrativa para a macronarrativa. Há diversas páginas que compartilham informações, desafios e mobilizam redes colaborativas garantindo visibilidade e efetividade a debates até então cingidos apenas às categorias demarcadas. Os debates que começam nas redes sociais se bem engendrados podem ser potenciais de mobilização para parcerias público-privadas, bem como fomento para Políticas Públicas comunicacionais para inovação e educação digital para inclusão de novos participantes no processo de agremiação cibernética voltados à mobilização social de temas de Direitos Humanos.

Tornar o invisível visível tem por finalidade transformar o oculto em público e, portanto, trazer o problema privado à esfera pública, à opinião pública, à sociedade, que, no âmbito da democracia representativa deve ser ativa, participativa e transformadora, e assim produzir um



efeito multiplicador benéfico e irradiador de novas condutas. Em temáticas de tão profunda relevância quanto o tráfico de pessoas e, mais particularmente, o tráfico de crianças, a comunicação é instrumento de combate que não pode ser esquecido, apresentando-se com feições de política pública de proteção às minorias em condições de vulnerabilidade. Em última análise, o que se pretende efetivar é o direito à comunicação, o direito à voz e, como consequência – a cidadania – sustentáculo da República Federativa do Brasil, desenhada pela Constituição de 1988, na medida em que edifica a consciência do “direito a ter direitos”, transformando palavras no binômio diálogo/ação.

Importante destacar que o Brasil no ano de 2010 organizou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para tratar do tema de crianças e adolescentes desaparecidos e entre as proposituras destacou-se a necessidade de convocação de parcerias efetivas entre os diversos atores sociais, públicos e privados para garantir maior abrangência na efetivação de buscas. Entre as muitas propostas estavam o uso de softwares de reconhecimento facial e a utilização de redes sociais e de compartilhamento para garantir maior amplitude às buscas.

Finalmente, registramos que sob o viés do método hipotético-dedutivo, analisaremos o papel do Ciberativismo, para a construção de uma nova matriz de solidariedade na chamada “sociedade em rede”.

## **PROJETO PESSOAS INVISÍVEIS: QUANDO A ACADEMIA TORNA O INVISÍVEL, VISÍVEL**

A sociedade internacional pós-moderna, no entender do sociólogo Zygmunt Bauman, inserida em um contexto de avanço do processo globalizatório, se caracteriza pelo sentimento de liquidez e de descartabilidade dos seres humanos (2005, p.22). O autor afirma que, na sociedade pós-moderna, tipicamente de consumo, os indivíduos são também vistos como produtos, podendo ser objeto de troca ou mesmo de venda, pouco importando, portanto, o aspecto de sua dignidade.

O tráfico internacional de pessoas, prática criminosa verificada nacional e internacionalmente, se enquadra nessa premissa de uma sociedade pós-moderna de consumo. É, hodiernamente, a terceira maior atividade criminosa internacionalmente verificada, estando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas.

O caráter transnacional da modalidade criminosa ora em comento se caracteriza justamente pelo fato de, em muitos casos, envolver redes de indivíduos e organizações de diferentes nacionalidades, sediadas em distintas localidades, mas com um fim comum. A atividade desempenhada, portanto, tem o mesmo objetivo, não mais importando as fronteiras dos Estados envolvidos. Internacionalmente, o tráfico de pessoas é regulado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000.

No Brasil, o crime encontra previsão no Código Penal, que, em seu artigo 231, que sofreu modificações em 2009, em virtude do advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. O País também ratificou a Convenção de Palermo, promulgada por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e conta, desde 2008, com Políticas Nacionais para enfrentamento ao tráfico de pessoas. Além disso, o combate conta com o apoio institucional do Ministério da Justiça, Ministério Público Federal, Polícia Federal, Defensoria Pública da União, Advocacia-Geral da União, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e do Poder Judiciário, dentre outras organizações públicas. Organizações da sociedade civil brasileira também desempenham importante papel na divulgação dos principais aspectos relacionados ao crime ora em análise

Atualmente, o tráfico internacional de pessoas é considerado uma das atividades mais rentáveis economicamente. A combinação do lucro exorbitante dos traficantes com o pouco acesso às informações acuradas relacionadas ao assunto dificulta ainda mais o combate e a propositura de mudanças legislativas e institucionais capazes de extirpar esse mal pela raiz.

Ainda, visa compreender qual o papel do Direito Brasileiro em face do paradigma internacional que regulamenta o tráfico internacional de pessoas, em especial o tráfico internacional de crianças. Inicialmente, intenciona traçar o perfil das vítimas dessa forma de exploração, para, em seguida, observar o arcabouço jurídico internacional e nacional que deve lhes trazer proteção, sendo esse conjunto de normas analisado também de forma interdisciplinar, como o tema ora em comento requer. Para tanto, é necessária a análise sociológica que envolve o crime de tráfico internacional de mulheres, assim como a verificação dos aspectos psicológicos das vítimas traficadas. Além disso, objetiva o mapeamento das principais instituições nacionais públicas e privadas de combate à modalidade criminosa ora em estudo, na tentativa de compreender seu *modus operandi*, bem como de verificar a existência ou não de um verdadeiro diálogo interinstitucional no País diante de casos envolvendo o tráfico internacional de mulheres, bem como de entender os mecanismos de cooperação internacional para que todos os agentes criminosos envolvidos sejam efetivamente punidos. A perspectiva crítica a ser apresentada no presente Projeto será fundamental também para a propositura de um eventual novo desenho institucional capaz de efetivamente combater o crime estudado.

Por fim, o Projeto Pessoas Invisíveis busca o estabelecimento de conexões com os órgãos nacionais acima relacionados, assim como a promoção de parcerias com outros grupos nacionais e internacionais de pesquisa relacionados ao tráfico de pessoas, como - e especialmente - o Instituto Superior Rosaya Barreto, localizado em Coimbra, Portugal. Objetiva, também, a criação de uma parceria com a Organização das Nações Unidas na campanha internacionalmente difundida denominada “Coração Azul”<sup>1</sup>, que visa o combate do tráfico internacional de pessoas em caráter global. Projetos de promoção do tema e incentivo à pesquisa no plano acadêmico por meio da publicação de obras, realização de eventos e posterior organização de um observatório do tema na UPM também são o objeto do presente Projeto de Pesquisa.

Dessa forma, o Projeto de Pesquisa ora em análise visa trazer à tona da sociedade brasileira a temática do tráfico internacional de pessoas, e no caso específico, de crianças, com o fim último de ter a

## **DIREITO À COMUNICAÇÃO: O QUE NOS FAZ HUMANOS E INTERCONECTADOS**

O parentesco etimológico inicial entre as noções de “comunicação” e “comunidade” permite algumas aproximações relativas ao entendimento do ato de “comunicar” dentro de um sentido no qual está implicado não apenas o sentido de um relacionamento com o outro, mas também a qualificação desse relacionamento dentro de um tipo específico de vínculo – o caráter “comunitário”, em oposição a outros.

Entender a noção de “comunidade” em sua perspectiva do ato de “tornar comum” pode auxiliar a compreensão da comunicação como um tipo específico de relação social caracterizado por uma dimensão que vem se procurando entender como sendo uma aproximação estética e política com a alteridade. (SALGUEIRO MARQUES & MARTINO, 2017, p. 21)

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Campanha “Coração Azul”**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/blueheart/pt/about-us.html>>. Acesso em 11 set.. 2019.

Atualmente, verifica-se o Direito à Comunicação como um Direito Humano Fundamental, mas nem sempre foi assim, as notícias históricas informam que apenas a partir dos anos de 1960, começa um intenso trabalho para categorização da dupla Comunicação e Direito Humanos. A consagração efetiva deste conceito ganhou maior realce no anos 80, a partir do debate para uma Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação, liderado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, o que culminou na produção em 1980, especificamente, do Relatório MacBride batizado de “Um Mundo e Muitas Vozes”. Cabe ressaltar que a partir deste Relatório o conceito de comunicação não se cingiu apenas a um caráter formal, de tão somente receber informações, mas muito ao contrário ganhou uma dimensão plúrima e interdisciplinar, compreendendo a noção de alteridade, deliberação, partes em iguais condições para estabelecer um diálogo equilibrado e efetivo. A partir destes aportes, reitera-se definitivamente, o Direito à Comunicação como um Direito Humano Fundamental, entrelaçando-se com os conceitos de universalidade, diversidade, participação e democracia. (LIMA, 2014, p. 19)

Quanto à comunicação impende dizer que seu papel é colaborar com a transmissão da denominada ‘visão de mundo’ da cultura a que se pertence, e a educação cumpre seu papel levando o aprendizado dos valores e dos sentimentos que estruturam a comunidade na qual vivemos. Alertando-se para o fato que somente a educação e a comunicação integrativas, na qual ocorra a formação completa do indivíduo nos seus aspectos emocional e racional, poderá resgatar a consciência autônoma.

A palavra diálogo quer dizer “palavra que atravessa”, conversa que permeia, “papo” que preenche um espaço entre pessoas. Ou seja, diálogo é o que acontece entre pessoas, é a atmosfera, a cena, o clima, a situação em que duas, três, cinco, dez pessoas se relacionam. Entre as pessoas circula algo. Além das palavras emitidas, circulam sensações, emoções, desejos, interesses, curiosidades, percepções, estados de espírito, intuições, humores, uma indescritível sensação de “coisa comum”, de ligação. (MARCONDES FILHO, 2008, p.25-26)

Dessa forma, procura-se, através do agir comunicativo, apreender as manifestações da realidade do indivíduo, onde “o uso da linguagem, sobretudo a verbal, está sempre determinada pelas condições reais em que o diálogo se efetiva [...] a palavra carregará essas três determinações: ela procede de alguém, dirige-se para alguém e procura persuadir”. (BACCGEGA, 1998, p.23)

Os sujeitos manejam as regras de interpretação – fundadas pelos significados compartilhados do *sensus communis* – e se servem delas para instaurar um contexto de reconhecimento mútuo que visa ao entendimento recíproco. Contudo, o *sensus communis* está sujeito a reavaliações a mudanças que se processam ao mesmo tempo em que as práticas sociais se modificam e se transformam mediante a ação criativa dos sujeitos sociais empenhados em suas relações com os outros, seus parceiros. (SALGUEIRO MARQUES & MARTINO, 2017, p. 21)

A busca pelo desenvolvimento e pela igualdade, na visão Freireana, é um processo contínuo, compartilhado e dialogado. O diálogo pressupõe preocupação com o outro e com o participar democrático. Ouvir, ponderar e equilibrar devem ser as constantes do desenvolver da educação igualitária. É preciso dialogar com as diferenças, não negá-las. Freire afirmava ser possível trabalhar com os diferentes, mas não com os antagônicos. Diante de tal contexto importante frisar que a noção de diálogo para Paulo Freire é de extrema importância pois considera que “O homem não é uma ilha. É comunicação. Logo, há uma estreita relação entre comunhão e busca”. No mesmo sentido são as assertivas de Cyrulnik para quem “os seres organizados são forçados a interagir de modo constante com seu meio para viver. Essa atividade intencional, como tem a vida por projeto, exige uma busca de informação. Essa intenção de viver

leva a filtrar, selecionar e organizar o percebido em função do que é necessário para viver”. (1995, p.17)

A comunicação atualiza os códigos que norteiam as práticas dos indivíduos em comunidade. É por meio dela que posições são revistas, que argumentos são considerados e re-considerados, enfim, que a comunidade avança em suas formas de representar, interpretar e significar o mundo tomado em sua complexidade. Os significados compartilhados, arraigados na tradição e na cultura – bem como nos códigos e gestos comportamentais – devem ser renovados, re-criados por uma forma de sociabilidade que não desconsidere o “diferente”, que não tema o risco de investir na novidade, na reabilitação de um “estar-juntos” movido pelo reconhecimento da pluralidade que caracterizava política e todos os âmbitos sociais. E segundo Castells “ quanto mais rápido e interativo for o processo de comunicação, maior será a probabilidade de formação de um processo de ação coletiva enraizado na indignação, propelado pelo entusiasmo e motivado pela esperança”. ( 2013, p. 19)

O filósofo Habermas, ao estruturar a teoria da ação comunicativa, concebeu que a comunicação estabelecida entre os sujeitos, mediada por atos da fala, diz respeito sempre a três mundos:

1. o mundo objetivo das coisas: que corresponde a pretensões de validade referentes às verdades das afirmações feitas pelos participantes no processo comunicativo;
2. o mundo social: corresponde a pretensões de validade referentes à correção e à adequação das normas;
3. o mundo subjetivo, das vivências e sentimentos: correspondem a pretensões de veracidade, ou seja, que os participantes do diálogo estejam sendo sinceros na expressão dos seus sentimentos. (1989, p.16)

O conceito da ação comunicativa é descrito como “o mundo da vida, um saber intuitivo ao qual se domina por viver numa mesma cultura e compartilhar uma mesma experiência. Ele é um pano de fundo de coisas desde sempre sabidas que torna possível a comunicação entre os falantes trazendo a possibilidade de compartilhamento, participação e deliberação.(HABERMAS, 1989, p. 18)

A partir da comunicação temos o ponto de partida para a compreensão do existir humano em suas amplas interfaces. Para melhor ilustrar a indispensabilidade dos processos comunicativos para a compreensão do humano, a Teoria da Convergência exposta por Bormann nos auxilia nesta tarefa já que:

é uma teoria geral com um amplo enquadramento que encara a comunicação humana sob a perspectiva *homo narrans*. A teoria explica o aparecimento da consciência de grupo, com as emoções, motivos e significados partilhados que isso implica, não em termos de sonhos ou guiões individuais, mas sim em termos de narrativas ou fantasias socialmente partilhadas. A teoria da convergência simbólica cria um contexto simbólico e uma cultura que permite desenvolver uma forma de comunicação empática, assim como conhecer a mente dos outros.(1985, p.35)

A comunicação como estratégia deve estar pautada nas novas narrativas, apoiadas nos indivíduos e em suas experiências, considerando suas dimensões políticas estratégicas e sua ambiência social e etária são grandes catalisadoras para construção de espaços infanto-juvenis de cidadania. À medida que a comunicação se torna peça-chave, especialmente no ambiente dos relacionamentos públicos das empresas e instituições, cada vez mais seus gestores têm como desafio administrar a dimensão simbólica dos negócios, o imaginário de suas ações. (NASSAR, 2004)

## NO TEMPO DAS NAVEGAÇÕES DIGITAIS: CIBERATIVISMO, PARTICIPAÇÃO E PERTENCIMENTO

Sim, o admirável Mundo Novo<sup>2</sup> já é uma realidade. Big Data, Inteligência Artificial, algoritmos, internet das coisas, automação, entre outros, agremiam-se para transformar e atingir uma nova onda revolucionária própria da sociedade pós-moderna no 3º Milênio, que vem acompanhada da denominada Revolução 4.0 ou 4ª Revolução Industrial, cujo núcleo está centrado na informação, celeridade e automação dos processos. Na atualidade, a Indústria 4.0 pode ser compreendida como um sistema de automação e tecnologia informacional voltado para a garantia de maior velocidade nos processos, com transparência das comunicações e dos dados, da celeridade, da busca pela transparência informacional. A hiperconectividade associada aos dados armazenados em softwares de gestão na nuvem pode aprimorar a aceleração comunicacional, bem como o fortalecimento do Big Data com a explosão informacional trará mecanismos a partir de algoritmos responsáveis por identificação de processos diversos de maneira mais célere, sistematizada e transparente.

Em tempos de pós-modernidade e revolução digital, um novo cenário se apresenta e não pode ser desconsiderado diante do processo educacional, quer seja em seu âmbito formal ou informal. Acreditamos que cada vez mais empoderado pelo acesso à informação por meio da tecnologia e de outros institutos tecnológicos maior será a facilidade de interação e comunicação social entre os cidadãos.

Vale enfatizar que a cultura e os rituais se interligam e são responsáveis pela inserção dos indivíduos em determinados códigos simbólicos, entre eles, religião, comunidade, sociedade. Cabendo dizer que na atualidade os rituais podem ser compreendidos como “os comportamentos e ações que estruturam uma dinâmica social comum e que comunicam com o sistema de significação a que pertencem os indivíduos. Pertencem ao domínio da comunicação, porque comportam a manipulação de signos e a construção de significados. (SILVA, S; GALHARDO, A.; TORRES, R, .2011, p. 301)

Em um mundo pós-moderno notadamente demarcado pela aceleração e vertiginosas mudanças, os ritos, rituais enredados pelas narrativas exurgem com a mesma vocação dos tempos primórdios: ressignificar o caos e trazer a coesão social. A velocidade dos acontecimentos e a obsessão pela novidade, pelo novo, que destacam o mundo moderno impede a conexão significativa entre acontecimentos. Impedem também a memória, já que cada acontecimento é imediatamente substituído por outro que igualmente nos excita por um momento, mas sem deixar qualquer vestígio (BONDÍA, 2002, p.19). Em um mundo em que as coisas deliberadamente instáveis são matéria-prima para a construção de identidades necessariamente instáveis, temos de estar constantemente alertas; mas, acima de tudo, devemos proteger a própria flexibilidade e velocidade de readaptação para acompanhar as mudanças nos padrões do mundo "de fora". (BAUMAN, 2002, p.92)

E é diante destas novas narrativas que surgem novas formas de comunicação permeadas por revoluções tecnológicas e científicas, eis a razão por ser a Pós Modernidade também chamada de Sociedade da Informação, ou para alguns, como Sociedade em Rede, com destaque especial ao ciberativismo compreendido como uma nova forma de ligar pessoas, conectar mundos e fazer comunicação. Neste novo modelo já não mais existem obstáculos territoriais<sup>3</sup>, as interações são

---

<sup>2</sup> *Admirável mundo novo* (*Brave new world*) obra ficcional do autor inglês Aldous Huxley (1894-1963), foi lançada em 1932 e traz reflexões futuristas sobre uma sociedade utópica fortemente demarcada pelo domínio governamental, técnicas científicas e descobertas tecnológicas, gerando uma ambiência social de mecanicismo, repetição, autoritarismo e desumanização.

<sup>3</sup> Sobre o tema ver “Cada transformação midiática altera nossa percepção espaço temporal, chegando na contemporaneidade a vivenciarmos uma sensação de tempo real, imediato, “live”, e de abolição do espaço físico-

globais, reais e instantâneas. Por óbvio, as novas formas comunicacionais e que também delineiam o existir humano, não são fontes de coros uníssonos,<sup>4</sup> para alguns de fato estamos diante de um Mundo Novo para outros, o excesso informacional pode gerar inúmeros problemas, entre eles:

desigualdades entre setores sociais, entre culturas e países, ela também mobiliza a imaginação social das coletividades, potencializando suas capacidades de sobrevivência e de associação, de protesto e de participação democrática, de defesa de seus direitos sociopolíticos e culturais e de ativação de sua criatividade expressiva.(BARBERO, 2014,p 19)

Consideramos que o ciberativismo pode contribuir para uma maior coesão social, solidariedade e propagação de eixos de discussões e debates comuns, é por meio da ação social que novos modos de pensar e agir são implementados, é neste ponto é possível enfatizar que as redes sociais são responsáveis por este estado de coisas e “o ciberespaço tem sido o lugar de interação e expressão para variadas atividades que envolvem coletivos de resistência, que têm como finalidade difundir suas reivindicações na tentativa de perfurar os mecanismos políticos/ideológicos impostos pela grande mídia hegemônica da indústria cultural”. (CHAMPANGNATTE, CAVALCANTI, 2015, p. 314)

Advogamos que na sociedade em rede, o fazer coletivo não deixou de existir, na verdade o que temos é a configuração de novas roupagens<sup>5</sup>, a formar atores sociais partícipes de um espaço democrático de debate, transparência e informação. A arena agora não é mais a ágora, espaço da praça público, os grandes centros gravitam na redes sociais e propiciam o surgimento de novas coalizões de interesses, comprometimento e pertença. O conceito de participação continua latente, mudam-se os meios e instrumentos, atualizam-se as potencialidades:

“Participação” é, a um tempo só, categoria nativa da prática política de atores sociais, categoria teórica da teoria democrática com pesos variáveis segundo as vertentes teóricas e os autores, e procedimento institucionalizado com funções delimitadas por leis e disposições regimentais. A multidimensionalidade ou polissemia dos sentidos práticos, teóricos e institucionais torna a participação um conceito fugidio, e as tentativas de definir seus efeitos, escorregadias. Não apenas em decorrência de que a aferição de efeitos é operação sabidamente complexa, mas devido ao fato de sequer existirem consensos quanto aos efeitos esperados da participação, ou, pior, quanto à relevância de avaliá-la por seus efeitos. (LAVALLE, 2011, p. 33)

Segundo Castells “quanto mais rápido e interativo for o processo de comunicação, maior será a probabilidade de formação de um processo de ação coletiva enraizado na indignação, propellido pelo entusiasmo e motivado pela esperança”. (CASTELLS, 2013, p. 19). São tempos de

---

geográfico. A sociedade da informação é marcada pela ubiqüidade e pela instantaneidade, saídas da conectividade generalizada. Entramos assim em uma sociedade WYSIWIG (o que vejo é o que tenho) “. LEMOS, André; Cunha, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura. Sulina**, Porto Alegre, 2003; p. 11-23.

<sup>4</sup> Depois de três mil anos de explosão, graças às tecnologias fragmentárias e mecânicas, o mundo ocidental está implodindo. Durante as idades mecânicas projetamos nossos corpos no espaço. Hoje, depois de mais de um século de tecnologia elétrica, projetamos nosso próprio sistema nervoso central num abraço global, abolindo tempo e espaço (pelo menos naquilo que concerne ao nosso planeta). Estamos nos aproximando rapidamente da fase final das extensões do homem: a simulação tecnológica da consciência, pela qual o processo criativo do conhecimento se estenderá coletiva e corporativamente a toda a sociedade humana, tal como já se fez com nossos sentidos e nossos nervos através dos diversos meios e veículos (MCLUHAN, 1974, p. 16-17).

<sup>5</sup> Segundo Monteiro (1996, p. 104) “A reivindicação (e o reconhecimento) de direitos supõe, em princípio, que os atores sociais se sintam parte de uma sociedade política mais abrangente do que aquela definida pelo seu pertencimento à rede de sociabilidades primárias (família, etnia, religião, etc.). Talvez esteja aí um dos nós górdios da questão da democracia do mundo contemporâneo: o enfraquecimento da capacidade dos sistemas democráticos de gerar sentimento de pertencimento a coletividades mais abstratas organizadas em torno de reconhecimento de direitos”.

aceleração. São tempos de revisitar velhas práticas. São tempos de hiperconexões. Tempos de algoritmos. Tempos de se repensar os movimentos sociais. Tempos de novas formas de sociabilidade.<sup>6</sup> Tempos de cidadania digital. A quem caberia o papel de ressignificar as múltiplas mudanças, fundar novos paradigmas de interação social e desenvolvimento humano? Nossa resposta sempre foi, é e será enfaticamente, a conjugação de vários atores sociais.

Assim, a cidadania digital apresenta vantagens ao desenvolver o direito à cultura digital, o uso da tecnologia de forma responsável e ética, a consciência do impacto das publicações *on line*, a análise os riscos da internet, refletindo sobre as redes sociais e as ferramentas digitais; a construção de uma reputação digital positiva; previne o cyberbullying; aumenta a autonomia digital; alerta e conscientiza sobre a pegada digital; protege da superexposição *on line*; forma cidadãos mais conscientes e responsáveis.

## **SENSIBILIZAR, COMUNICAR E TRANSFORMAR: O PAPEL DO CIBERATIVISMO EM CAMPANHAS SELECIONADAS**

Ainda e que interessa para o debate proposto no presente artigo, voltamos nossa análise para o poder comunicacional do ciberativismo em campanhas selecionadas, iniciando nossa reflexão pela do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC, que mantém, desde março de 1999, o Programa contra o Tráfico de Seres Humanos, em colaboração com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Interregional (UNICRI). O programa coopera com os Estados-Membros em seus esforços de combater o tráfico de seres humanos, ressaltando o envolvimento do crime organizado nesta atividade e promovendo medidas eficazes para reprimir ações criminosas e tendo por alicerce de fundamentação legal e teórica as três convenções internacionais de controle de drogas, nas convenções contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção e os instrumentos internacionais contra o terrorismo.(UNODOC, 2019)

No Brasil, o UNODC atua desde 1990, no cumprimento das obrigações que assumiu ao ratificar as Convenções da ONU sobre Controle de Drogas; contra o Crime Organizado Transnacional e seus três Protocolos – contra o Tráfico de Seres Humanos, o Contrabando de Migrantes e o Tráfico de Armas; e a Convenção da ONU sobre Corrupção; além das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional contra o combate ao terrorismo.No campo comunicacional o UNODC tem como missões institucionais: prevenção, proteção e criminalização. Para a efetividade de tais ações são recorrentes campanhas veiculadas em TV e rádio, distribuição de panfletos informativos e parcerias para a sensibilização e consciência pública sobre os temas que lhes são aderentes.(UNODOC, 2019)

À exemplo disso está a Campanha Coração Azul, lançada em 5 de março de 2009, sob o título de *Blue Heart Campaign*, que simboliza a tristeza das vítimas do tráfico de pessoas e sensibilizar acerca das mazelas do comércio de seres humanos. A Campanha possui como objetivos: Tornar o símbolo “Coração Azul” um ícone de reconhecimento da Campanha de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; Promover ações promocionais e intervenções, com o

---

<sup>6</sup> Vale a pena frisar que “quando uma rede de computadores conecta pessoas ou organizações, ela é uma rede social. Da mesma forma que uma rede de computadores é um conjunto de máquinas conectadas por cabos, uma rede social é um conjunto de pessoas (ou organizações ou outras entidades sociais) conectadas por relações sociais, como amizades, trabalho conjunto, ou intercâmbio de informações. GARTON, L.; HARTHORNTHWAITE, C.; WELLMAN, B. Studying Online Social Networks. *Journal of Computer Mediated Communication*, v. 3, issue 1 (1997). Disponível em: <<http://www.ascusc.org/jcmc/vol3/issue1/garton.html>> Acesso em: 06 de set. de 2019, p. 75.

objetivo de sensibilizar a sociedade, ONGs, Órgãos Governamentais, mídia e formadores de opinião para esse problema social; Despertar na população a consciência social, incentivando assim a busca pela informação e denúncia. Utilizando-se também da força das redes sociais, cabe que ressaltar que no ano de 2010 a Campanha Coração Azul alcançou no Facebook a marca de 10.000 mil membros se destacando como um dos maiores grupos nesta mídia social.

O Brasil aderiu à Campanha em maio de 2013 por meio de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Escritório de Ligação e Parceria do UNODC, e o primeiro slogan foi "Liberdade não se compra. Dignidade não se vende. Denuncie o Tráfico de Pessoas", motes para a sensibilização e mobilizações sociais. Desde então, na semana de enfrentamento ao tráfico de pessoas, repartições, prédios, entre outros, vêm sendo iluminados de azul com vistas à conscientização social.

Em 2017, a campanha tem por mote "Para que o sonho não vire armadilha", com ênfase na luta contra o trabalho escravo, exploração sexual e tráfico de órgãos. As diversas parcerias entre Ministério da Justiça e Segurança Pública, bem como os inúmeros núcleos foram responsáveis pelo estímulo de eventos nacionais de Mobilização do Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, em especial, no dia 30 de julho, declarado pela Organização das Nações Unidas como o Dia Mundial de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Uma das principais preocupações do Ministério da Justiça, que conta com o largo apoio do Ministério das Relações Exteriores, é disseminar para a população a importância dos canais de denúncia entre eles, o Disque 100 e o Ligue 180, que colaboram para garantir visibilidade ao tema.

Ainda, nesta linha importante destacar a atuação das ONGs brasileiras que trabalham com a temática de crianças e adolescentes desaparecidos, em especial, "Mães da Sé", com vistas a demonstrar a sua necessária amplitude jurídico-social e toda a atuação nas redes sociais, trazendo um espaço democrático de informação, transparência e pertencimento.

Por meio das redes sociais são compartilhadas denúncias de desaparecimento, e partir daí há uma comunhão de atores sociais, conclamados à ação, irmanados na chamada "sociedade em rede" que passa a atuar em solidariedade com órgãos policiais e judiciários. Do ponto de vista prático, as ações e comunicações são mais rápidas; do ponto de vista psicológico, o sentimento de ser acolhido e de pertencer de uma rede que comunga de valores e propósitos faz emergir novas formas de sociabilidade. Redes sociais tais como sites, grupos, Facebook e Instagram transformam-se em potências de agir e geram novas formas de solidariedade.

A campanha Amor Sem Distância vai contar com as redes sociais da Câmara Municipal de São Paulo para divulgar fotos de pessoas desaparecidas. A iniciativa faz parceria do Portal e da TV Câmara junto com a ONG Mães da Sé, que acolhem as famílias dos desaparecidos. #amorsemdistancia, Não há distância para o amor e nem tempo que apague a esperança. O grande objetivo da campanha é a democratização do portal, a troca de informações entre os usuários no compartilhamento ético e transparente de informações na busca por pessoas desaparecidas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como fechamento do presente tópico é oportuno destacar o papel pioneiro da Universidade Presbiteriana Mackenzie que por meio do seu compromisso entre pesquisa, ensino e extensão vem garantindo forte atuação na temática a partir do incentivo ao Projeto Pessoas Invisíveis da Faculdade de Direito, que entre outras ações, contou com união de pesquisadores em torno de uma temática de absoluta importância mais que ainda precisa de muito incentivo e apoio



para a sua efetivação como pauta de propostas legislativas, estudos, atuação dos atores sociais e sensibilização comunitária.

Quando falamos da sensibilização, a palavra comunicação emerge como núcleo irradiador, e que merece ser melhor explorado. É a comunicação que nos faz humanos, que propicia a criação de laços e que oportuniza a interação social. Comunicação é o instrumento chave para a solidariedade humana, e como instrumento está sujeito às modificações dos tempos. Comunicação é uma das facetas da evolução humana. Comunicação é uma forma de tornar comunitário, social e coletivo. A forma de se fazer comunicação se alterou, não deixou de existir. Em tempos Pós-Modernos se faz comunicação por redes, e assim se enfatiza o papel democrático e protagonista do ciberativismo, instrumento próprio da cidadania digital. Pertencemos, debatemos, nos solidarizamos. A rede social quando feita de forma ética, transparente e comprometida pode trazer avanços inigualáveis à sociedade. Como prova disso, está o ciberativismo de Institutos, associações, Governos, Estados, Universidades, e a sociedade civil organizada, que por meio de confluências promovidas por redes sociais, potencializam suas pautas, geram informação e propiciam resultados mais céleres.

Compreendemos que a educação digital para a cidadania pode se tornar um grande constructo para a consolidação dos Direitos Humanos, em especial, neste que estamos a tratar no presente artigo, o desaparecimento de crianças e adolescentes em solo brasileiro. Toda a tecnologia pode ser compreendida para o aprimoramento, como evolução e busca pela paz, solidariedade, pertencimento e comunhão solidária de interesses e intenções. Assim caminha a Humanidade, tecnologia para que nos tornemos hoje e cada dia mais, “humanos, demasiadamente humanos”.

## REFERÊNCIAS

- BACCGEGA, M. **Comunicação e linguagem**—discursos e ciência. São Paulo: Moderna, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BONDÍA, Jorge L. **Notas sobre a experiência e o saber de experiência**. Revista Brasileira de Educação – Jan/Fev/Mar/Abr, 2002.
- BORMANN, E. G.. **Symbolic Convergence Theory: A Communication Formulation**. Journal of Communication, 1985.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CHAMPANGNATTE, Dostoiowski Mariatt de Oliveira. CAVALCANTI, Marcus Alexandre de Pádua. Cibercultura – perspectivas conceituais, abordagens alternativas de comunicação e movimentos sociais. **Revista de Estudos da Comunicação**. Curitiba, v. 16, n. 41, set. /dez. 2015. p. 312-326
- FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?**. 9ª Edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.
- HABERMAS, Jurgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro; 1989.
- KOZINETS, Robert V. **Netnografia: realizando pesquisa etnográfica online**. Tradução: Daniel Bueno; revisão técnica: Tatiani Melani Tosi, Raúl Ranauro Javales Júnior. Porto Alegre: Penso, 2014.
- LAVALLE, A. G. Participação: valor, utilidade, efeitos e causa. In: PIRES, R. R. (Org.) **Efetividade nas instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Brasília: Ipea, 2011. p. 33-43.

- LEMOS, André; Cunha, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Sulina, Porto Alegre, 2003; p. 11-23.
- LIMA, Venâncio de A. **Para garantir o direito à comunicação**: a lei Argentina, o Relatório Leveson (Inglaterra) e o HLG da União Européia. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014, p.19.
- MARCONDES FILHO, C. **Para entender a comunicação**: Contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008.
- MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1974.
- MONTEIRO, P. **Cultura e democracia no processo de globalização**. Novos Estudos Cebrap, n. 44, mar. 1996
- NASSAR, Paulo (org). **Memória de empresa**: história e comunicação de mãos dadas, a construir o futuro das organizações. São Paulo: Aberje, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010c.
- SALGUEIRO MARQUES, Angela Cristina; SÁ MARTINO, Luis Mauro. **Não fale com estranhos**”: solidariedade e comunicação entre identidade e alteridade. Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia, vol. 24, núm. 2, mayo-agosto, 2017.
- SILVA, S; GALHARDO, A.; TORRES, R. (2011). O ritual da comunicação e o ritual do consumo: novas tribos, novos rituais. **Revista Comunicação e Sociedade**, 19, 301-315. 2011.

# DO SILÊNCIO AUTORITÁRIO AO DIÁLOGO EMPÁTICO: ELEMENTOS DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA COMO BASES RESTAURATIVAS PARA A JUSTIÇA E OS DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

**Caroline Santos da Silva**

Especialista em Direitos Humanos (UNICAP).

*Qualquer amor já é  
Um pouquinho de saúde  
Um montão de claridade  
Contribuição  
Pra cura dos problemas da cidade  
(...)*

*Luz do sol da noite escura  
“Qualquer amor já é  
Um pouquinho de saúde  
Um descanso na loucura”<sup>1</sup>  
 (“Amor é pra quem ama”, Lenine/Ivan Santos)*

## INTRODUÇÃO

Com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC)<sup>2</sup>, as infâncias e adolescências ganham um novo *status* protetivo, pelo qual suas significações adquirem proeminência. Reverberam, então, garantias de direitos que passam pelo reconhecimento da criança e da(o) adolescente como sujeitas(os) de direitos, às(aos) quais se deve assegurar desenvolvimento físico, mental, emocional e social em condições de harmonia e equilíbrio plenos.

No que concerne ao tratamento dispensado à(ao) adolescente em conflito com a lei, a referida normativa afirma-lhe o direito de ser tratada(o) de modo a promover e a estimular o seu sentido de dignidade e de valor. Assim sendo, aos Estados Partes cabem atuar de modo a fortalecer o respeito da criança e da(o) adolescente pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, considerando a sua idade e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade (Artigo 40.1).

A Convenção teve como um de seus precedentes normativos as Regras de Beijing<sup>3</sup>, pelas quais a ONU defende um sistema de Justiça Juvenil capaz de promover o bem-estar da criança, da(o) adolescente e de sua família, de tal forma que todos os recursos possíveis sejam mobilizados, com a inclusão de diferentes atores sociais – família, comunidade, escola e demais instituições comunitárias – com vistas a limitar a necessidade de intervenção legal e a tratar de modo efetivo, equitativo e humano da situação de conflito com a lei (Regras 1.1 e 1.3).

Nesse contexto, insere-se o avançar normativo proposto pela Convenção de 1989 ao dispor que, através de medidas convenientes, devem ser evitados os procedimentos judiciais, desde que respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais (Artigo 40.3, b).

<sup>1</sup> Riobaldo em “Grandes Sertões: Veredas”, de João Guimarães Rosa.

<sup>2</sup> Aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90.

<sup>3</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

Na América Latina, a primeira adequação legislativa em prol da CIDC, substitutiva a um modelo discricional pseudoprotetor, se deu no ordenamento brasileiro com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado em julho de 1990. Inaugura-se, então, um modelo que afirma a tutela das infâncias e adolescências pela Doutrina da Proteção Integral; e, no plano do controle social, a responsabilidade penal das(os) adolescentes, mediante as figuras jurídicas do ato infracional e da medida socioeducativa.

A teoria protetiva, no entanto, enfrenta resistências dantescas na prática. Há uma cultura menorista, legitimada por estruturas históricas, econômicas, sociais e psicoemocionais, que sujeita a(o) adolescente em conflito com a lei a uma Justiça Juvenil configurada por práticas colonialistas, que reverbera tradições autoritárias, patriarcais e repressoras, em um silenciar autoritário.

Tal configuração se perfaz em audiências que funcionam mecanicamente, com frieza na sequência de atos; bem como na indiferença e insensibilidade por parte de atores processuais que escolhem se manter à parte da realidade trazida pela(o) adolescente e por sua família; consubstanciando uma ritualística processual burocratizada, estigmatizante e negativa para a pessoa da(o) adolescente.

Diante de tal conjuntura, este trabalho se propõe a investigar a existência de um silêncio autoritário que ainda se faz presente no âmbito da Justiça Juvenil através de práticas menoristas que reverberam as cadeias opressoras da violência. Ademais, também objetiva analisar novas perspectivas para a tutela das infâncias e adolescências no contexto da Justiça Juvenil, através da adoção dos elementos da Comunicação Não Violenta como métodos restaurativos na situação das(os) adolescentes em conflito com a lei.

A abordagem é qualitativa em caráter exploratório, utilizando do método dedutivo para propor observações a partir de uma revisão de literatura, além da verificação de informações obtidas em pesquisas correlatas ao tema.

## **DA CONFIGURAÇÃO DE UM SILÊNCIO AUTORITÁRIO NA JUSTIÇA JUVENIL**

Em que pese a conjuntura teórico-normativa de conquistas garantistas para as infâncias e adolescências, inclusive no âmbito da Justiça Juvenil, em situação de conflito com a lei resiste uma prática menorista, patriarcal e punitiva, que legitima violações de direitos através de “ilegalidades justificadas”.

Há um modelo de justiça submetido a padronizações de procedimentos que se perfaz de forma fria e extremamente burocratizada, o qual, além de não impedir a seletividade e a subjetividade das atuações judiciais, conduz à mecanização e à alienação do sistema de justiça juvenil, não impedindo que os seus atores violem garantias e prescrições normativas (SAPORI, 2008, p. 01).

Quanto ao tema, destaca-se referência encontrada em pesquisa de campo realizada nas Varas da Infância e Juventude do TJPE (Tribunal de Justiça de Pernambuco):

Então, foram encontradas algumas cenas padronizadas: após o adolescente sentar, sem qualquer cumprimento a sua pessoa ou de seus familiares a(o) magistrado faz a leitura da Representação, num ato mecânico e frio, sem direção de fala e olhar para quem quer que seja, a ponto de os adolescentes não entenderem o que está acontecendo. Esse quadro se deu em todos os tipos de audiências.

(...) Noutra ocasião, uma funcionária chama o adolescente para sair rapidamente da sala “logo porque vem outro e a gente tem que terminar logo”.

Quando um dos adolescentes está entrando na sala, discute-se a quantidade de adolescentes que faltam, e os funcionários chegam a uma conclusão: “a produção hoje está boa”. (MACHADO, 2014, p. 164)

Nesse contexto, reconhece-se a manutenção de uma tradição opressora que vitaliza o mero processamento para a punição como caminho único para a composição de situações de conflito. Modelo de tom colonialista, que reverbera as cadeias da marginalização social e da violência, em série de violação de direitos, tal prática judiciária enseja a perda de individualidades processuais, com uma operacionalização engessada em receitas prontas, em padrões de atos processuais mecanizados, em um silenciar opressor.

Acerca do tema, ao discorrer sobre a participação do acusado no atual modelo e operacionalidade de processo criminal, Juliana Borges (2019, p. 36/37) ressalva:

A linguagem rebuscada, o uso de expressões em latim e até uma construção discursiva e sintática mais apurada e elitizada afastam e dificultam tanto a capacidade de acompanhamento quanto de entendimento do processo pelos réus e seus familiares, e mesmo de outras partes interessadas. Com isso, dificulta-se o exercício pleno de defesa e de direitos. O saber como poder exercido ainda permanece. Se no século XVI o desconhecimento do réu sobre o que era acusado era garantido pela lei e pelo ordenamento jurídico, posteriormente, e nos dias atuais, o processo se torna mais sofisticado, com uma série de obstáculos processuais, linguísticos etc.

Em tal sistemática, não há oportunidade para o diálogo, através de um modelo de justiça composto por mecanismos que ensejem a reparação do dano e a reconstrução das relações humanas, compreendendo os componentes emocionais do conflito e a dinâmica da sua transformação. Pelo contrário, a inserção da(o) adolescente em situação de conflito com a lei no âmbito da Justiça Juvenil se dá em uma conjuntura traumática e estigmatizante, pela qual se perfazem práticas arbitrárias de silêncio em opressão.

O silêncio do qual se trata não é, necessariamente, a ausência de palavras, já que “impor o silêncio não é calar o interlocutor mas impedi-lo de sustentar outro discurso. Em condições dadas, fala-se para não dizer (ou não permitir que se digam) coisas que podem causar rupturas significativas na relação de sentidos. As palavras vêm carregadas de silêncio(s)” (ORLANDI, 1995, p. 105). Nesse sentido:

Todas as audiências são marcadas por cenas muito fortes, seja de choro do(a) adolescente ou seus familiares, seja por indiferença do adolescente, que parece querer provocar os atores processuais, desligando-se do que está acontecendo na audiência. Mas não somente, há também muita indiferença e insensibilidade dos magistrados, com cenas de falta de habilidade de lhe dar com a questão da juventude e compreender o significado da rebeldia neste período de vida. (MACHADO, 2014, p. 171)

Desse modo, tal dinâmica de processamento das situações de conflito que chegam ao sistema de Justiça Juvenil leva à objetificação do sujeito que está sendo alvo das discussões por ocasião das audiências, de modo que o Judiciário se incumbe de uma responsabilidade punitiva e qualquer coisa que esteja à parte da punição não é mais da sua alçada, ainda que isso diga respeito ao núcleo central da questão infracional que é objeto de apreciação.

Nesse silêncio autoritário, as demandas das(os) adolescentes e de suas famílias também são objeto de indiferença:

Após a leitura da representação, o adolescente diz “tia, eu não estava com nada”, mas a juíza responde “eu sou a juíza, não me chame de tia, porque não sou sua tia”.

Durante a leitura mecanizada da representação, a mãe tenta interferir para contestar algo que foi imputado ao adolescente, mas a juíza ordena que ela se contenha e diz “eu sou a juíza, me escute!”. Em outra ocasião, o padrasto do adolescente pede para falar, mas a

juíza está no celular e ele se dirige à defensora falando que viu quando o adolescente foi apreendido e ele não estava com pedra nenhuma e que tudo aquilo era uma mentira. A defensora, após ouvir, diz que o “adolescente precisa se articular nas palavras de uma maneira melhor”. (MACHADO, 2014, p. 178)

Toda essa dinâmica revela que o discurso - não como um amontoado de palavras ou concatenação de frases que pretendem um significado em si, mas como um sistema que estrutura determinado imaginário social - é mecanismo de poder e controle (RIBEIRO, 2019, p. 55), “não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar” (FOUCAULT, 2014, p. 10).

Ante o exposto, verifica-se um perfazer autoritário em práticas da Justiça Juvenil que torna a tutela protetiva afirmada pela CIDC uma teoria distante da prática. O silêncio autoritário que se afirma em práticas menoristas não permite à(ao) adolescente em conflito com a lei ser sujeita(o) de direitos, mas um objeto a ser submetido a uma medida punitiva com vistas à sua socialização, então considerada deficiente.

Diante de tal cenário, García Mendez (2015, p.02) afirma uma incapacidade ‘progressista’ latino-americana para ler o caráter verdadeiramente transformador e positivo da normativa que emerge da CIDC em consonância com uma perspectiva consequente de defesa dos direitos humanos, concluindo, então, pela existência de uma profunda crise de implementação dos Sistemas de Responsabilidade Penal Juvenil.

Há um fio condutor cada vez menos sutil que concilia ao retribucionismo hipócrita de posições pan-penalistas o paternalismo ingênuo de estranhos abolicionistas (abolicionistas das garantias, mas não da privação de liberdade), o qual dá ensejo à reverberação de práticas de uma cultura neomenorista, que se recusa a aceitar as(os) adolescentes como verdadeiras(os) sujeitas(os) de direitos, em resistência à efetivação do avançar garantista conquistado mediante as normativas nacionais e internacionais (MENDEZ, 2015, p. 02/ 03).

Desse modo, tal cultura neomenorista acaba por configurar a Justiça Juvenil de tal forma a negar o efetivo reconhecimento das adolescências como sujeitas de direitos, responsáveis e capazes de atuar com protagonismo em prol da recomposição das situações de conflito nas quais se envolve.

## **DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS PARA UMA NOVA JUSTIÇA – CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA (PSEUDO)TUTELAR**

As práticas restaurativas se inserem no âmbito das propostas inovadoras ou alternativas, atreladas a diferentes práticas e teorias da Justiça e do Direito, que almejam caminhos pacificadores em prol da justiça social e dos direitos humanos.

Nesse contexto, a dinâmica restaurativa se propõe à superação do conflito, através da reparação, em corresponsabilidades que oportunizam a recomposição dos relacionamentos humanos por meio do empoderamento das pessoas e do fortalecimento dos vínculos comunitários. Trata-se de uma perspectiva contracultural, não se propondo às soluções rápidas providas do imediatismo que constrange a sociedade pós-moderna:

Nossa cultura estimula de muitas maneiras a separação, a demonização daqueles que discordam, a competição, a hierarquia e a dependência de especialistas para resolver problemas. Essas tendências atuantes em nossa vida coletiva possuem uma inércia poderosa, que vai na direção oposta àquela dos Círculos (PRANIS, 2010, p. 85).

As práticas restaurativas ensejam o fortalecimento do senso comunitário, porque se propõem à superação do reducionismo trazido pelas figurações maniqueístas que induzem ao

condicionamento vítima/ ofensor, nós/ eles. Conduzem, por conseguinte, à superação de modelos classificatórios binários nos quais a oposição entre atos corretos ou incorretos, pessoas culpadas ou inocentes, produz a destruição de laços societários horizontais (CARVALHO, 2013, p. 251).

Sobre a renovação das práticas instituídas pelo Sistema de Justiça a partir de uma concepção contra-hegemônica e intercultural de direitos humanos, propõe-se a contribuição teórica de Boaventura de Souza Santos, segundo o qual “a luta pelos direitos humanos nas primeiras décadas do século XXI enfrenta novas formas de autoritarismo que convivem confortavelmente com regimes democráticos”, constituindo-se em formas de facismo social. (SANTOS; CHAUI, 2013, p. 122)

Sendo o Direito um mosaico de retórica, violência e burocracia, há que se considerar que se opera em corpo de procedimentos regularizados e padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força. (SANTOS *in* SANTOS; CHAUI, 2013, p. 26)

Diante dos processos de dominação e exclusão produzidas pela globalização, pelo capital financeiro e pelo neoliberalismo, é fundamental destacar as novas formas plurais emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação do Direito. Assim, importa repensar politicamente o poder de ação da comunidade, o retorno dos agentes históricos, o aparecimento inédito de direitos relacionados às minorias e a produção alternativa de jurisdição, tendo em vista a pluralidade de fontes:

Certamente que a constituição de uma cultura jurídica antiformalista, antiindividualista e antimonista, fundada nos valores do poder da comunidade, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural. O nível dessa eficácia passa pelo reconhecimento da identidade dos sujeitos sociais (aqui incluindo os grupos culturais minoritários), de suas diferenças, de suas necessidades básicas e de suas reivindicações por autonomia. (WOLKMER, 2008, p. 182)

Ao tratar do potencial emancipatório das promessas da modernidade, Boaventura de Souza Santos (2011, p. 14) propõe o repensar radical das concepções dominantes do direito. Em nova atitude teórica, prática e epistemológica, que denomina novo senso comum jurídico, defende a existência de três premissas básicas principais, a serem, então, consideradas: a crítica ao monopólio estatal e científico do direito; o questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização; e a ampliação da compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, tendo em vista o que ele designa como legalidade cosmopolita ou subalterna. A partir desse pensamento, Boaventura conclui:

O pensamento jurídico insurgente e de oposição aqui proposto reivindica a reinvenção do reformismo como jargão da prática política de justiça. A pergunta “poderá o direito ser emancipatório?” só pode ser respondida em todo o seu potencial no âmbito de uma revolução democrática da justiça. Tendo especial atenção a exemplos do continente latino-americano e, em particular, do Brasil, a revolução democrática da justiça assenta na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico. (SANTOS, 2011, p.15)

Herrera Flores (2009, p. 71/74), por sua vez, ao tratar da realidade contemporânea dos direitos humanos, afirma a necessidade de ideias, conceitos e práticas que permitam avanços na luta pela dignidade humana, a partir de uma perspectiva integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras.

Em sua contribuição teórica, defende que os direitos humanos devem prestar-se para aumentar nossa “potência” e nossa “capacidade” de atuar no mundo, uma vez que, “entender os

direitos como algo prévio à ação social implica partir de uma posição filosófica com consequências políticas conservadoras”. Desse modo:

Para construir uma teoria crítica e complexa dos direitos, necessitamos de outra forma de entender a ação social. Nós a denominamos *ontologia da potência*, que significa a ação política cidadã sempre em tensão com as tendências dirigidas a reificar, quer dizer, a coisificar as relações sociais. Uma ontologia assim permite compreender e colocar em prática o político-estratégico de um modo socialmente compatível com uma política democrática de textura aberta. (HERRERA FLORES, 2009, p. 81)

Importa, portanto, em perspectiva decolonial, responder às lógicas da colonialidade do poder, ser e saber, apostando em outras experiências de justiça, pelas quais vivências culturais e produções do conhecimento, obscurecidas pelo ocidentalismo, eurocentrismo e neoliberalismo dominantes, sejam valorizadas, em diálogo com a gramática das lutas sociais, populares e subalternizadas. (BALLESTRIN, 2013)

Nesse sentido é a reflexão apresentada por Herrera Flores (2009, p. 81/82) em sua proposta de (re)invenção:

O ser não é estático, o ser é aquilo que se entende sob a forma do possível. (...) É claro que não podemos criar a cada momento qualquer história sobre nós mesmos, mas podemos – e devemos – fazer uso da nossa imaginação e da nossa capacidade genérica de fazer e desfazer mundos.

As tecnologias restaurativas oferecem um amplo campo de possibilidades para a superação da cultura neomenorista que ainda reverbera nos sistemas de Justiça Juvenil da América Latina, em detrimento da proposta emancipadora apresentada pela CIDC.

A perspectiva restaurativa compreende a situação de conflito com a lei como violação de pessoas e de relacionamentos, de tal modo que a resposta a ser tomada perante ela deve se pautar pela reparação, em prol da recomposição do que restou fragilizado. Insere-se, assim, em nova dinâmica propositiva, propondo-se a identificar o que o crime significa e qual deve ser a resposta a ser tomada perante ele, por considerar a dimensão humana do conflito.

Os parâmetros restaurativos são prospectivos. Propõem uma experiência de justiça que é compartilhada por todas(os) as(os) interessadas(os), que é vivida, e não apenas realizada por terceiras(os) e notificada a algumas das partes envolvidas no conflito (ZEHR, 2008, p.207). Nesse sentido, importa destacar a contribuição de Daniel Achutti (2016, p. 35):

A proposta de uma justiça restaurativa tem por base um quadro de reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, mais do que uma teoria ou uma filosofia da justiça. Está na origem dos mais diversos programas, como mediação entre vítimas e acusado e conferências familiares ou comunitárias. Trata-se de uma forma inovadora de lidar com conflitos criminais, que leva todos os envolvidos a discutir e lidar, coletivamente com o dano causado, em conformidade com uma concepção de justiça dialogicamente construída.

Para a superação das práticas violentas, portanto, com vistas à reparação de direitos e à satisfação do sentimento de justiça, propõe-se a perspectiva restaurativa.<sup>4</sup> Nela, mediante diferentes tecnologias psicossociais, busca-se lidar com a dinâmica do conflito, considerando a sua

---

<sup>4</sup> Quanto às práticas restaurativas, é elucidativa a contribuição de Pelizzoli (2015, p.05): “(...) A Justiça Restaurativa tem seu ápice no encontro interpessoal, portanto, no diálogo autêntico, e no que metodologicamente se chama Círculo, com suas variações e nomenclaturas assemelhadas. A meu ver, ela nasce do que se chama de Práticas Restaurativas, as quais são geradas no tempo como tecnologia social de comunidades antigas, e que são reencontradas quando da elaboração de novas tecnologias psicossociais na área de conflito, educação, saúde mental, cultura, entre outros. Há, conjuntamente, uma filosofia e um paradigma restaurativo, que faz com que ela não se reduza a modelos ou metodologias, o que exige uma percepção ou consciência mais profunda das dimensões da vulnerabilidade e interconexão humana.”



dimensão humana, em proposta dialógica e de promoção de corresponsabilidades e empoderamentos, tendo em vista o desenvolvimento da capacidade compassiva de seus atores, mesmo em situações mais adversas.<sup>5</sup>

Por fim, acerca desse processo transmutativo na compreensão e na efetivação da Justiça e do Direito, “que brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses”, vale destacar a compreensão de Roberto Lyra Filho:

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência. Onde está a Justiça no mundo? -, pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por um bando de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” *deles* não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a Justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nelas se misture, em maior ou menor grau), nem é nos princípios ideais, abstratos (embora às vezes também algo dela ali se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico, de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente. (FILHO, 1983, p. 120)

## **NOVOS PARÂMETROS PARA A JUSTIÇA JUVENIL A PARTIR DO DIÁLOGO EMPÁTICO – BASES RESTAURATIVAS NO LIDAR COM A DINÂMICA DO CONFLITO**

A Comunicação Não Violenta (CNV) consiste em uma abordagem comunicativa estabelecida com o propósito de harmonizar relações humanas numa proposta compassiva, eminentemente empática. Parte da identificação da linguagem e do uso das palavras – enfatizando os aspectos comunicativos do falar e do ouvir – como elementos essenciais para a capacidade humana de desenvolver-se e manter-se em estado compassivo.

Em um perfazer simples, mas profundamente transformador, a CNV propõe a substituição de velhos padrões de defesa, recuo ou ataque perante situações de julgamentos e críticas, de tal modo que “se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas” (ROSENBERG, 2006, p. 21).

Propondo-se a minimizar a resistência, a postura defensiva e as reações violentas em situações de conflito, a CNV se estrutura em quatro componentes, sejam estes: observação, sentimento, necessidades e pedido. Parte-se da observação do que está acontecendo em determinada situação; identifica-se, em seguida, os sentimentos que afloram perante a situação em análise; reconhece-se, então, quais as necessidades que estão ligadas aos sentimentos identificados; e, por fim, formula-se um pedido que expresse o que se quer do interlocutor em prol da harmonização do conflito.

De configuração essencialmente dialógica, o processo da CNV se perfaz em duas partes, sejam estas: *expressar-se honestamente* pelos quatro componentes referidos acima e *receber com empatia* por meio dos mesmos quatro componentes.

---

<sup>5</sup> “(...)Propõe-se igualmente a expressão dos sentimentos e necessidades em um ambiente adequado com pessoas capacitadas para resgatar as possibilidades de compreensão do outro, através de um processo de responsabilização que pode abrir portas para um futuro diferente – por considerar o conflito uma oportunidade de aprendizado.” (ARAÚJO, 2010, p. 104)

Ademais, insta destacar que a CNV não consiste numa fórmula preestabelecida, fixa, de padrões formalísticos. Pelo contrário, ela possui alto caráter adaptativo a contextos pessoais, culturais, sociais e situacionais. Assim, Marshall B. Rosenberg, seu autor, comenta:

Embora eu, por conveniência, me refira à CNV como “processo” ou “linguagem”, é possível realizar todas as quatro partes do processo sem pronunciar uma só palavra. A essência da CNV está em nossa consciência daqueles quatro componentes, não as palavras que efetivamente são trocadas. (ROSENBERG, 2006,p.27)

Desse modo, a partir dos elementos constitutivos da CNV, identifica-se nela uma tecnologia psicossocial de relevância para a tutela das infâncias e adolescências em seus diversos contextos de vida, já que, consoante já enfatizado acima, tem como um de seus propósitos precípuos desenvolver e fortalecer a capacidade de nos mantermos compassivos, mesmo em situações de conflito, corroborando o sentido de humanidade no relacionar-se consigo mesma(o) e com outrem.

No contexto da Justiça Juvenil, quanto ao silêncio autoritário afirmado na problematização deste trabalho, a CNV se apresenta como proposta criativa para a superação da realidade opressora. Nesse sentido,

A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentido e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. (ROSENBERG, 2006, p. 21/22)

Os significados das infâncias e adolescências restam tutelados na medida em que se confere à criança e à(ao) adolescente oportunidade para falar e ouvir mediante um diálogo empático que se perfaça a partir da observação; da identificação de seus sentimentos; e do reconhecimento de suas necessidades; para, então, através da formulação de uma solicitação, encaminhar-se a composição de uma situação de conflito.

A CNV, portanto, se insere dentre as abordagens restaurativas para a resolução de conflitos, sendo um dos mecanismos utilizados pela Justiça Restaurativa, no contexto da cultura de paz. Considera, portanto, em seu perfazer, a dimensão humana das situações de conflito, promovendo o indivíduo à condição de agente autônomo, responsável e protagonista na resolução dos litígios nos quais se envolve, libertando-o do reducionismo trazido pelas figurações maniqueístas que induzem ao condicionamento vítima/ofensor (PELIZZOLI, 2010, p. 13/14).

No mais, insta destacar que já existem algumas experiências de aplicação da CNV no âmbito da Justiça Restaurativa em tribunais pátrios. Assim é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em mapeamento apresentado em junho deste ano, conclui que

(...) nos programas, projetos e ações em Justiça Restaurativa coordenados e promovidos pelo próprio Poder Judiciário (...) as metodologias restaurativas mais utilizadas ou de maior interesse são as práticas circulares, seja os círculos de construção de paz de Kay Pranis e os baseados em comunicação não-violenta. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 39)

A CNV, portanto, se insere dentre as abordagens restaurativas para a resolução de conflitos, sendo um dos mecanismos utilizados pela Justiça Restaurativa, no contexto da cultura de paz. Considera, portanto, em seu perfazer, a dimensão humana das situações de conflito, promovendo o diálogo entre as pessoas - falar honestamente e ouvir com empatia - como caminhos pacificadores para a superação do crime e da violência estrutural.

Em conclusão, propõe-se bonita reflexão de Paulo Freire (2014, p. 108) sobre o diálogo como elemento essencial para a prática da liberdade:

A existência, porque humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é *pronunciar* o mundo, é modificá-lo. O mundo *pronunciado*, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos *pronunciantes*, a exigir deles novo *pronunciar*. Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão.

## CONCLUSÃO

A CIDC representa um avanço de significativa relevância para a proteção das infâncias e adolescências. Suas disposições visam a tutelar crianças e adolescentes em significação plena, afirmando-as(os) como sujeitas(os) de direitos, de tal modo que cabem aos Estados Partes lhes assegurar a plenitude de condições para o seu desenvolvimento físico, mental, emocional e social em condições de harmonia e equilíbrio, promovendo-lhes o sentido de dignidade e de valor.

Em que pese o avançar teórico-normativo, verifica-se que a prática forense ainda se compõe de dinâmicas opressoras em seu perfazer, que revelam a resistência de uma cultura menorista em detrimento da proposta emancipadora.

Assim é que há um silêncio autoritário que se consubstancia em audiências que acontecem em uma dinâmica excessivamente burocratizada, com frieza na sequência de atos; bem como na indiferença e insensibilidade por parte de atores processuais que escolhem se manter à parte da realidade trazida pela(o) adolescente e por sua família; consubstanciando uma ritualística processual mecanizada, estigmatizante e negativa para a pessoa da(o) adolescente.

Para a superação das práticas violentas, propõe-se a abordagem da CNV, através da qual busca-se lidar com a dinâmica do conflito considerando a sua dimensão humana, em proposta dialógica que visa a desenvolver e corroborar a capacidade compassiva de seus atores, mesmo em condições mais adversas.

Reconhece-se a CNV como caminho promissor para a justiça e os direitos humanos de adolescentes em conflito com a lei, propiciando-lhes um sistema de Justiça Juvenil capaz de lhes conferir oportunidade para falar e ouvir com empatia, em respeito a sua condição humana, promovendo a resolução das situações em litígio de modo a protegê-las(los) das cadeias opressoras e punitivas da violência.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAÚJO, Ana Paula. **Justiça Restaurativa na Escola**: perspectiva pacificadora? In: PELIZZOLI, M. L. (Org.) *Cultura de paz: restauração e direitos*. 1ª Ed. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

BALLESTRIN, Luciana. **Para transcender a colonialidade**. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5258&sectionid=431](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5258&sectionid=431)>. Acesso em: 18 de agosto de 2019.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. 1ª Ed. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Brasília: CNJ, 2019.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é direito**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 58ª Ed – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MACHADO, Érica Babini Lapa do; PITT, Ana Cecília Rodrigues. **A falência do sistema de justiça juvenil e a recuperação restaurativa**: mudando as lentes do problema infracional. In: MONTEIRO, Valdênia Brito; SILVA, Kelly Regina Santos da. (Orgs.) *Mediação de conflitos, direitos humanos e acesso à justiça*. 1ª Ed. Recife: Gajop, 2012.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Medida socioeducativa de internação**: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do continuum punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei da cidade do Recife, PE. Tese (Doutorado). UFPE, CCJ. 2014.

MÉNDEZ, Emílio García. A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada. **Boletim IBCCRIM**. Ano 23. Nº 271. P. 2-3. Junho/2015.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 3ª Ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

PELLIZZOLI, Marcelo. **Cultura de Paz Restaurativa**: Da sombra social à inteligência sistêmica dos conflitos. In: *Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social*. Pelizzoli, M.L. (Org.). Caxias do Sul: Ed. da UCS / Recife: Ed. da UFPE, 2015.

PELLIZZOLI, Marcelo L. **Paz e conflito**: Visão sistêmico-fenomenológica. In: PELLIZZOLI, M. L. (Org.) *Cultura de paz: restauração e direitos*. 1ª Ed. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RIBEIRO, Djamilia. **Lugar de fala**. 1ª Ed. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 Edª. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SAPORI, Luiz Flávio. **A administração da justiça criminal numa área metropolitana**. RBSC, n. 29, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos**: Dimensões Emancipadoras. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo [et al.]. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# ENTRE O SILÊNCIO E OS DIREITOS: A ESCUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA SEXUAL COMO PARÂMETRO NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

**Roseane Fatima de Queiroz Moraes**

Mestranda em Direitos Humanos (PPGDH/UFPE).

**Maria José de Matos Luna**

Doutora em Linguística (FLUP). Professora (PPGDH/UFPE).

## INTRODUÇÃO

A concepção de criança como sujeito social, vem passando por mudanças ao longo dos séculos, como resultado do processo de evolução da humanidade, gerando, em cada um dos períodos históricos, sentimentos a seu respeito, legislações e modelos de atendimento às suas necessidades e, sobretudo, diferenças na forma como é tratada no campo social, produzindo um *modus operandi* no tratamento a criança e ao adolescente, que a protege ou expõe a violação de seus direitos.

O presente artigo compõe a pesquisa em andamento para dissertação de mestrado da autora, que busca identificar e produzir conhecimentos acerca da escuta especializada de crianças e adolescente em situação de violência sexual, pelos órgãos que compõem a rede de proteção da cidade do Recife, estado de Pernambuco, tendo por parâmetro a Lei 13.431/2017 e o Decreto 9.603/2018, que regulamentam a escuta e o depoimento das vítimas e testemunhas de violência dentro do Sistema de Garantia de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (SGDH), com a integração dos procedimentos e o estabelecimento de protocolos que respeitem sua condição peculiar de desenvolvimento e de sujeitos de direitos.

Neste sentido, propõe enquanto questões de pesquisa: Como é realizada a escuta de crianças e adolescentes nas instituições que compõem a rede de proteção? Esses procedimentos tem protegido ou revitimizado os mesmos?

Tem por objetivo identificar os princípios, práticas e procedimentos adotados pelos órgãos da rede de proteção junto a crianças e adolescentes na identificação, revelação, escuta, acolhimento e notificação da violência sexual, tendo em vista a garantia dos direitos humanos destas enquanto sujeitos sociais.

## METODOLOGIA

A pesquisa se baseia numa abordagem qualitativa, no campo da “pesquisa exploratória, categoria na qual se situa o estudo de caso, propondo a busca de informações, cujo objetivo é a descoberta de ideias que sejam úteis, críticas e norteadoras de novas atitudes em relação ao mundo”. (MARTINELLI, 1999, p 50, apud VASCONCELOS, 2009).

Sua realização se dará por meio da coleta transversal de dados, adotando uma triangulação metodológica, com entrevistas semiestruturadas, análise documental e observação participante, buscando recolher não apenas informações que constam nos registros, mas os conhecimentos e percepções dos integrantes, analisando o significado da experiência para as pessoas e instituições.

Os dados serão coletados junto aos atores que compõem a rede de proteção aos direitos das crianças e adolescentes na cidade do Recife, delimitando enquanto território a Região Político-Administrativa 3 (RPA 3), que apresenta grandes contrastes socioeconômico entre os bairros, histórico de lutas populares e acentuados índices de violência. É constituída pelos seguintes bairros: Aflitos; Alto do Mandu; Alto José Bonifácio; Alto José do Pinho; Apipucos; Brejo da Guabiraba; Brejo de Beberibe; Casa Amarela; Casa Forte; Córrego do Jenipapo; Derby; Dois Irmãos; Espinheiro; Graças; Guabiraba; Jaqueira; Macaxeira; Monteiro; Nova Descoberta; Parnamirim; Passarinho; Pau-Ferro; Poço da Panela, Santana; Sítio dos Pintos; Tamarineira; Mangabeira; Morro da Conceição; Vasco da Gama.

Este trabalho focará a RPA 3b, tendo em vista a grande extensão do território e por conter um maior número de comunidades em situação de vulnerabilidade social.

A coleta se dará por meio de entrevistas e análise documental no Conselho Tutelar (cinco conselheiros tutelares); entrevistas junto dois profissionais dos seguintes órgãos: na Educação, duas escolas da Rede Municipal de Ensino; na Saúde, junto a uma Unidade Básica de Saúde (UBS) e uma Policlínica Infantil; na Assistência Social, junto ao Centro de Referência da Assistência Social do Alto do Mandu (CRAS); ao Centro de Referência Especializado da Assistência Social do Espinheiro (CREAS), e ao Centro de Referência de Atendimento às Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Sexual (CERCA), com uma amostra de 19 profissionais, no total

Propõe ainda uma observação participante junto ao Conselho Tutelar, em suas reuniões e ao Grupo de Risco (GT Risco) da RPA 3b, enquanto coletivo composto pelos diversos atores da rede que se reúnem uma vez por mês para buscar resolubilidade para os casos mais complexos de violação de direitos contra crianças e adolescentes.

O recrutamento dos voluntários foi realizado a partir de contato com os citados órgãos e a partir da apresentação da proposta da pesquisa, foi solicitada a indicação de dois profissionais por órgão.

As entrevistas contam com um questionário único, semiestruturado, elaborado especialmente para essa pesquisa e versa sobre a atuação dos profissionais que atuam na escuta de crianças e adolescentes. Sua elaboração contou com a contribuição dos dados presentes no sistema de informação do Centro 18 de maio, Brasília/DF.

Este instrumento conta com perguntas agrupadas em seis blocos de conteúdos relacionados à atuação dos atores sociais, tendo em vista o atendimento e, conseqüentemente, a escuta das crianças e adolescentes, conforme se segue:

1. Encaminhamento/ registro dos casos de violência sexual;
2. Revelação das situações de violência sexual;
3. A escuta da criança e do adolescente e
4. A notificação das situações de violência.

Conta ainda com dois blocos que visam coletar informações sobre a rede de proteção, o fluxo existente e sobre a formação dos profissionais para a escuta especializada.

## **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

A proteção e a garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil, conta com um vultoso histórico de conquistas, sobretudo a partir da aprovação da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990). No entanto, sua implementação enfrenta

grandes desafios e, em alguns momentos, retrocessos, que interferem na qualidade da efetivação desses direitos. Entre os avanços, ressalta-se o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, o que lhes confere, entre os direitos fundamentais, o de falar e de ser ouvida(o), de participar na família, na comunidade e nos mecanismos legalmente constituídos, como conselhos, fóruns, conferências, enquanto órgãos de participação democrática e controle social.

Uma primeira delimitação que parece óbvia, mas que se faz necessária, quando falamos de criança e de adolescente é: Que visão temos a respeito desses sujeitos históricos? O que entendemos por criança e por adolescente?

Tratando inicialmente sobre a criança, muitos dos estudiosos desta fase da vida utilizam as palavras infância e criança como sinônimos. No entanto, consideramos necessário delimitar a diferença entre esses conceitos, considerando que aportam diferentes constructos e compreensões a esse estudo.

A palavra criança, em seu sentido etimológico, vem do latim *creare*, deriva do mesmo radical que constituem as palavras criação e criatividade. O Dicionário Houaiss (2001) traz outra perspectiva, considerando o derivado vernacular *criar* + *ança* 'indivíduo na infância, filho. No geral, o termo criança se refere a um período da vida do sujeito histórico, social e cultural.

A medida cronológica compreende faixas etárias diferentes de um país para outro, ou mesmo faixas diferentes em diversos momentos num mesmo país. No Brasil, segundo o ECA/1990, é o período de vida até os 12 anos incompletos. Para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), criança é o indivíduo com menos de 18 anos de idade, abarcando a adolescência.

A infância é considerada uma etapa na vida da pessoa. Trata da natureza desta vivência, infantil. A palavra infância vem do latim *infantia*, "do verbo *fari* = falar, onde *fan* é igual a *falante* e *in* constitui a negação do verbo. Portanto, *infans* refere-se ao indivíduo que ainda não é capaz de falar", não ter linguagem. Deve-se considerar nesta descrição que no interior da filosofia ocidental, não ter linguagem significa não ter pensamento, não ter conhecimento.

A esse respeito, Belloni (2009), descreve que somente no começo do século XX ocorre uma mudança mais expressiva na concepção de infância, relacionando a evolução dessa expressão a dois significados: um primeiro seria o termo *infante*, ligado ao passado, como aquele que está impossibilitado de falar; e, uma segunda, a uma concepção mais contemporânea, que traz o termo *infante-criança*, como aquele que está sendo criado, com voz e participação.

Belloni (2009) acrescenta ainda que o tratamento dado a criança ao longo dos séculos foi marcado pela visão que se tinha da mesma como adulto imperfeito e não como ser em desenvolvimento. A esse respeito, Heywood (2004, p.22) esclarece a diferença delimitada acima, trazendo a infância como uma "abstração que se refere a determinada etapa da vida, diferentemente do grupo de pessoas sugerido pela palavra criança". Destaca ainda, acerca da visão da criança na história, que era, no máximo, uma figura marginal em um mundo adulto" (p.10).

Santos (1996) contribui com essa definição, diferenciando os termos *infância* e *criança*, trazendo que "enquanto infância é um constructo social sobre as idades da vida, a criança é o sujeito empírico concreto que vivência suas experiências na sociedade."

O termo adolescência vem do latim *ad* (a, para) *olescer* (crescer). *Adolescere*, em processo de crescimento, crescido. Apesar de ser considerada por muitos estudiosos como uma invenção da sociologia, é um termo que remonta seu uso a cerca de cem anos. Deriva também da palavra

adolescer, com origem na palavra adoecer, trazendo a conotação, segundo Outeiral (2003), de crescimento físico e psíquico e adoecimento, como fase de sofrimento emocional e transformações biológicas e mentais, embora os estudos de comunidades primitivas destoem dessa concepção ocidental, onde o adolescer nesses territórios acontece de forma natural, apoiado por rituais de passagem, sem os aparentes transtornos relatados na contemporaneidade.

Portanto, um primeiro pressuposto fundamental ao estudo é delimitar essa diferenciação, afirmando ainda que este estudo utilizará os termos criança e adolescente em sua construção, visto que estudamos a vivência deste sujeito no âmbito social e cujas peculiaridades cronológicas enfrentam desafios diferentes em sua construção e garantia dos direitos.

Outro pressuposto fundamental, considerando que o presente estudo versa sobre a vivência da criança e do adolescente de seu direito de falar e ser escutado(a), é a compreensão dos direitos fundamentais, tendo em vista esses sujeitos como portadores direitos humanos inalienáveis.

Nesse sentido, falar de garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes, embora o tema se mostre como matéria corrente no século XXI, cuja lógica é inquestionável, sua posituação e vivência, vêm passando por inúmeras mudanças ao longo dos séculos, permeadas por fatores sociais, culturais, econômicos. Poderíamos dizer ainda que diferentes concepções coexistem nesse século, interferindo no olhar e na forma como as crianças e adolescentes são tratados, o que suscita sua compreensão nesse estudo.

Azambuja (2016, p. 83), descreve que a desproteção a crianças perpassa a história desde os tempos mais remotos, onde “exemplos históricos de desproteção jurídica à criança são encontrados desde a Antiguidade, entre os povos egípcios e mesopotâmios, romanos, gregos, medievais e europeus”. A criança não era protegida porque para eles, ela sequer existia.

Heywood (2004), sobre as condições precárias de higiene e saúde no século XII que acometia altos índices de mortalidade infantil, ressalta que “os bebês abaixo de dois anos, em particular, sofriam um descaso assustador, pois, os pais consideravam pouco aconselhável investir muito tempo ou esforço em um pobre animal suspirante, que tinha tantas probabilidades de morrer com pouca idade”.

Aproximando este cenário de desconsideração à vida da criança ao processo histórico vivido no território desta pesquisa, Recife, Nascimento (2010) oferece um panorama, no mínimo tétrico, a respeito da visão e, conseqüentemente, do tratamento dado a criança em situação de abandono na então Vila de Santo Antônio do Recife, em 1770. Diante do cenário assombroso de corpos de crianças encontrados cotidianamente devorados nos becos por animais, por terem sido abandonados ao relento, o governador da capitania pernambucana, Manoel da Cunha Menezes relata:

Estão amanhecendo todos os dias meninos e meninas expostos pelas portas de igrejas, e de moradores, cujos inocentes perecem na maior parte, por se lhe dilatar o alimento e o abrigo. (NASCIMENTO, 2010, p.27)

Ariés (1981), em estudo iconográfico, sobretudo a partir da idade média, relata que o sentimento de infância, associando-a a um ser frágil para o qual se remete alguma atenção, surge apenas no século XVII. Até esse período, a adolescência era confundida com a infância e a criança era vista como adulto em miniatura. Essa indistinção fazia com que os códigos e as leis voltadas para o mundo do adulto fossem aplicadas à vida infantil.

Adultos, jovens e crianças se misturavam em toda atividade social, ou seja, nos divertimentos, no exercício das profissões e tarefas diárias, no domínio das armas, nas festas, cultos e rituais. O cerimonial dessas celebrações não fazia muita questão em



distinguir claramente as crianças dos jovens e estes dos adultos. Até porque esses grupos sociais estavam pouco claros em suas diferenciações (ÁRIES, 1981, p.156).

Ainda segundo Ariés (1981), houve um período da história, onde sequer existia um sentimento preciso direcionado à infância. Traz que o primeiro sentimento que surgiu no final do século XVI foi de paparicação, que mesmo denotando a infância como objeto de diversão, significou um primeiro direcionamento de atenção diferenciada para as crianças. Essa visão logo gerou oposição, sobretudo entre os moralistas da época, nomeadamente por meio de Montaigne, escritor, filósofo e moralista francês que dizia não entender como as pessoas beijavam as crianças recém-nascidas, “que não têm ainda nem movimento na alma, nem forma reconhecível no corpo pela qual se possam tornar amáveis (...)” (Apud Ariès, p.159). Para Ariés:

Na sociedade medieval, que tomamos como ponto de partida, o sentimento de infância não existia – o que não quer dizer que as crianças não fossem negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes. (p. 156)

Este sentimento veio inicialmente de fora da família, por meio dos moralistas e reformadores dos costumes, responsáveis pela separação das crianças em relação aos adultos. Surge neste momento, pela primeira vez, a visão da necessidade de uma atenção especial à infância, considerada também uma idade de imperfeição e leviandade.

Essa visão gerou uma concepção de atendimento a criança, que como ser virginal e alma pura precisava ser moldada, disciplinada, tornava-se objeto de atenção e vigilância constantes, por meio do assistencialismo, por amor a Deus.

É a partir do século XVII, que começa a ganhar força o segundo sentimento com respeito à infância, o que Ghiraldelli (2002) denomina como duas concepções de infância, uma como ser inocente e frágil considerada por Rousseau imersa na inocência e na pureza; diferente de outra corrente que a considerava que sua fragilidade era sinal de perigo de perversão, necessitando de controle e disciplina.

O século XVIII é marcado pelo surgimento de um terceiro sentimento de infância, sob influência do avanço das ciências e pelo enfrentamento das grandes epidemias, que resultou na atenção à higiene e cuidados com a saúde das crianças. É um período em que a infância começa a criar vulto e contar com maior reconhecimento na pictografia. Diferente do período anterior, a criança começa a aparecer na frente dos adultos e vestida com trajes infantis ou mesmo são retratadas imagens de brincadeiras infantis.

É um período ainda onde começa a surgir à separação entre a infância advinda das famílias burguesas e das pobres. A criança burguesa passa a ser objeto de vigilância, de cuidados, em torno da qual se cria um círculo sanitário, diferente da pobre, que começa a incomodar por ocupar as ruas e necessitar do controle da família. Mas para ambas as infâncias, o procedimento era controle e disciplina. Para as pobres a filantropia, sob a égide de por amor a humanidade.

Nesse período, a infância pobre continuou imersa na precocidade medieval, com um agravante: ao invés de ajudarem seus pais na produção doméstica, foi submetido a um ritmo de trabalho intenso nas fábricas, pelo qual muito pouco recebia. Ou seja, a infância burguesa passou a ser alvo de cuidados com o seu desenvolvimento físico e psíquico, com um cordão sanitário à sua volta de proteção, tornando-se objeto de extrema solicitude; enquanto a infância pobre passou a ser objeto de controle e vigilância, julgando-se que o problema do excesso de liberdade,

abandono e a presença nas ruas necessitava de técnicas para limitar essa liberdade, dirigir a criança para espaços de maior vigilância – escola ou habitação popular – criança tutelada.

De forma geral, alguns dos marcos acima relatados se constituem como referências, importadas no período da Europa, mas que se engendraram e persistem, em diversos aspectos, na base na formação social, cultural e no imaginário da população brasileira, interferindo no tratamento dado às crianças e aos adolescentes na atualidade. A esse respeito, Rizzini (2004, p.13), referindo-se ao tratamento dado à infância e adolescência na sociedade e nas políticas públicas na atualidade, considera que tem muitos de seus desdobramentos ainda são marcados por ideias e práticas do passado.

Esses vários contextos foram e são perpassados por dificuldades originárias de uma cultura adultocêntrica, que não reconhece a criança como ator social, alijando-a à posição de objeto de atenção, tendo dado origem a chamada Doutrina de Situação Irregular, que persistiu no Brasil até os anos 80, negando direitos e violando a vida de milhares de crianças, sobretudo as que vivem em situação de pobreza e abandono, considerados irregulares.

Nos anos 90, a antiga doutrina dá espaço, a partir das lutas sociais pelos direitos das crianças e adolescentes, a Doutrina de Proteção Integral, impressa na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças/1989, estabelecendo novos parâmetros à visão das crianças e dos adolescentes, à compreensão de suas necessidades, de seus desejos, vontades, opinião e de seus direitos. O ECA/1990 regulamenta a nova doutrina e oferece as diretrizes para que a sociedade brasileira e as instituições garantam os direitos a toda criança e adolescente.

Apesar de todo o avanço e da implementação de mecanismos que objetivam a materialização dos direitos, ainda persiste no seio da sociedade e na prática de muitas instituições, uma visão dz criança e do adolescente como um ser incapaz, fática e juridicamente, onde sua fala não é considerada como digna de atenção e credibilidade – “criança não conta”, traduzindo-se, muito frequentemente, na forma como eles são inseridos nos ambientes sociais, como sua participação é considerada, como são ouvidos na família, na escola e em vários outros ambientes de socialização, incluindo os espaços que devem garantir seus direitos.

Santos (1996) ressalta que é preciso reconhecer “(...) as especificidades das crianças e dos adolescentes em relação ao adulto e à variabilidade das concepções de infância e de adolescência. Tal reconhecimento deve considerar a história e as diferentes culturas individuais para a prática social pautada no respeito às diversidades de infância no país”.

Um olhar sob o SGDH, constituído pela articulação e a integração de instituições e instâncias do poder público e da sociedade civil na aplicação de mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, nos três níveis de governo, muitos avanços são perceptíveis, seja na promoção, onde se encontram os atores responsáveis pela formulação, fiscalização e execução das políticas públicas; seja na defesa, onde ocorre a proteção, restituição dos direitos violados e a responsabilização dos agressores; ou ainda no controle social, como espaço majoritário da sociedade civil, com a atribuição de fiscalizar, subsidiar e provocar o sistema para o cumprimento dos direitos.

Os avanços são inegáveis. No entanto, cada um desses espaços ainda é desafiado a reconhecer, na proteção integral, o ser sujeito da criança e do adolescente, enquanto condição primordial na garantia de seus direitos humanos, saindo do plano das intenções e se materializando no âmbito das políticas públicas e no sistema de justiça e segurança.

Para citar um exemplo de como as mudanças ainda se expressam com pesos diferentes na escuta de uma criança e de um adolescente, poderíamos citar os processos judiciais que envolvem criança como vítimas ou testemunhas, onde os avanços são claros na legislação e nas

práticas da escuta, quando envolve denúncia das violências ou na disputa de guarda familiar, onde sua fala é reconhecida como importante na resolubilidade do processo. No entanto, nos processos que envolvem uma criança em situação de acolhimento institucional ou um adolescente a quem se atribui ato infracional essa escuta não é feita ou realizada de forma insatisfatória.

Desafia ainda o fato de que, mesmo quando a fala da criança ou do adolescente é considerada, seja para garantir sua proteção, cessar a violência e responsabilizar o agressor, essa escuta ainda é uma prática repleta de polêmicas, desencontros, equívocos, pontos de discórdia e, o que é mais grave, fator de revitimização destes, sobretudo quando a fala é suscitada a uma vítima de violência sexual, onde pesquisa realizada pela organização Childhood Brasil (2017), aponta que a criança muitas vezes é submetida a um sistema inquisidor, pouco acolhedor, onde a mesma precisa repetir a fala a respeito da violência sofrida, de cinco a dez vezes dentro do sistema.

ECA/1990, reconhece em seu capítulo II, o direito da criança à liberdade, ao respeito e à dignidade, e, em seu artigo 16, o direito à liberdade, como a opinião e a expressão, em conformidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), que em seu artigo 12 assegura:

1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.
2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Nesta perspectiva, a escuta de crianças e adolescentes, como parte de uma luta e reconhecimento de seus direitos, encontra-se positivada na Doutrina de Proteção Integral, passando de objeto de atenção a de sujeitos de direitos, conferindo-lhe, entre os direitos fundamentais, o de se expressar e emitir sua opinião, tendo respeitada sua condição peculiar de desenvolvimento. No entanto, sua concretude ainda oscila entre avanços e retrocessos presentes nos vários segmentos, a depender muitas vezes da visão e do compromisso do profissional que executa os serviços, com uma significativa fragilidade, seja: pela falta de formação específica; por terem que desenvolver funções que não lhes competem; pela rotatividade dos profissionais e pela ausência de protocolos adotados pelas instituições ou entre essas.

Neste sentido, o presente estudo pretende aprofundar os avanços e desafios presentes na escuta das crianças e adolescentes, na chamada rede de proteção, enquanto conjunto de atores que tem por objetivo proteger e garantir os direitos humanos destes, em sua integralidade, focando a entrada da criança e do adolescente no sistema a partir da revelação e da denúncia de sua vitimização, com foco na violência sexual.

A escolha da modalidade de violência sexual, qualificada pelo Código Penal Brasileiro (2014) como crime hediondo, decorre da gravidade de sua ocorrência na vida de crianças e adolescentes, transcendendo a brutalidade do ato praticado e produzindo consequências que comprometem a saúde física e emocional das vítimas, sobretudo nas mais jovens.

A violência sexual contra crianças e adolescentes, teve seu marco conceitual registrado no I Congresso Mundial, em Estocolmo (1996), pelo Instituto Interamericano del Niño (OEA, 1998, apud LEAL E LEAL, 2003), que sistematizou a violência sexual contra crianças e adolescentes, subdividindo-a em dois grupos: o abuso e a exploração sexual.

Fazem parte do grupo de abuso sexual, os atos abusivos intra e extrafamiliares, marcados pela presença de um jogo de sedução, não havendo intermediação de dinheiro, porém expresso por uma relação de poder entre duas ou mais pessoas, alguma ou alguns na condição de abusador e alguma ou alguns de abusada.

Segundo Faleiros (2000, p. 15), o abuso sexual deve ser entendido como uma situação de ultrapassagem de limites, de direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe e compreende, do que o abusado pode consentir fazer e viver, de regras sociais, familiares e de tabus.

A exploração sexual se distingue por se tratar de atos nos quais há troca de sexo por dinheiro, favores, entre crianças, adolescentes e adultos, consistindo no uso do corpo da criança ou do adolescente para fins sexuais. Essa forma de violência se expressa nas modalidades de pornografia infantil, tráfico para fins sexuais e no turismo.

A violência sexual contra crianças e adolescentes, trata-se de uma grave violação de direitos humanos - o direito à dignidade sexual (Santos & Ippolito, 2011, p. 13). Um fenômeno com dimensões complexas, gigantescas, e que precisam ser vistas como uma problemática de saúde pública (Oliveira, Costa, Amaral, Santos, Assis & Nascimento, 2014). Asseverado ainda por Azevedo e Guerra (2001), Libório (2003), Faleiros (2000), Leal (2001), Marques (2006), Cohen(2003), que contribuem com a compreensão do fenômeno e com a construção do arcabouço teórico acerca deste fenômeno, em suas diversas matizes.

## **ANÁLISE PRELIMINAR**

A opção desta pesquisa, ancora-se no fato de se tratar de um fenômeno considerado endêmico, onde os indicadores sociais atestam a frequência desta violação. Dados do Ministério da Saúde (MS), no Sistema de Informação de Agravos e Notificação (SINAN) e no Sistema de Vigilância de violências, trazem um aumento de 83,0% no número de notificações de violência sexual no período compreendido entre 2011 e 2017, somando um total de 184.524 notificações, nas quais 58.037 (31,5%) são contra crianças e 83.068 (45%), contra adolescentes, perfazendo um total de 76,5% do casos de violência sexual notificados contra crianças e adolescentes.

Chama a atenção que 74,2% dos casos são do sexo feminino e 51,2% com idade entre um e cinco anos de idade. Com respeito à ocorrência, há o predomínio em 33,7% do caráter repetitivo, ou seja, a violência foi praticada mais de uma vez; 62% são de estupro; 69,2% ocorreram na residência e 4,6% na escola.

O Anuario Brasileiro de Segurança Pública (2019) corrobora com os índices acima, trazendo que, em 2018, foram registrados 66.041 casos, sendo o maior número já registrado, com o crescimento de 4,1% em comparação ao ano anterior; apresentando que 81,8% das vítimas são do sexo feminino e 53,8% tem idade até 13 anos. Reitera ainda que quatro meninas até 13 anos são estupradas por hora no Brasil.

O relatório do Disque Direitos Humanos - Disque 100 (2019), da Secretaria Especial de Direitos Humanos, completa os dados acima expostos, trazendo que recebeu 17.093 denúncias, sendo que 13.415 foram de abuso e 2.677 de exploração sexual contra crianças e adolescentes. Neste montante, 588 são do Estado de Pernambuco, sendo que 115 são de abusos e 16 de exploração na cidade do Recife, o que assevera a subnotificação ainda presente.

Tão grave quadro de violação de direitos exige a estruturação e preparação da rede de proteção, considerando a escuta da criança e do adolescente na revelação da violência sofrida, no acolhimento, nos encaminhamentos e notificação do caso, de forma a contribuir com o cessar da

violência, nos cuidados especializados e multidisciplinares, contribuindo com a ressignificação da vivência de dor e do sofrimento.

O modelo de atendimento historicamente empregado pelo SGDH junto às vítimas passa por profundos questionamentos, embora o mesmo ainda seja empregado de forma corrente em muitos municípios. Neste, a criança e o adolescente vítimas de violência sexual, no exercício de seu direito a fala, acaba passando por uma verdadeira via sacra entre a revelação (denúncia), a instauração do inquérito, julgamento do suposto abusador e a efetivação de seu direito, onde sua escuta, mesmo sendo um direito garantido, é feita num sistema de comunicação complexo e inquisidor, que envolve entre cinco e dez momentos de inquirição, com perguntas incisivas, repetidas e, muitas vezes, pouco respeitadas, em locais pouco acolhedores e sem sigilo, tornando essa trajetória um tormento, que revitimiza e amplia a dor gerada pela violação.

Na violência de cunho sexual, seja na modalidade de abuso ou exploração sexual, o constrangimento, a vergonha, o medo e a culpa, aliados a demanda pela fala, ao contrário de garantir um direito, muitas vezes aguça seu sofrimento, fazendo com que essa violação ressoe em seu interior e amplie as dores da violação pela qual passou.

Em abril de 2017, foi aprovada a Lei 13.431/2017, regulamentada pelo Decreto 9.603/2018, que respeitando o direito a fala das crianças e dos adolescentes, assegura o direito a uma escuta qualificada. A lei, deve ser implementada em todos os municípios e prescreve que essa escuta deve ser reduzida ao menor número possível de instâncias, por meio da integração do fluxo de atendimento especializado, envolvendo o Conselho Tutelar, as Políticas de Saúde, de Assistência Social e a Educação, como possíveis portas de entrada na revelação e como espaços da escuta especializada e que antecedem a entrada da denúncia no sistema de Segurança e Justiça, com delegacia de polícia, Instituto Médico Legal, o Ministério Público, o Poder Judiciário, aonde deve ocorrer o depoimento especial.

A implantação desta normativa inaugura um novo olhar sob a criança e o adolescente, trazendo desafios para uma escuta compassiva, empática, mediada por uma atenção qualificada e que favoreça um ambiente acolhedor, de diálogo, apaziguador. É um novo olhar e uma nova prática, que suscitam uma nova metodologia no atendimento, na qual a autora encontra possíveis pontes com os princípios das práticas restaurativas, que ganham força no Brasil e no mundo, pautando um modelo sistêmico e uma comunicação não violenta, que resgata valores humanos, práticas de cuidado e uma escuta empática.

Na presente pesquisa, debruçamo-nos na compreensão da escuta especializada de crianças e adolescentes vítima de violência sexual na rede de proteção, onde a escuta precisa seguir protocolos específicos e uma metodologia de intervenção que delimite o papel de cada um dos atores que atendem a criança, procurando não repetir escutas desnecessárias ou que firam o melhor interesse da criança e do adolescente.

Essa prática vai de encontro a um histórico empregado em muitos atores sociais, onde muitas vezes a criança e o adolescente se vêem enredados num “pacto de silêncio”, orquestrado pelos adultos e, quando a revelação acontece, o constrangimento, a vergonha, o medo e a culpa, pelas possíveis consequências na família ou junto ao suposto agressor, que muitas vezes é da família, retrai a criança que volta a silenciar ou negar o ocorrido, comprometendo a garantia de seus direitos e inviabilizando a apuração do processo, avolumando o número de inquéritos inconclusos e impunes. Dessa forma, contraditoriamente, a demanda pela escuta que deveria ser um reconhecimento à criança, enquanto sujeito de fala, acaba por aguçar seu sofrimento.

O caminho da proteção de crianças e adolescentes que sofrem essa e outras formas de violência, passa pela denúncia e pelo atendimento junto aos órgãos competentes, como resultado

de sua fala ou do flagrante do crime, o que requer uma série de medidas protetivas e a instalação de um processo judicial, que cesse a violência, mas que garanta os cuidados com sua saúde física, psicológica, social e educacional, de forma integrada, na chamada rede de proteção.

A escuta da revelação da criança e seus desdobramentos na rede de proteção, exige do adulto/ouvinte abertura e sensibilidade para uma interação que possibilite uma escuta cuidadosa, visando sua proteção. Essa postura de abertura para o diálogo, de forma empática, cria a possibilidade da revelação das vivências e dos sentimentos da criança e do adolescente, do encontro dialógico.

Pelizzoli (2016 p. 30) enfatiza que o primeiro fundamento para o diálogo é o ouvir, ao qual denomina escuta plena. A quebra do silêncio e a escuta da vítima da violência sexual, numa visão sistêmica de atenção a seus direitos, abre um novo campo de intervenção e de possibilidades, articulando a rede de proteção, para além de uma escuta técnica; favorecendo o ingresso desta nos serviços, criando condições a ressignificação desta experiência dolorosa, podendo possibilitar a saída da posição de vítima para protagonista de sua história.

É um novo olhar e uma nova prática, que suscitam uma nova metodologia no atendimento, na qual a autora encontra possíveis pontes e intersecções com os princípios da comunicação não violenta, proposta por Marshall Rosenberg (2006); com a pedagogia dialógica, de Paulo Freire (1996); e com a abordagem centrada na pessoa, de Carl Rogers (1987), por fornecerem um suporte teórico e uma prática que enfatizam escuta empática e o diálogo como condição essencial ao encontro entre dois seres humanos, fornecendo possíveis caminhos para o empoderamento dos sujeitos e a ressignificação da violência.

A análise também se pauta num aporte multidisciplinar, buscando apoio na Psicologia sócio-histórica, com o psicólogo Vygotsky (2007), que afirma que o desenvolvimento humano se dá por meio das relações sociais, trazendo a importância da linguagem, do pensamento e do diálogo como elementos fundantes nos processos educativos.

Por ainda se encontrar na fase de coleta de dados, pretendemos trabalhar os conteúdos coletados, utilizando o método de análise proposto por Laurence Bardin (2011), segundo a qual a função primordial da análise de conteúdo é o desvendar crítico da experiência e dos conhecimentos presentes nos atores do campo empírico pesquisado. Segundo a autora, uma análise de conteúdo não deixa de ser uma análise de significados, mas se ocupa de uma descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo extraído das comunicações e sua respectiva interpretação. Ademais, Bardin estabelece reflexões acerca da linguística, por conter um objeto comum, a linguagem.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os resultados desta investigação podem fornecer ampla contribuição à área da infância e adolescência, por trazer a foco um problema de grave repercussão pessoal e social e cujas alternativas criadas ainda desafiam o SGDH. Propõe ainda lançar luz a fala e a escuta de crianças e adolescentes, questionando em que medida ocorre o protagonismo, que novas abordagens têm sido geradas no âmbito do atendimento especializado, avançando na direção dos novos paradigmas, que articulem essa prática aos princípios das práticas restaurativas, humanizadoras, numa visão sistêmica, que pode apontar caminhos para uma escuta mais cuidadosa e compassiva.

Os resultados da pesquisa serão compartilhados e validados junto às instâncias envolvidas, servindo de subsídio a novas práticas protetivas, apoiando a continuidade das ações locais e

oferecendo um aporte teórico e metodológico para o fortalecimento dos organismos do poder público e da sociedade civil na garantia dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. tradução de Dora Flaksman. RJ, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Artigo publicado na Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2016.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A inquirição da vítima de violência sexual intrafamiliar à luz do melhor interesse da criança** in Falando sério sobre a escuta de crianças e adolescentes envolvidos em situações de violência e a rede de proteção. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2009.

BARDIN, L. (2011). **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70

BRASIL. **Lei Federal n. 8.069 de 13 de julho de 1990**: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. **Lei 13.431/2017**, que estabelece o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Víctima ou Testemunha de Violência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm). Acesso em 22 ago. 2019.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPUBLICA. **Decreto no. 9.603/2018** que regulamente a Lei 13.431/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm). Acesso: 22 ago. 2019.

COHEN, Cláudio. **O incesto um desejo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993.

CONGRESSO DE ESTOCOLMO. **Relatório do Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças**. Suécia: UNICEF, ECPAT e Grupo de ONGs para a Convenção dos Direitos da Criança, 1996.

COSTA, Cláudio, H. **A violência sexual doméstica e a perspectiva da proteção integral**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2004. (Não publicada).

CHILDHOOD BRASIL. **Centros de Atendimento Integrado a Crianças e Adolescentes vítimas de violências**: Boas práticas e recomendações para uma política públicas de Estado. São Paulo: 2017.

CHILDHOOD BRASIL. **Atendimento Integrado a crianças vítimas ou testemunhas de violência no planejamento plurianual dos municípios brasileiros – 2018-2021**. Implementando a Lei 13.4431/2017. São Paulo. 2017

FALEIROS, Eva. **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e de adolescentes**. Brasília: Thesaurus, 2000.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 34ª edição, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1996.

GHIRALDELLI, Paulo Júnior. **As concepções de infância e as teorias educacionais modernas e contemporâneas**. Disponível em: [www.filosofia.pro.br/textos/infancia.htm](http://www.filosofia.pro.br/textos/infancia.htm). Acesso em: 3 maio, 2002.

HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância**: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente. Porto Alegre: Artmed, 2004.

LEAL, M. L. P. **A mobilização das ONGs no enfrentamento a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no Brasil**. Tese. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001.

- LIBÓRIO, R. M. C. **Desvendando vozes silenciadas:** adolescentes em situação de exploração sexual. Tese (Doutorado em Psicologia). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2003.
- MARQUES, M. S. **A escuta do abuso sexual:** o psicólogo e o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, sob a visão da psicanálise. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo, 2006.
- MIRANDA, Humberto (Org.). **Crianças e Adolescentes do tempo da assistência à era dos direitos.** ED. Universitária UFPE, Recife, 2010
- OUTERIAL, J. **Adolescer** – Estudos revisitados sobre a adolescência. Rio de Janeiro. REiventer. 2003.
- PELLIZOLI, Marcelo L. **Justiça Restaurativa:** Caminhos da pacificação social. Caxias do Sul, RS: Ed. UFPE, 2016.
- RIZZINI, Irene. **O Século Perdido:** Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil. Ed. Universitária Santa Úrsula e Amais L. e Editora, R. De Janeiro, 1997.
- RIZZINI, Irene. **A institucionalização de crianças no Brasil:** percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: São Paulo, 2004.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta:** Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.
- SANTOS, Benedito R. et al. **Crianças e Adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual:** Metodologias para a tomada de depoimento especial. Appris Editora: São Paulo, 2017.
- SANTOS, B. R. **A emergência da concepção moderna de infância e adolescência** - mapeamento, documentação e reflexão sobre as principais teorias. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC/SP (dissertação de mestrado em Ciências Sociais, Antropologia), 1996.
- VYGOTSKY, Lev Semyonovich. **O instrumento e o símbolo no desenvolvimento da criança.** In: VYGOTSKY, L. S.. A formação Social da mente. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 7ª ed.





# GP 34

O IMIGRANTE E OS INSTITUTOS JURÍDICOS  
DE PROTEÇÃO HUMANITÁRIA À LUZ DA  
TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

**Coordenação:**

Cynara de Barros Costa (UEPB/UFCG)

Dayse Amâncio dos Santos Veras Freitas (UFPE)



## APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE NON-REFOULEMENT AO INSTITUTO DO ASILO DIPLOMÁTICO

**Jeovane Torres de Souza**

Graduando em Direito (UNEB)

**Vanessa Héllen Antunes de Menezes**

Graduanda em Direito (UNEB)

### INTRODUÇÃO

Durante o período que compreende o pós-guerra e a Guerra Fria, observou-se um quadro de fortalecimento do instituto do asilo, o que não se sustentou no início do presente século, devido às crises migratórias recentes e seus reflexos nos interesses dos países que compõem a Europa Ocidental (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, p. 512). Diante disso, tal instituto tem sido objeto de debates em nível internacional, sobretudo quanto à sua modalidade extraterritorial, uma vez que, ao contrário do territorial, o asilo diplomático não possui consenso geral quanto à sua validade. À vista de tais discussões, destaca-se a América Latina como precursora da regulamentação desta modalidade, sendo possível observar importantes menções ao assunto em convenções e pactos latinoamericanos. Nesse sentido, notabiliza-se especialmente a Convenção de Caracas (1954), a qual versa especificamente sobre o tema (REZEK, 2011, p. 252).

No entanto, na medida em que não é aceito completamente em âmbito geral, o asilo diplomático ainda enfrenta adversidades quanto à sua aplicação, o que se intensifica ao se considerar a escassa legislação acerca da questão. Nesse sentido, a posição crítica sobre a legitimidade dessa modalidade de asilo se baseia no fato de que a acolhida acontece ainda no território do Estado originário, o que significaria ingerência indevida na soberania deste país, provocando, assim, insegurança jurídica quanto aos direitos do asilado (VARK, 2012).

Nessa perspectiva, serão analisados elementos influenciadores ao desenvolvimento da problemática, principalmente no que tange à soberania estatal e suas implicações na tomada de decisões pelo Estado asilante, partindo da premissa de que este princípio não mais pode ser considerado como critério absoluto (TRINDADE, 2006, pp. 109-110), baseando-se, para tanto, em bibliografia específica relacionada ao tema. Além disso, será analisada a regulamentação latinoamericana pertinente, interpretando-se normas trazidas pelas Convenções e sua aplicabilidade no contexto do asilo diplomático.

Para além dos fatores acima citados, observa-se uma mudança nas diretrizes do sistema normativo Internacional, o qual passou a receber influência direta dos Direitos Humanos, de

forma a serem ampliados os direitos e deveres do indivíduo, alterando a posição deste no Direito Internacional (TRINDADE, 2012).

Como questão central da discussão aduzida, tem-se a vedação à devolução do asilado ao país perseguidor, o denominado princípio de *non-refoulement* (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, p. 512), buscando-se a compreensão acerca de sua influência sobre o direito subjetivo nos casos de concessão de asilo diplomático.

## **PANORAMA GERAL SOBRE O INSTITUTO DO ASILO E SUAS ESPÉCIES**

O asilo passou por diversas concepções ao longo da história. Quanto à sua gênese, compreende-se que esta ocorreu no mundo greco-romano, primeiramente com características religiosas na Grécia Antiga e, posteriormente, como um instituto de cunho jurídico no Império Romano. No entanto, ao longo da era medieval, observa-se um processo de recuo da abrangência do asilo, restringindo-se então ao ambiente eclesiástico e aos cemitérios. Com a eclosão da Reforma Protestante e suas consequências sociais, o instituto em comento volta a ser percebido como instrumento de proteção a indivíduos em condição de perseguição por algum ente estatal (JUBILUT, 2007, p. 37).

Além do mais, a Revolução Francesa também pode ser concebida como um marco essencial para o renascimento e fortalecimento do instituto na história recente (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, pp. 510-511). Acerca das implicações desse período histórico para a consolidação do asilo, pode-se acrescentar a inversão na caracterização do sujeito a ser protegido, uma vez que, sob a égide dos estados absolutistas, os indivíduos acusados do cometimento de crimes políticos não eram contemplados com tal proteção, enquanto que a maioria dos asilados eram os denominados “criminosos comuns”. Com as transformações decorrentes da referida revolução, o asilo deixou de ser concedido aos imputados por crimes comuns, passando a ter como escopo o acolhimento dos sujeitos qualificados por questões políticas (JUBILUT, 2007, p. 38).

Nesse sentido, essa distinção entre delitos de natureza comum e de cunho político é essencial para compreender o asilo nos moldes contemporâneos, uma vez que tal diferenciação demonstra o aspecto humanitário do asilo, bem como sua não sujeição ao critério de reciprocidade (MAZZUOLI, 2015, p. 820). Isto pode ser explicado em duas frentes, primeiro na extensão espacial, uma vez que, ao contrário do que acontece no caso de crimes comuns, o bem violado pelo delito político ou ideológico não possui tutela universal, devido à variedade de regimes políticos existentes (REZEK, 2011, p. 250), o outro aspecto é que a caracterização de determinado ato como crime político está sujeita à uma tipificação que geralmente não se prolonga no tempo, visto que tal caracterização pode ser extinta com o rebrandamento de mudanças no seio governamental do país perseguidor, como explicita Fraga, apud Mazzuoli (2015, p. 820).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao versar sobre o asilo, consagra o impedimento de sua concessão àqueles imputados por crimes de natureza comum, e ainda acrescenta vedação aos indivíduos que infringirem os objetivos e princípios da referida organização intergovernamental (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, p. 511).

Por conseguinte, pode-se conceituar asilo como a acolhida prestada por um Estado a determinado sujeito, o qual se encontra em situação de risco por perseguição provocada por outro país, comumente a sua terra natal, por pretextos de natureza política ou ideológica (REZEK, 2011, p. 250). Segundo Mazzuoli (2015, p. 820), além do intuito principal de conceder proteção ao

indivíduo que está exposto à perseguição estatal, este instituto também possui o objetivo de cooperar com a pacificação social do país originário.

O asilo costuma ser dividido em duas principais espécies, territorial e diplomática, as quais estão intrinsecamente relacionadas com os conceitos de soberania, território e jurisdição. A supramencionada referência normativa, constante na DUDH, diz respeito especificamente à modalidade territorial, a qual pode ser identificada como a forma consumada do asilo, consistindo na proteção garantida pelo Estado à pessoa estrangeira, em perigo por causas políticas, que se encontra dentro dos seus limites territoriais. Como demonstra a própria legitimação presente na carta das Nações Unidas, o asilo territorial possui aceitação bastante ampla entre os estados soberanos, sendo assim a espécie mais costumaz desse instituto (REZEK, 2011, p. 250).

Em relação ao asilo diplomático, este se caracteriza como uma forma provisória e precária do asilo territorial (MAZZUOLI, 2015, p. 822). Tal modalidade pode ser concebida no sentido de uma exceção à competência territorial de um estado (REZEK, 2011, p. 251), como também o exercício da soberania de outro país em alguma extensão de seu território, além de suas fronteiras físicas (JUBILUT, 2007, p. 38).

O aspecto inviolável das repartições diplomáticas pode ser citado como uma causa do surgimento desse tipo de asilo (BROTÓNS et al., 2010, p. 585), mas esse instituto também pode ocorrer, a título de exemplo, nas residências oficiais amparadas pela mesma inviolabilidade e também nos navios de guerra (REZEK, 2011, p. 252). Entende-se que, pelo disposto na Convenção de Caracas, o asilo extraterritorial não pode se dar nos estabelecimentos consulares, posição que é contestada por Mazzuoli (2015, p. 824), o qual argumenta que uma limitação do instituto apenas às embaixadas pode tornar inviável a busca por asilo, principalmente em países de grande extensão territorial.

Devido à sua dimensão transitória, o asilo diplomático pode gerar algumas distorções, como a estadia prolongada do asilado no interior da unidade diplomática que lhe concedeu o benefício. Sobre isso, cabe trazer a problemática existente na diferenciação entre crimes comuns e políticos, dado que o Estado territorial pode alegar que o sujeito se trata de um criminoso comum, enquanto que o país asilante não está vinculado a tal classificação e pode titular o indivíduo como alguém em condições de perseguido político. Por conseguinte, evidencia-se a importância de o Estado protetor deter a prerrogativa de qualificar a situação do potencial asilado, bem como a obrigação imposta ao país perseguidor de garantir o salvo conduto do indivíduo em questão, norma impositiva que está presente na Convenção de Caracas (BROTÓNS et al., 2010, pp. 585-586).

Ao passo que, na maior parte dos países do globo, essa variação do instituto em estudo encontra resistência, no contexto latinoamericano há respaldo tanto na prática consuetudinária, quanto em diversas tratativas internacionais acordadas na região. Nesse sentido, a aceitação e regulamentação do asilo diplomático pela América Latina pode ser explicada pelo seu histórico de crises institucionais e de conflitos políticos (REZEK, 2011, p. 251).

## **A CONSOLIDAÇÃO DO ASILO DIPLOMÁTICO EM CONVENÇÕES LATINOAMERICANAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO SUBJETIVO**

A América Latina tornou-se referência no que tange ao instituto do asilo e sua regulamentação, especialmente quanto à modalidade diplomática (VARK, 2012), uma vez que foram elaboradas, nesse âmbito, diversas Convenções internacionais sobre o tema, ressaltando-se a Convenção de Havana (1928), de Montevideo (1933) e de Caracas (1954), além do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto de San José da Costa Rica (1969).

Destaca-se, nesse cenário, a Convenção de Caracas, nomeada Convenção sobre Asilo Diplomático, cuja importância se evidencia ainda mais ao se observar que foi direcionado tratamento específico a este instituto.

Nesse sentido, considerando-se tais normatizações, foram concretizados alguns dos direitos e deveres aplicáveis ao asilado e ao Estado que venha a conceder o asilo. No entanto, o que ainda se vê, sobretudo devido à amplitude atribuída à soberania estatal, é uma restrição ou, por vezes, violação de direitos que deveriam ser compreendidos como inerentes ao asilado, devido à sua função de garantir a prevalência dos direitos humanos e segurança do indivíduo.

Cabe, contudo, a análise primária de alguns dos dispositivos referentes à matéria. Salienta-se, assim, o Artigo V, da Convenção sobre Asilo Diplomático (1954), segundo o qual:

O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança.

Da norma em comento, pode-se observar que, mesmo se tratando de um instituto temporário, o asilado somente poderá sair da condição em que se encontra caso se mostrem protegidas todas as garantias a ele concedidas, a fim de que sejam resguardados todos os seus direitos. Assim, depende-se que deverá ser mantido o asilo, ainda que possua caráter temporário, enquanto estiverem ameaçados externamente os direitos do indivíduo. A essa perspectiva, agrega-se o Artigo XI da referida Convenção, o qual estabelece que, caso o Estado opte pela remoção do indivíduo asilado, será garantido o estabelecido no Artigo V, bem como concedido o salvo-conduto (GARCIA, 2013), documento que visa a salvaguardar a locomoção do indivíduo de forma segura.

Por fim, ratifica tal entendimento o Artigo XVII, garantindo expressamente que “Efetuada a saída do asilado, o Estado asilante não é obrigado a conceder-lhe permanência no seu território; mas não o poderá mandar de volta ao seu país de origem, salvo por vontade expressa do asilado”. Dessa forma, infere-se que a devolução ao país perseguidor não deve sequer constituir uma possibilidade a ser adotada pelo Estado que concede o asilo, excetuando-se o caso legalmente previsto, uma vez que se deve prezar, sobretudo, pela proteção aos direitos do asilado, considerando-se a vulnerabilidade deste no cenário em que se encontra.

## **RELAÇÃO ENTRE O ASILO E A SOBERANIA ESTATAL**

Inicialmente, é necessário fazer alusão à dimensão trina da soberania, uma vez que esta não se limita ao controle autorregulado de um Estado em sua extensão territorial, mas também está relacionada com a autoridade do ente estatal sobre os seus nacionais e, ainda, é um guia para as relações interestatais (BROTÓNS et al., 2010, p. 89).

Por conseguinte, a concessão do asilo, ao mesmo tempo em que surge no espaço de proteção do indivíduo, também se apresenta como um ato concessivo do Estado, o que conecta as discussões sobre tal instituto com a noção de soberania estatal, seja em relação à discricionariedade do país asilante quanto à acolhida do indivíduo, seja no que concerne à possível ingerência de uma outra nação nas ações soberanas do país territorial, tratando-se da concessão de asilo diplomático. Dessa forma, percebe-se como a interligação entre asilo e soberania tem sido utilizada para a negação da existência de um direito subjetivo a tal proteção (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, p. 512).

O conceito de soberania encontra relevante previsão nos textos positivos relacionados à comunidade internacional, sendo basilar desde o tratado fundador das Nações Unidas, até o documento instituidor da Organização dos Estados Americanos, funcionando como pilar também nas tratativas jurisprudenciais em matéria internacional (REZEK, 2011, p. 260). Nesse sentido, ocupando o princípio da igualdade soberana dos estados papel tão primário no Direito Internacional, compreende-se o porquê de sua constante correlação com o refúgio político, o que pode ser percebido inclusive na DUDH que, ao dispor sobre o asilo, apesar de mencionar o direito de busca por esta proteção, opta por não se posicionar sobre a existência da obrigação de sua concessão por parte dos Estados (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011, p. 511).

Entretanto, apesar da importância da soberania para o regulamento internacional, não se pode mais conceber tal princípio como dotado de uma natureza absoluta, dado que uma visão nesses moldes é incompatível com o próprio Direito (BROTÓNS et al., 2010, p. 89). Inclusive, tem-se percebido uma maior relativização da soberania no tratamento do asilo, como demonstra a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que institui aos Estados o dever de sua concessão, significando um passo importante na ampliação das garantias do asilado (JUBILUT, 2007, p. 39).

A relativização desse princípio surge da necessidade de reformulação das diretrizes do sistema internacional, visto que o paradigma anterior de soberania irrestrita não foi capaz de impedir as diversas violações aos direitos humanos presenciadas ao longo do último século (TRINDADE, 2006, p. 111).

## **A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL E SEU REFLEXO NA CONSIDERAÇÃO DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE D.I.**

Após a segunda guerra mundial, devido às atrocidades então realizadas, sobreveio um período de intenso desenvolvimento dos direitos humanos, os quais anteriormente existiam como princípios e normas trazidos pela Revolução Francesa, que, no entanto, possuíam uma observância mínima na prática, tendo em vista que eram considerados como critérios a serem analisados por cada Estado, de forma que estes determinariam o nível e a forma de aplicabilidade de tais direitos. Diante dessa conjuntura, foi criada a Carta das Nações Unidas, em 1945, visando a uma mudança da atuação e colaboração internacional, em face dos eventos ocorridos. No entanto, apesar de buscar a paz, o progresso e a cooperação entre os Estados, a Carta não veio a se ocupar diretamente dos Direitos Humanos, fator que suscitou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, uma vez que tal regramento passou a ser considerado imprescindível (TAIAR, 2009).

Dessa forma, diante da sua relevância, sobretudo em face do contexto em questão, o Direito Internacional passou a direcionar um olhar específico à matéria, de forma que, a partir da DUDH, foi desenvolvido o Direito Internacional dos Direitos Humanos (TAIAR, 2009). Essa transição é bem definida por Flávia Piovesan (2013, p. 205):

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e

declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A partir dessa normatização, iniciou-se o processo de ampliação e aplicabilidade direta dos Direitos Humanos, influenciando a elaboração das novas constituições, no âmbito do Direito interno, e a forma de atuação na esfera do Direito externo, uma vez que o DIDH passou a ser fundamento basilar para o Direito Internacional contemporâneo. Tal processo se intensificou ainda mais, pois passou a ser analisado partindo do ponto de vista global, não mais da perspectiva estatal, desencadeando a crítica à soberania absoluta, tendo em vista a prevalência dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, pp. 191-195). Nesse sentido, defende TAIAR (2009):

Trata-se, portanto, de uma “forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano”. Por isso, “em sua real dimensão”, deve ser concebido como “um libelo contra toda e qualquer forma do totalitarismo”. Na interpretação de Guilherme Assis de Almeida, os trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, têm por escopo dois pontos essenciais que se complementam mutuamente: a) incrustar o respeito da dignidade da pessoa humana na consciência da comunidade universal e b) evitar o ressurgimento da idéia e da prática da descartabilidade do ser humano.

Em face das mudanças trazidas pela regulamentação internacional dos Direitos Humanos, observou-se uma alteração na forma que se dão as relações internacionais. Na concepção clássica do Direito Internacional, consideram-se sujeitos de D.I os Estados e as Organizações Internacionais, excluindo-se, assim, os indivíduos (REZEK, 2011). Ocorre que, diante do novo cenário, passou-se a se considerar também como sujeitos os próprios indivíduos, fator que se justifica devido à ampla gama de direitos e deveres estabelecidos, conduzindo diretamente a uma maior responsabilidade e participação destes em âmbito internacional, de forma que as relações existentes em âmbito global passaram a ir além das limitações estatais, considerando, de forma imediata, o indivíduo (TAIAR, 2009).

Nesse seguimento, argumenta Cançado Trindade (2012) que

Todo o novo corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de ser construído em torno dos interesses superiores do ser humano, independentemente de seu vínculo de nacionalidade ou de seu estatuto político. Daí a importância que assume, nesse novo direito de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo, como sujeito do direito tanto interno como internacional. A aplicação e expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, vem a repercutir, não surpreendentemente, e com sensível impacto, nos rumos do Direito Internacional Público contemporâneo.

Na mesma toada, para Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Souza Junior (2016)

(...) isto constitui uma importante quebra nas versões tradicionais da teoria geral do estado, e das relações internacionais. De um lado, a afirmação desta titularidade supra estatal rompe com as rígidas fronteiras da soberania, sobretudo no que diz respeito ao monopólio do direito e da força que o Estado possuía em relação à sua população. De outro lado, institui-se também uma alteração no âmbito da política internacional, na medida em que o indivíduo, os sujeitos coletivos de direito e as organizações da sociedade civil passam a constituir-se enquanto agentes que atuam e são protegidos no cenário internacional, para além e até mesmo contra os Estados, que eram considerados os únicos atores reconhecidos no âmbito das relações internacionais.

Vê-se, assim, com base nos novos moldes adotados pelo Direito Internacional, devido à influência exercida sobre este pelos Direitos Humanos, que não mais pode prevalecer a exclusão do indivíduo do rol dos sujeitos de D.I, tendo em vista a ampliação de direitos e deveres a ele concedidos, bem como a desconsideração da soberania absoluta estatal.

## O PRINCÍPIO DE NON-REFOULEMENT COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS DO ASILADO

Sob a égide do princípio de *non-refoulement*, vigora a proibição, imposta ao Estado receptor, de recondução da pessoa em busca de proteção ao arbítrio do Estado agressor, ou mesmo a um terceiro país onde, pelos motivos que ensejaram a sua fuga, o indivíduo ainda estaria em perigo (JUBILUT, 2007, p.86).

Por conseguinte, apreende-se que a garantia de não-devolução surge como uma limitação de caráter crucial às prerrogativas soberanas do Estado, uma vez que detém uma posição consolidada como norma principiológica tanto nas práticas costumeiras interestatais, quanto na regulamentação internacional, como atesta a sua previsão na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, reforçada ainda pela vedação à formulação de reservas quanto ao Artigo 33 do referido documento, o qual versa especificamente sobre este princípio (BROTONS et al., 2010, p. 788).

Nesse sentido, devido ao grau alcançado de estabilidade consuetudinária e da restrição existente quanto à sua derrogação, pode-se auferir que o *non-refoulement* apresenta as características de uma norma *jus cogens* no plano internacional (ALLAIN, 2001), isto é, um preceito que possui cunho imperativo, de cujo cumprimento os Estados não podem se eximir (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011).

Sobretudo, apesar do princípio em comento despontar inicialmente dentro do contexto do direito dos refugiados, não seria por tal razão que o mesmo não se aplicaria ao asilo diplomático, visto que a própria divisão entre os conceitos de asilo e refúgio não se reveste de uniformidade na produção doutrinária e normativa em matéria internacional. Ademais, os dois institutos possuem essencialmente o mesmo desígnio, consistente na salvaguarda do sujeito em situação de perigo por perseguição comumente perpetrada pelo Estado (JUBILUT, 2007, p. 36).

Nessa acepção, cabe trazer à discussão parte do conteúdo das Convenções de Caracas, especialmente as disposições sobre o asilo diplomático, com o escopo de verificar o impacto do princípio aludido nas garantias de proteção da pessoa asilada.

Quanto ao texto que versa sobre a modalidade territorial, no seu Artigo III se encontra o impedimento quanto à entrega destes indivíduos em perigo por motivações políticas. Especificamente quanto ao acordo oficial acerca da espécie extraterritorial, a despeito do teor do seu Artigo II - que dispõe que o Estado não é obrigado a conceder o asilo diplomático -, verifica-se que, uma vez concedido o benefício, os atos do país asilante devem ter como objetivo preservar a integridade daquele a quem foi conferido a benesse, o que inclui a sua não-devolução ao país perseguidor. Tal preponderância do princípio de *non-refoulement* pode ser verificada desde o Artigo V da citada convenção, que estabelece que o asilo diplomático deve durar o tempo necessário para que sejam asseguradas as garantias do refugiado político, como também no Artigo IX, que dispõe sobre o respeito à decisão da autoridade asilante de manutenção do asilo e menciona inclusive a exigência de salvo-conduto para o protegido, o que é corroborado pelo Artigo XI, que afirma que o Estado originário poderá exigir que o indivíduo deixe o seu território, desde que forneça as devidas garantias, mas sem fazer nenhuma menção à qualquer hipótese de devolução. Por sua vez, o dispositivo seguinte se posiciona sobre o pedido do Estado asilante de egresso do asilado para território estrangeiro, enfatizando a obrigação do Estado territorial de atuar em cooperação.

Em continuidade ao exame da influência do princípio de *non refoulement* nas disposições da Convenção de Caracas e seus reflexos na esfera protetiva do asilado, observa-se o Artigo XIV, que se refere aos casos em que ocorre o prolongamento da estadia do indivíduo no órgão



diplomático que o acolheu, por motivos de recolhimento de informações para julgar a procedência do pedido e também pela preservação da segurança do asilado, isentando o Estado asilante de culpa quanto ao postergamento necessário.

Ainda, o peso da garantia de não devolução é observado de forma evidente no conteúdo dos artigos XVI, XVII e XIX. A primeira norma referida determina a proibição de desembarque do asilado em qualquer ponto do Estado Territorial ou em lugar próximo a este, exceptuando-se as necessidades de transporte. O segundo dispositivo citado estabelece que, após a condução do indivíduo para fora dos domínios do Estado perseguidor, apesar de não haver obrigação por parte do Estado asilante de manter o sujeito perseguido em seu território, o refugiado político não poderá ser enviado de volta ao país originário, com exceção de sua concordância manifestada de maneira expressa. Já em relação ao artigo XIX, que menciona a situação extrema de quebra das relações diplomáticas, observa-se que as medidas a serem tomadas têm como finalidade evitar a entrega de eventual asilado ao Estado territorial, conforme se verifica a seguir:

Se por motivo de ruptura de relações, o representante diplomático que concedeu asilo tiver de abandonar o Estado territorial, sairá com os asilados.

Se o estabelecido no parágrafo anterior não fôr possível por causas independentes da vontade dos mesmos ou do agente diplomático, deverá entregá-los à representação diplomática de um terceiro Estado, com as garantias estabelecidas nesta Convenção.

Se isto também não fôr possível, poderá entregá-los a um Estado que não faça parte desta Convenção e concorde em manter o asilo. O Estado territorial deverá respeitar êsse asilo.

Da análise dos dispositivos constantes nas Convenções realizadas em Caracas sobre o Asilo Territorial e Diplomático, apesar de os referidos documentos versarem ainda sobre o asilo do ponto de vista estatal, depreende-se que o princípio estudado funciona como ponto basilar para a própria efetividade deste instituto.

## CONCLUSÃO

O processo de estruturação do asilo pode ser compreendido como um reflexo das transformações ocorridas no próprio plano social. Isso pode ser apreendido pelo peso da vontade estatal nas tratativas sobre o assunto durante o século passado, fruto de um Direito Internacional refém da soberania com viés absoluto, assim como pode ser verificado pelo estudo da modalidade extraterritorial deste instituto, uma vez que as convulsões políticas e sociais ocorridas na América Latina ensejaram um maior desenvolvimento e aceitação do asilo diplomático nessa porção geográfica.

Nesse sentido, com a expansão da influência dos Direitos Humanos sobre o Direito Internacional Público, ocorre uma quebra de paradigma no sistema internacional, onde a dignidade da pessoa humana tende a ocupar um papel central, provocando o resgate da noção de indivíduo como sujeito de direitos e deveres no campo jurídico internacional. Tal perspectiva possui o condão de reformular o modo de abordagem de institutos de proteção como o asilo, dado que, se a finalidade do refúgio político é humanitária, deve-se ter o indivíduo asilado em ênfase, não mais persistindo a visão com enfoque nas relações interestatais, onde a pessoa é reduzida a mero objeto.

Em suma, buscou-se analisar os dispositivos da Convenção de Caracas a partir dessa visão, com enfoque no princípio de *non-refoulement* como instrumento internacional de resguardo da pessoa a mercê de proteção, concluindo-se que tais normas devem ser interpretadas com o escopo de evitar a devolução do asilado ao Estado algoz, tendo em vista que o enfraquecimento das garantias trazidas pela vedação ao *refoulement* anula a própria eficácia do instituto do asilo.

Nesse sentido, uma vez verificado pelo Estado asilante que não há mais o interesse em manter a proteção outrora concedida, este não pode se inserir na cadeia de violações ao asilado, devendo buscar meios para garantir a dignidade do sujeito perseguido, como a possibilidade de enviá-lo para um terceiro Estado que esteja disposto a acolher o indivíduo sob persecução política (JUBILUT, 2007, p. 94).

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALLAIN, Jean. **The jus cogens nature of non-refoulement**. International Journal of Refugee Law, v. 13, n. 4, p. 533-558, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/13/4/533/1516189>. Acesso em: 28 set. 2019.

BROTÓNS, Antonio Remiro et al. **Derecho internacional: curso general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GARCIA, Virginia Nogueira. **Caso Roger Pinto Molina: da concessão do asilo à obrigatoriedade do salvo-conduto**. 2013. 47p. Universidade de Brasília. Brasília. 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Uma discussão da relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos Direitos Humanos**. 321p. Tese de Doutorado. Área de concentração: Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Os indivíduos como sujeito do Direito Internacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, vol. 12, número 12, p. 23-58, dez. 2012. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/203>. Acesso em: 28 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

VARCK, René. **Diplomatic Asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange**. 2012. Sisekaitseakadeemia Toimetised, Vol. 11 (2012). 240-257. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2693958>. Acesso em: 27 set. 2019.



**Coordenação:**

Ana Cláudia Pinho (UFPA)

André Carneiro Leão (FADIC)

Manuela Abath Valença (UFPE/UNICAP)



## ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA FEDERAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

**Ana Beatriz Silva Sena**

Graduanda em Direito (UNICAP)

### INTRODUÇÃO

É relevante compreender que a implementação das audiências de custódia no Brasil fez com que houvesse o cumprimento às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no tocante aos direitos da pessoa detida, retida ou encarcerada. Tais dispositivos internacionais foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos Decretos nº 678/92 e nº 592/92, respectivamente. Não foi criada, entretanto, legislação que versasse sobre esse procedimento. Atualmente, por sua vez, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei que propõe a introdução das audiências de custódia no Código de Processo Penal.

No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se sobre o tema na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Nessa ação havia a solicitação de providências para a crise prisional brasileira e o Supremo Tribunal Federal deferiu cautelar determinando a realização, em até 90 dias, das audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, em até 24 horas – contados do momento da prisão.

Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução 213/2015 que dispõe sobre as audiências de custódia e estabelece regras gerais, diante da ausência de regulamentação legal. A partir dessa resolução, houve a implementação das audiências de custódia nos estados brasileiros.

Verifica-se que as audiências de custódia são um projeto fundamental para a redução da violência institucional, uma vez que possibilitam o contato direto do preso em flagrante com um juiz, logo após sua prisão, possibilitando a verificação da legalidade dessa; da prática da tortura, na medida em que um de seus fins princípios consiste na apuração de casos de tortura ao preso; e do encarceramento provisório, tendo em vista a possibilidade de concessão de cautelares penais alternativas à prisão.

O estado de Pernambuco detém uma das maiores taxas de encarceramento preventivo e foi um dos primeiros estados a adotar as audiências de custódia no plano estadual, a partir da resolução de nº 380, de 10 de agosto de 2015, do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Já no âmbito da justiça federal, foi editada a resolução de nº 04 pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do qual a subseção judiciária do Recife faz parte, em 16/03/2016, na qual foram detalhados

os procedimentos para a realização da audiência de apresentação do preso à autoridade judicial, dando início à implementação das audiências de custódia na justiça federal da seção judiciária de Pernambuco.

Observa-se, contudo, que, embora sigam em geral as mesmas regras de procedimento, há diferenças de ordem prática a exemplo do volume de casos levados à estrutura judiciária, bem como outras particularidades como o tipo de delito cometido, a situação socioeconômica do preso, a atuação dos magistrados, da defesa e da acusação, entre outras questões, que diferenciam a prática penal no judiciário estadual e no federal.

Tendo em vista a existência dessas expressivas peculiaridades na dinâmica de funcionamento da justiça estadual e da justiça federal, propõe-se uma análise comparativa da implementação das audiências de custódia no âmbito da justiça estadual e no âmbito da justiça federal e, sugere-se, ainda, algumas reflexões críticas sobre as práticas observadas nesses primeiros anos de materialização desse procedimento.

## **OBJETIVO**

### **Objetivo Geral**

Analisar a implementação das audiências de custódia no âmbito da justiça federal e traçar um comparativo com a aplicação desse procedimento na justiça estadual.

### **Objetivos específicos**

Acompanhar audiências de custódia no âmbito da justiça federal e da justiça estadual;

Verificar o cumprimento da resolução número 213 do ano de 2015 do Conselho Nacional de Justiça por parte dos magistrados;

Analisar os casos penais que são conduzidos às audiências de custódia realizadas na seara federal e estadual, atentando para o tipo de crime, perfil socioeconômico do acusado e demais aspectos relacionados ao caso.

Mapear o padrão de decisão tomada pelo Poder Judiciário nos casos levados às audiências de custódia realizadas na justiça estadual e federal, compreendendo os critérios utilizados nas decisões que determinam as medidas destinadas aos acusados, bem como a atuação da defesa e da acusação durante a realização do procedimento.

## **MATERIAL E MÉTODOS**

Para a realização desse trabalho, empregou-se três métodos de coleta de dados: pesquisa bibliográfica, análise documental e observação não-participante das audiências.

No tocante à pesquisa bibliográfica, de início, foram utilizados livros, capítulos de livros e artigos científicos que abordam a questão dos crimes federais e da competência da Justiça Federal, do surgimento e implantação das audiências de custódia, bem como seu funcionamento e impacto, especialmente, no âmbito da Justiça Federal, além de uma produção ligada à criminologia crítica.

Em seguida, para a obtenção dos dados quantitativos e qualitativos da pesquisa, foi feita uma análise documental de autos de prisão em flagrante e de decisões que foram tomadas em 87 audiências de Custódia realizadas em Recife e de relatórios publicados relativos ao tema.

Em relação à observação não-participante das audiências, observou-se as audiências de custódia realizadas na Justiça Estadual em Pernambuco, a partir da tomada de notas em um diário de campo e do preenchimento de questionário previamente produzido que contém questões relativas ao Auto de Prisão e Flagrante, ao tipo de delito praticado, às características do agente, à condução da audiência pelo juiz e a decisão formulada, entre outras questões.

Essa pesquisa, por sua vez, foi desenvolvida em algumas audiências de custódia realizadas na Comarca de Recife/PE, na Central de Flagrantes do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano, no período de maio a agosto de 2018.

Quanto à coleta de informações acerca da implementação das audiências de custódia na justiça federal, desenvolveu-se também através da pesquisa empírica, na qual foi utilizado o método de observação não participante. No âmbito da justiça federal, contudo, houve maior dificuldade no campo, tendo em vista que há um número reduzido de audiências de custódia realizadas na seara federal.

Entende-se, portanto, que, para analisar um objeto complexo como as audiências de custódia exige-se a utilização de variados métodos, a fim de alcançar a compreensão das questões a partir de múltiplas perspectivas que proporcionem reflexões e críticas.

Dessa forma, por meio da articulação das referidas técnicas, foi possível mapear aspectos das audiências de custódia realizadas no âmbito da justiça estadual e da justiça federal; a aplicação da resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e a forma de atuação do sistema de justiça criminal; o perfil étnico, racial, econômico, social de acusados; o uso e a escolha de instrumentos processuais; e as mais diversas categorias relevantes para a identificação de um padrão de ação do Poder Judiciário que se diferencia na esfera da justiça federal e estadual.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

No que tange aos resultados da pesquisa, observa-se que o mapeamento de alguns casos de prisão em flagrante levados ao Poder Judiciário, no âmbito das audiências de custódia, possibilitou uma análise comparativa mais detalhadas sobre a prática desse procedimento nas esferas estadual e federal da justiça, na seção judiciária de Pernambuco.

Desse modo, observou-se as peculiaridades quanto volume de casos levados à estrutura judiciária; quanto ao tipo de delito cometido; quanto a situação socioeconômica do autuado e seu comportamento durante o procedimento; quanto a atuação dos magistrados, da defesa e da acusação; entre outras especificidades relativas à Justiça Estadual e Federal.

### **Volume de Casos**

Inicialmente, é preciso pontuar que o volume de casos que chegam à justiça federal é expressivamente inferior à quantidade de casos que são levados à justiça estadual. Por isso, verifica-se que há uma menor realização de audiências de custódia no âmbito da Justiça Federal. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, ocorreram, entre 14/08/2015 a 30/06/2017, 8.628 audiências. Conforme observado durante o trabalho de campo dessa pesquisa, no período de abril de 2018 até julho do mesmo ano, na seara estadual aconteceram em média 17 audiências por dia, incluindo fim de semana e feriado, no qual a Central de Flagrantes da Capital, localizada no térreo do Fórum Rodolfo Aureliano, permanece funcionando em regime de plantão. Já na esfera federal – na subseção judiciária do Recife, com base no número de casos em que houve participação da Defensoria Pública da União, entre o período de março de 2016 a fevereiro de 2017, aconteceram somente 30 audiências de custódia.

Verifica-se, que a competência criminal da Justiça Federal está voltada aos crimes com menor incidência de prisões em flagrante. À exemplo de crimes políticos, crimes praticados em detrimento de bens e serviços de entes federais, crimes contra a fé pública, crimes de contrabando e descaminho, crimes de tráfico internacional de entorpecentes, crimes praticados por prefeitos municipais e ex-prefeitos (inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002), crimes ambientais, crimes praticados por servidor público federal, crimes contra populações indígenas, crimes de tráfico de crianças e mulheres, crimes de tortura, crimes de corrupção ativa e tráfico de influência em transações comerciais internacionais, crimes contra a organização do trabalho, crimes de submissão e redução à condição de escravidão, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes contra a ordem econômico-financeira, crimes de lavagem de dinheiro e capitais, crimes praticados a bordo de navios e aeronaves, entre outros.

Faz-se necessário apontar, contudo, que nas subseções da Justiça Federal tem-se realizado a audiência de custódia em relação a qualquer tipo de prisão provisória, diferente do que ocorre na Justiça estadual, cujas audiências de custódia destinam-se exclusivamente aos casos de prisão em flagrante. Das 30 audiências de custódia realizadas na Justiça Federal no período computado acima, 60% correspondeu a detenções decorrentes de prisão em flagrante, 33,33% em decorrência de prisões preventivas e houve atuação em uma prisão para extradição e um de prisão temporária.

Desse modo, observa-se que, ainda que haja uma maior possibilidade de tipos de prisão a serem levados à esfera federal devido a possibilidade de abarcar qualquer tipo de prisão provisória, há um número reduzido de audiências de custódia nesse âmbito da justiça. Em sendo assim, a dinâmica da realização das audiências na Justiça federal é menos frenética que a da Justiça estadual, que tem a exigência de maior rapidez no procedimento para que as demandas sejam atendidas.

### **Crimes que originaram a prisão**

Observou-se também que os crimes mais comuns que são levados à esfera federal foi o de tráfico de drogas (56% dos flagrantes), seguido pelo crime de associação criminosa, estelionato, moeda falsa, crime contra a dignidade sexual, roubo, descaminho e porte ilegal de arma.

Por sua vez, nos 87 casos analisados que foram levados à Justiça estadual, aparece em maior expressividade o delito de tráfico de drogas (32,19%), seguido por roubo (18,4%), furto (18,39%), receptação (11,5%), crimes relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher (6,9%) e homicídio (5,1%).

### **Dinâmica das audiências**

No tocante à dinâmica das audiências de custódia, na esfera estadual há juízes designados previamente para atuarem nesses procedimentos, enquanto na Justiça Federal não há uma central de flagrantes destinada a realizar o procedimento. No caso da Justiça Federal, os casos são distribuídos para uma das varas criminais, devido a maior familiaridade dos magistrados com o procedimento, e a audiência é realizada pelo juiz da vara. Tal configuração também se justifica pela reduzida quantidade de prisões ocorridas no âmbito da Justiça Federal em comparação com os casos que são levados até a Justiça Estadual.

As audiências realizadas na Justiça estadual, por sua vez, duram, em média, 10 minutos, enquanto as poucas audiências de custódia realizadas na Justiça Federal duram, no mínimo, duas horas, sendo realizadas no período da tarde de segunda a quinta-feira. As prisões efetuadas no

âmbito federal que se dão após as 13 horas na sexta-feira ou durante os finais de semana, são de responsabilidade de juízes plantonistas que passam a realizar o procedimento.

Tendo em vista a maior possibilidade de duração das audiências que são realizadas na esfera federal, constatou-se que há uma maior qualidade na realização do procedimento, no tocante às informações fornecidas pelo magistrado ao acusado sobre a audiência, bem como na apuração dos fatos e na atuação da defesa e da acusação, como será demonstrado.

Tanto na justiça federal, quanto na justiça estadual, há defensores designados para aqueles não assistidos por advogados particulares. A Defensoria Pública da União é comunicada, em regra, com no mínimo 03 horas de antecedência, já na esfera estadual, há defensores estaduais plantonistas. No caso de não haver, o juiz designa advogados dativos.

Em ambas as esferas da Justiça, o acusado tem direito a uma conversa prévia com a sua defesa, contudo, observou-se um grande desrespeito a essa regra no âmbito da Justiça Estadual, o que prejudica bastante a defesa, pois em muitas ocasiões essa conversa não acontece e, em outras, acontece na presença de policiais, um grande fator inibidor. Já na Justiça Federal, antes de iniciado o procedimento, a pessoa presa tem oportunidade de falar com o Defensor sem intervenção de terceiros, o que oportuna a formulação de uma defesa mais contundente, tendo em vista que o acusado pode sentir-se mais à vontade para dar declarações e, assim, o defensor formular a melhor via para defendê-lo.

Uma importante particularidade da Justiça Federal é a previsão excepcional da realização da audiência por videoconferência, quando a prisão for efetuada em outra localidade ou determinada por juiz que não atua na subseção – que deve ser justificado à Corregedoria Regional.

## **Casos de Tortura**

Durante a audiência de custódia, o juiz deve analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. (CHOUKR, Fauzi, 2011).

Conforme a Resolução de nº 213/ 2015 do Conselho Nacional de Justiça, a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Nesse sentido, verificou-se que, nos procedimentos acompanhados no âmbito da Justiça Estadual, apesar da prevenção à tortura ser um dos fins da implementação das audiências, verificou-se em 25% dos casos o custodiado não foi perguntado sobre a ocorrência ou outros maus-tratos ao longo de sua prisão. Em 25% dos casos o custodiado foi perguntado e disse ter sofrido ou afirmou espontaneamente e em 50% dos casos o preso foi perguntado e disse não ter sofrido essas violências. Nos casos acompanhados, verificou-se que a tortura relatada era de autoria de policiais militares (59%), policiais civis (9%) ou seguranças particulares (9%) e civis (23%).

Nas audiências acompanhadas na Justiça Federal, por sua vez, quase sempre foi feito o questionamento e geralmente as respostas são negativas e é relatado um respeitoso tratamento dos autuados pelos agentes de Polícia. Quando, por exceção, houve identificação de casos de tortura, a procuradoria posicionou-se de modo a questionar e buscar a identificação do



responsável. Ou seja, observou-se o cumprimento das disposições da resolução no tocante à casos de tortura nos procedimentos realizados na Justiça Federal.

### **Quanto à presença dos agentes de polícia**

Nos procedimentos realizados na Justiça Federal, os agentes da Polícia Federal permanecem presentes na sala de audiência, mas nunca participam da entrevista prévia realizada entre autuado e defesa e também não interrompem a audiência, apenas se manifestam quando são solicitados, como no momento de falar se o preso teve um bom comportamento para o magistrado decidir sobre a retirada das algemas. É imprescindível pontuar, ainda, que os agentes federais que participam da escolta do preso são diferentes dos agentes que participaram da prisão, o que reduz a possibilidade de abuso de poder e práticas de tortura e retaliação.

Já nos procedimentos realizados na justiça estadual, quase em todas as audiências acompanhadas havia a presença de policiais, de um a dois agentes, em 97,7% dos casos analisados. Tal fato é bastante problemático na medida que inibe, por muitas vezes, o relato de casos de tortura por parte dos autuados que se sentem acuados e temem retaliações em caso de expuserem agressões sofridas, havendo, assim, um prejuízo ao fim de apurar a existência de casos de tortura e violações à integridade física e psicológica do preso.

### **Quanto aos autuados**

No tocante aos casos acompanhados na seara da Justiça estadual 91,95% dos autuados eram do sexo masculino e 87,36% possuíam residência fixa. Contudo, muitos dos autuados estavam desempregados (17,24%) ou possuíam trabalho informal (64,36). Tais resultados também foram acompanhados nos casos analisados na Justiça Estadual. É importante pontuar, ainda que, em alguns casos que chegaram à Central de Flagrantes da Capital, o autuado encontrava-se em situação de rua (10,34%).

Na esfera estadual, houve inexpressivos questionamentos no tocante à renda e a existência de filhos. Já na esfera federal, observou-se que esses questionamentos foram feitos e eram levados em consideração na decisão dos magistrados.

Quanto ao uso de algemas, na esfera estadual geralmente eram retiradas, enquanto na esfera federal eram também retiradas quando os policiais alegavam – após serem questionados pelos magistrados – o bom comportamento do preso.

É relevante pontuar que, no âmbito estadual, os autuados eram retirados da sala durante a manifestação do Ministério Público e da defesa e, somente em algumas audiências, retornavam à sala onde houve o procedimento para tomar conhecimento da decisão, nos demais casos, tomavam conhecimento da decisão somente por intermédio da defesa e não pelo pronunciamento do magistrado. Situação totalmente diferente foi verificada nos procedimentos realizados na Justiça Federal, pois o autuado permanecia na sala durante toda a audiência, observando os pedidos da procuradoria e da defesa, e tomava conhecimento da decisão diretamente pelo magistrado.

Outro importante ponto observado foi quanto a condição dos acusados nas audiências. Muitos que chegavam na Central de Flagrantes do Fórum Rodolfo Aureliano estavam sujos e sem alimentação, enquanto nos procedimentos da Justiça Federal os autuados estavam em boas condições e relatavam um bom tratamento.

## **Quanto aos magistrados**

Em relação a atuação dos magistrados federais, observou-se que esses cumprem os trâmites formais, informam a finalidade da custódia e não se verifica admoestação verbal, diferentemente do que acontece na esfera estadual. Contudo, apesar do cumprimento dos atos formais, não se vê, efetivamente, por parte desses magistrados, decisões consoantes com um dos objetivos da implementação do procedimento da audiência de custódia, que é a redução do encarceramento provisório e a redução da violência institucional. Observou-se, na prática, uma postura muito rígida quanto as decisões que determinam medidas diversas à prisão, às vezes até mesmo contrariando pedidos do Ministério Público Federal e desconsiderando pedidos da Defensoria Pública da União, principalmente nos casos de tráfico de entorpecentes e de roubo.

Nos casos acompanhados na justiça estadual, por sua vez, os magistrados apenas informavam, na maioria dos casos, sobre a retirada das algemas e sobre o direito ao silêncio, nem sempre explicando sobre a finalidade da audiência (22,35%) ou explicando de uma forma de difícil compreensão (22,35%), como só realizando a leitura do Boletim de Ocorrência. Além disso, observou-se que atuavam para além da sua esfera, dando lições de moral descabidas e, muitas vezes, brincavam e conversavam sobre assuntos não pertinentes ao procedimento com os outros agentes do judiciário, principalmente com membros do Ministério Público, deixando os atuados em situação de desconforto, por vezes.

Desse modo, percebe-se que há uma relação de camaradagem principalmente entre o magistrado e o membro do Ministério Público, seja ele o promotor ou o procurador e tal situação é bem visível na esfera federal até pelo próprio posicionamento desses agentes na sala de procedimentos, no qual a acusação senta-se ao lado do juiz, enquanto a defesa posiciona-se em frente ao atuado.

Tal questão deve ser continuamente problematizada, tendo em vista que o sistema acusatório tem como base a imparcialidade do julgador, onde o julgador mantém-se afastado da investigação e da acusação e, assim, têm-se fortalecida a estrutura dialética. (LOPES JUNIOR, 2018). Portanto, entende-se como problemática essa relação de proximidade entre magistrados e ministério público, até sendo verificado, em alguns dos casos, que os magistrados se explicam quase pedindo autorização aos acusadores o porquê de tomarem decisões diversas da prisão.

## **Quanto aos membros do Ministério Público**

Nos casos analisados, majoritariamente os pedidos dos membros do Ministério Público alternavam-se entre decretação da prisão preventiva (48,28%) e liberdade provisória com medidas cautelares (45,98%), na Justiça Estadual, havendo casos excepcionais de pedido de relaxamento de prisão (1,15%), no caso de flagrantes ilegais, e de liberdade provisória irrestrita, ou seja, sem cautelares (4,60%) justificadas pelo não reconhecimento da vítima ou pelo não perigo de fuga.

Em pedidos de liberdade provisória com medidas cautelares, geralmente eram feitos pedidos genéricos (62,50%) para as medidas ficarem a critério do juiz, mas em outros casos era solicitado o comparecimento em juízo (10%), pagamento de fiança (2,50%), tratamento para dependência química (10%), entre outros. As justificativas para esses pedidos se davam devido à falta de antecedentes criminais, em 15% dos casos.

Já nos casos de pedido de decretação da prisão preventiva, verificou-se a incidência do argumento de garantia da ordem pública na maioria dos pedidos (52,38%).

No âmbito da Justiça Federal, percebe-se que os procuradores tem uma postura mais conservadora, assim como os magistrados, quando se trata de casos que envolvem o crime de

tráfico de entorpecentes e de roubo. Nesses casos, especificamente, na maioria das vezes é solicitada a decretação da prisão preventiva e, somente há pedido de liberdade provisória quando verificam que não há nenhuma possibilidade de o autuado fazer parte de organização criminosa.

## **Quanto à defesa**

Ao acompanhar os casos levados até a justiça estadual, observou-se que a defesa é feita de forma muito precária, seja por advogados particulares despreparados e desinteressados ou por Defensores Públicos que atuam de forma mecanicista, sem buscar compreender caso a caso para formular uma boa defesa, muitas vezes devido à alta demanda.

Alguns defensores públicos estaduais conversam previamente com os autuados, explicando do que se trata o procedimento e colhendo informações necessárias para a construção de uma linha de defesa mais benéfica ao caso do preso, contudo, nem sempre há efetivamente esse contato prévio. Em alguns casos verificou-se que o primeiro contato entre autuado e Defensoria deu-se na própria sala de audiências e, por vezes, alguns limitavam-se a acompanhar pedidos do Parquet ou até mesmo alegavam nada a requerer. Impressionantemente esse comportamento era visto até mesmo por advogados particulares, demonstrando uma enorme fragilidade.

Já na Justiça Federal, os defensores públicos federais realizam entrevistas prévias expondo as teses de defesa que serão utilizadas, também buscam contato com a família no intuito de conseguir documentos que contribuam para a formulação de uma excelente estratégia.

Os pedidos mais recorrentes formulados pela defesa nos casos acompanhados na justiça estadual, à exemplo, foram de liberdade provisória genérico ou sem cautelares (42,52%), com cautelares (50,57%), decretação de prisão domiciliar (1,15%) e decretação de preventiva (2,30%).

As justificativas utilizadas para pedidos de liberdade provisória sem medidas cautelares eram a de falta de antecedentes em 18,91% dos pedidos, em 21,62% dos casos não houve justificativa e em 10,81% houve justificativas diversas.

Já nos casos de pedidos da defesa de liberdade provisória com a aplicação de cautelares, majoritariamente não se sugeria a cautelar a ser aplicada, deixando à escolha do juiz (76,74%).

Verificou-se, ao acompanhar a atuação da defesa em ambas as searas, que nas audiências realizadas na Justiça federal há a possibilidade de uma defesa exercida com maior qualidade, com maior atenção às minúcias dos casos, o que não foi verificado na Justiça estadual, em que foi recorrente verificar uma defesa precária, genérica e, por algumas vezes, bastante deficiente.

Tal divergência entre a atuação da defesa na esfera federal e na esfera estadual pode se dar também pela diferença de demandas, pois na Justiça estadual há uma prática de linha de montagem, na medida em que existe um elevado número de casos que precisam ser “solucionados” num curto período.

## **CONCLUSÃO**

Percebe-se que as audiências de custódia surgiram com a pretensão de combater a violência institucional e reduzir o encarceramento provisório, na medida em que haveria uma verificação mais ágil da real necessidade de manutenção da detenção de um preso.

Observa-se, entretanto, que a implementação desse instituto ainda esbarra em uma lógica encarceradora e punitivista do Judiciário, a qual se manifesta em decisões que, via de regra,

priorizam a privação de liberdade e também, no caso da esfera estadual, na postura moralizadora dos atores nas audiências. (LOPES; BORBA, 2017).

Conforme dados do Poder Judiciário brasileiro, desde o início da implementação das audiências de custódia até janeiro de 2017, foram realizadas 186.455 audiências de custódia em todo o país; destas, em 54.11% - ou seja, em 100.887 casos – a prisão preventiva foi decretada. Este índice de confirmação da prisão preventiva chega a quase metade nos 22 estados do país e Distrito Federal.

Tal situação demonstra que a decretação de prisão preventiva, que devia se dar em caráter excepcional, continua sendo aplicada de forma indiscriminada, sem que haja o preenchimento dos requisitos que demonstram a sua efetiva necessidade, o que demonstra, mais uma vez, a operação punitivista do sistema de justiça criminal que, antes mesmo de apurar os fatos e julgar, cerceia a liberdade do acusado, ainda que o mesmo não represente ameaça à sociedade ou ao curso do processo penal.

Faz-se importante pontuar, também, que as audiências de custódia, embora se apresentem como uma medida político-criminal de redução do encarceramento provisório, pouco poderão alterar os percentuais dos presos sem julgamento no Brasil, se não houver uma mudança na percepção da finalidade da cautelar. (VALENÇA;CASTRO;BORBA;MACHADO, 2016).

Desse modo, conclui-se que, para que a audiência de custódia alcance seu fim efetivamente, faz-se necessária uma mudança de perspectiva dos atores que a executam, para além da sua positividade. É preciso que haja uma compreensão desse instituto como redutor de danos no processo penal e não como um simples ato formal. É necessário que entendam que a problemática da crise do sistema penitenciário brasileiro está diretamente ligada à superlotação proveniente do encarceramento provisório excessivo. Além disso, é imprescindível que assimilem que a prisão cautelar somente é cabível quando houver motivos concretos que a justifiquem.

A partir do entendimento das audiências de custódia como mecanismo de redução de danos não só ao próprio sistema de justiça criminal, mas também aos autuados, na medida em que a aplicação de decisões diversas à prisão evita seu ingresso no sistema prisional brasileiro que atua de forma perversa sobre os corpos e vidas de muitos, pode-se concretizar seu potencial de mudança, sem que as audiências de custódia se tornem mera formalidade e que sua finalidade não seja cumprida.

Assim, conclui-se como imprescindível a redução do uso da prisão preventiva como ferramenta de controle social ou pena antecipada. Sendo necessário ao sistema de justiça criminal brasileiro intensificar esforços e assumir a vontade política necessária para incorporar o uso excepcional da prisão preventiva como uma vertente das políticas criminais e, dessa forma, evitar respostas de endurecimento dos sistemas penais que repercutam na restrição da liberdade durante o processo penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**: promulgado em 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN**. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso 12 de Maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Resolução 04, de 16 de março de 2016**. Disponível em <https://www5.trf5.jus.br/documento/?arquivo=RESOLU%C7%C3O+N.04.2016.pdf&tipo=res> . Acesso em 19 de maio de 2019.

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 12/05/2019.

Conselho Nacional de Justiça do Brasil, **“Dados Estatísticos / Mapa de Implantação de audiências de custódia”**, janeiro de 2017.

IDDD. **Audiências de Custódia – Panorama Nacional**. São Paulo, 2017

LOPES JR, Aury. **Curso de Processo Penal**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Tarcila Maia. **Audiências de Custódia e encarceramento provisório**: um estudo a partir dos casos acompanhados pela Defensoria Pública da União. Dissertação (Mestrado em Direito), - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015.

LOPES, Tarcila Maia; BORBA, Marcela Martins. **Audiências de custódia no Recife**: um estudo comparativo dos discursos e práticas do judiciário estadual e federal.

LOPES, Tarcila Maia; MILFONT, Marília Silva Ribeiro. **Um ano de audiência de custódia na Justiça Federal no Recife**: Uma Visão a Partir dos casos da Defensoria Pública da União. Brasília, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Audiências de custódia e prevenção à tortura**: análise das práticas institucionais e recomendação de aprimoramento. Brasília, 2016.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em <https://oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em 12/05/2019.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#\\_edn3](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#_edn3). Acesso em 09/07/2018.

# A BUSCA PESSOAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DAS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS E DAS DECISÕES JUDICIAIS

**Ana Luíza Melo Leal**

Graduanda em Direito (UFPE)

**Thaianny Castanha de Melo**

Graduanda em Direito (UFPE)

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tradicionalmente, a história do processo penal brasileiro foi marcada por movimentos pendulares que giram em torno da dicotomia entre o eficientismo, em que impera o forte monopólio estatal punitivo, e o garantismo, no qual se busca fortalecer as garantias individuais (FERNANDES, 2010). Assim, de um lado, defende-se a atuação de um Estado dotado de poder em busca da “verdade real” dos fatos e, de outro, especialmente em um Estado Democrático de Direito, vige a teoria do garantismo penal, como forma de proteção contra o abuso de poder e/ou arbitrariedade estatal.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a noção de garantismo penal foi teoricamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, sendo concretizada a partir da previsão de diversos princípios dispostos em seu corpo textual. No entanto, na realidade concreta, vê-se que algumas dessas garantias individuais parecem ser relativizadas em prol da maior eficiência do sistema de justiça criminal, de forma que possa culminar em um “resultado útil”, consubstanciado na responsabilização daquele contra quem se imputa o fato criminoso.

É possível incluir nessa conjuntura a temática da busca pessoal, que se trata de um meio de obtenção de prova previsto no Código de Processo Penal brasileiro, o qual determina que ela deve ocorrer nos casos em que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou outros objetos especificados na legislação. Por sua vez, o aludido diploma legal prevê que “a busca pessoal independe de mandado judicial no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar” (BRASIL, 1941).

Nessa perspectiva, há quem entenda que a “fundada suspeita” se mostra uma expressão vaga e imprecisa, capaz de ensejar um significativo grau de subjetividade quando de sua aplicação prática pelos operadores do Direito, em desfavor daquele sobre quem ela recai. De outro giro, por não existirem leis extravagantes que regulamentem o procedimento acerca do modo como a concretização dessa espécie de busca deve ocorrer, dá-se margem ao cometimento de abuso de poder por parte das autoridades responsáveis por realizá-la.

Ante o exposto, na sede de buscar a “verdade real” dos fatos e garantir o eficientismo do sistema penal, as autoridades promovem uma verdadeira flexibilização dos direitos assegurados constitucionalmente aos indivíduos: no panorama da busca pessoal aqui retratado, violam-se, ao menos, a incolumidade física e intimidade dos sujeitos. Assim, em um cenário em que a legislação se vê insuficiente diante das realidades cotidianas e inservível para cumprir com as garantias asseguradas constitucionalmente, a necessidade de se alcançar soluções dentro do Direito – e, em alguns casos, além dele – é urgente.

Sob esse viés, à luz das teorias do Etiquetamento Social e da Criminologia Crítica, a presente pesquisa tem por escopo analisar o modo como se procede a busca pessoal na realidade brasileira. Por conseguinte, buscar-se-á refletir criticamente sobre a submissão de um grupo seletivo de indivíduos – cuja massa é composta por negros e pobres – à busca pessoal e o papel que o Direito Processual Penal pode assumir para garantir os direitos individuais previstos na Norma Maior. Para tal, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica e a análise de decisões judiciais sobre a temática.

A partir disso, empenhar-se-á em propor uma forma de interpretar a busca pessoal considerando o seu caráter instrumental (um meio de obtenção de prova). Assim, estarão sendo construídos os caminhos para incorporar à realidade concreta um sistema de justiça criminal efetivamente justo e adequado às garantias constitucionais.

## **A BUSCA PESSOAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES**

### **Classificações doutrinárias e o resgate da instrumentalidade e referibilidade do instituto**

Previsto em três sucintos artigos no Código de Processo Penal brasileiro, o instituto da busca pessoal tem disciplinamento exíguo e seu conceito não se encontra explícito nesse diploma. Diante disso, a doutrina (PITOMBO, 2005; WANDERLEY, 2017) costuma recorrer a outros ordenamentos para compreender a definição do instituto, como o Código de Processo Penal Militar, o qual explicita, em seu art. 180, que a busca pessoal é a “procura material feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo” (BRASIL, 1969).

No diploma processual penal, a busca encontra-se prevista no título “Da Prova”, juntamente à apreensão. Todavia, apesar de a apreensão constituir-se como o objetivo para ser realizada a busca (WANDERLEY, 2017), ambas não podem se confundir. Enquanto aquela se constitui como medida cautelar para garantir a prova, servindo, algumas vezes, para restituir o bem ao seu dono, a busca é meio de obtenção de prova, isto é, um instrumento para se chegar à prova. Daí reside a atecnia em referir-se à busca como meio de prova, pois, nesse caso, estar-se-ia comparando-a erroneamente a perícias e a documentos. Em realidade, a busca se constitui na qualidade de mero instrumento que permite colher os elementos probatórios, podendo ocorrer no curso de inquérito, de processo e, inclusive, na execução da pena (LOPES JUNIOR, 2018).

Outra diferenciação que impõe ser discutida é a existência de dois tipos de busca: a pessoal e a domiciliar. Disciplinada de forma explicitamente mais aprofundada do que a busca pessoal, a busca domiciliar encontra maiores obstáculos para ser realizada, uma vez que o legislador optou pela exigência de mandado judicial prévio para que a autoridade policial pudesse adentrar ao domicílio de alguém, entendido este em sentido amplo, para abranger qualquer compartimento habitado, aposento de ocupação coletiva e compartimento não aberto ao público onde se exerce profissão ou trabalho<sup>1</sup> (BRASIL, 1969).

Em que pese a importância de ser discutida a existência dos criticáveis mandados judiciais genéricos e a problemática da alínea “h” do art. 240 do Código de Processo Penal, é cabível frisar, dentro do objeto desta pesquisa, que a busca domiciliar ganha, indiscutivelmente, maior relevo e

---

<sup>1</sup> “Art. 173. O termo “casa” compreende:

- a) qualquer compartimento habitado;
- b) aposento ocupado de habitação coletiva;
- c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

maior proteção diante do enxuto disciplinamento da busca pessoal, cujo cerne se impõe sobre a imprescindibilidade de mandado judicial prévio para sua realização.

A explicação doutrinária para tal desnecessidade de autorização judicial, prevista em lei, geralmente reside no fato de que a busca pessoal tem caráter de urgência, sendo realizada, na maioria das vezes, em situação de flagrância. Logo, parece razoável, para esses autores, que os direitos individuais à intimidade e à privacidade sejam relativizados em prol da urgente segurança pública, devendo a busca ser imediata diante da constatação da suspeita de que se porta corpo de delito (FISCHER; PACELLI, 2016; ESPÍNOLA, 2000 *apud* AMORIM, 2016).

Ante esse entendimento, surgiram diferentes classificações para a busca pessoal. Cita-se, para mero fim exemplificativo, a extensa classificação fornecida por Adílson Nassaro, que pretende dividir o instituto em busca pessoal direta ou indireta, individual ou coletiva e preliminar ou minuciosa (NASSARO, 2007).

Sem embargo levar-se em conta as variadas classificações para o instituto, optou-se, como marco teórico para a presente pesquisa, pela classificação pouco ortodoxa fornecida por Gisela Aguiar Wanderley. Para esta autora, existe uma leitura incompleta da disciplina legal do instituto, o que acaba servindo ao mecanismo de disciplinarização dos transeuntes dos espaços públicos. Nesse ínterim, a interpretação correta do art. 244 do Código de Processo Penal levaria ao entendimento de que inexistente busca pessoal preventiva, qualificando-se esta como uma medida ilegal (WANDERLEY, 2017).

Em realidade, a classificação adotada deve considerar que existem tão somente dois tipos de busca pessoal: a probatória, regida pelo art. 244 do CPP, quando já se está no curso do processo; e a inibitória, a qual deverá ser realizada de forma excepcional, em situações de dano ou perigo iminente, dentro das causas de exclusão da ilicitude. Logo, o ponto de partida para entender-se a busca pessoal deve considerar que a fundada suspeita da autoridade policial necessita seguir uma dessas interpretações fornecidas, sendo a busca com função de prevenção geral uma medida que extrapola a interpretação condizente com o texto literal do dispositivo supracitado (WANDERLEY, 2017).

Para além de considerar a interpretação correta do aludido dispositivo, a busca, almejando completar sua finalidade, deverá manter tanto a referibilidade ao caso penal em concreto quanto a instrumentalidade relativa à persecução penal. Ambas as adjetivações encontram-se no polo oposto à satisfatividade da tutela, características que também podem ser encontradas em outros institutos processuais, como medidas cautelares e sequestro de bens. Eventual busca sem relação com fato aparentemente punível e desatrelada da tutela almejada no processo penal não pode ser qualificada como uma busca processual penal, pois não está abarcada pelo citado art. 244 (WANDERLEY, 2017).

Portanto, a definição da busca pessoal fora dos moldes propostos pela prevenção geral desemboca em acurado argumento destinado à realização de buscas como instrumento referível ao caso penal, encontrando-se vinculação entre o objeto corpo de delito e a infração eventualmente perpetrada.

### **A vagueza da expressão “fundadas suspeitas”: a problemática da “suposta” busca pessoal preventiva**

De acordo com parcela da doutrina, a expressão “fundada suspeita” significa uma restrição à conduta policial, compreendendo-se ser defesa a prática de buscas arbitrárias fundadas na mera intuição (MARQUES, 2000; TORNAGHI, 1997; DEMERCIAN; MALULY, 2014; TÁVORA; ALENCAR,



2012; NUCCI, 2012 *apud* WANDERLEY, 2017). Em sentido oposto, outros autores atribuem a dificuldade de definir a legalidade das buscas pessoais à larga amplitude da expressão “fundada suspeita”, dando margem a desvios autoritários (MEHMERI, 1996; LOPES JR., 2012; MACHADO, 2013 *apud* WANDERLEY, 2017).

Além disso, no entendimento de Aury Lopes, a dinâmica dos fatos não permite uma pronta intervenção jurisdicional. Logo, mesmo que se tente definir a “fundada suspeita”, os policiais continuarão abordando pessoas selecionadas de acordo com seus intuítos carregados de estigmatização, mormente em bairros periféricos (LOPES JUNIOR, 2018).

Todavia, tais embates doutrinários amparam-se, muitas vezes, em uma leitura incompleta do art. 244 do CPP, porquanto se restringem apenas à parcela da redação do artigo, qual seja, à expressão “fundada suspeita”. O referido dispositivo deve ser lido de forma completa, isto é, para haver a busca pessoal, a fundada suspeita deve remeter-se ao fato de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Dessa forma, a significação do adjetivo “fundada” deve ser correlacionada ao objeto da suspeita (WANDERLEY, 2017).

Verifica-se, no entanto, através de interpretações que se mostram insuficientes à compreensão total do dispositivo, uma desvirtuação do que é tido como suspeito. O reflexo disso é a perda de referibilidade da expressão “suspeita” a um complemento definido na lei, tornando-se um mero adjetivo, o qual é passível de atribuição pelo policial a quaisquer atitudes e pessoas (WANDERLEY, 2017).

Dessa forma, quando o policial pratica uma busca embasada tão somente na adjetivação do que entende por suspeito, está-se diante – para além de uma busca pessoal seletiva – da não-aplicação da lei (WANDERLEY, 2017). Por consequência, como se verá mais detalhadamente adiante, o instituto torna-se limitado a predileções policiais, as quais são, de forma rotineira, utilizadas como fundamentos autônomos em exórdias acusatórias e até mesmo em decretos condenatórios, sendo, portanto, ratificadas por agências de poder que atuam diretamente no eixo processual.

### **A busca pessoal “preventiva” e o conseqüente desvio de finalidade**

De acordo com o exposto, a execução de buscas com finalidade preventiva reflete a intolerável “desfuncionalização” da medida (PITOMBO, 2005), isto é, a busca pessoal não fundamentada em elementos probatórios processuais ou com fins inibitórios, para repelir eventual perigo eminente, provoca o inevitável desvio de finalidade do referido meio de obtenção de prova (WANDERLEY, 2017).

A interpretação majoritária do art. 244 do CPP, responsável por limitar a busca pessoal à mera fundada suspeita, é a causa que provoca o conseqüente desvio das finalidades da medida, posto que a “fundada suspeita”, nessa perspectiva, pode fazer referência a qualquer complemento. Logo, a leitura incompleta de tal dispositivo permite sustentar que haveria duas espécies de busca pessoal: a instrutória, hipótese legal nele prevista, e a preventiva, a qual dependeria da mera rotulação de pessoa ou atitude, de forma que sua perpetração indicaria conduta ilícita, porquanto não prevista na aludida norma (WANDERLEY, 2017).

Na prática, observa-se que o policiamento ostensivo torna-se fator imprescindível à realização de buscas que visam à consecução de finalidades diversas daquelas atreladas aos objetivos de obtenção de provas referíveis ao caso penal. Por conseguinte, observam-se,

cotidianamente, buscas pautadas por uma racionalidade distinta, isto é, direcionadas a formas diferentes de produção da verdade (WANDERLEY, 2017).

Com efeito, o art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública” (BRASIL, 1988). A anterior Constituição de 1967 cunhava o mesmo dispositivo, mas se referindo à “manutenção” da ordem pública (BRASIL, 1967), o que pressupõe uma postura mais reativa dos castrenses, a fim de que a ordem pública fosse tão somente assegurada pelas autoridades policiais. A atual expressão “preservação”, por outro lado, invoca implicitamente uma conduta policial tanto reativa quanto proativa, exigindo da Polícia Militar mais robustez e efetividade em suas revistas (SILVA, 2015).

O efeito de tal redação leva inevitavelmente ao crescimento de forte monopólio estatal punitivo a qualquer custo, em detrimento das garantias individuais. Nas palavras de Cleunice Pitombo, esse contexto gera o que ela cunha como “descuidismo” por parte do aparato policial, o qual, em função do relaxamento por excesso de serviço ou por acúmulo de trabalho, acaba por perpetrar os mesmos atos responsáveis por prevenir, de forma genérica e muitas vezes infundada, as condutas criminosas (PITOMBO, 2005).

Nesse contexto, frisa-se que as condutas dos policiais militares são, em diversas ocasiões, incentivadas por castrenses de maior escalão. Na pesquisa “Direitos Humanos e atuação policial: percepções dos policiais em relação a uma prática cidadã” (SANTOS; OLIVEIRA, 2015), os policiais entrevistados ressaltaram que o grau de violação aos direitos humanos é maior ou menor a depender de quem está no comando. Caso seja um líder que associa a efetividade à produtividade da Polícia, os policiais tendem a ultrapassar limites constitucionalmente assegurados e contrariar os direitos humanos, realizando trabalhos mais repressivos. Nota-se, dessa maneira, que a diretriz do comando ou chefia, no que diz respeito à aplicação dos princípios dos direitos humanos, tem efeito nas práticas policiais, embora não seja possível atestar que a atuação policial seja condicionada pelos seus comandantes.

Para grande parcela da sociedade, faz-se plenamente oportuno (e necessário) o exercício do policiamento ostensivo nas áreas mais afetadas pela criminalidade, com destaque para os pontos comuns de tráfico de drogas. Atualmente, com o império do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007), tem-se um punitivismo exacerbado direcionado à clientela mais conhecida do sistema penal, vítima de profunda estigmatização.

Assim, na busca desenfreada por acabar com a criminalidade e tornar a “justiça” mais eficiente, parte da sociedade e das instâncias de controle social parecem aceitar – e incentivar – o modo como se procedem as abordagens policiais, ainda que elas violem os direitos individuais dos sujeitos passivos do ato.

No referido contexto de corrida anticriminalidade, ressalta-se o Projeto-piloto “Em Frente, Brasil” (Programa nacional de enfrentamento à criminalidade e à violência), lançado em agosto de 2019, por meio da Portaria de nº 723, do atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro. Foram escolhidos cinco municípios brasileiros (Paulista/PE, Ananindeua/PA, Cariacica/ES, Goiânia/GO e São José dos Pinhais/PR), para abranger a atuação conjunta da União, Estados e Municípios, por meio das Forças Nacionais e das polícias, na prevenção da “criminalidade violenta”. O “Em Frente, Brasil” tem como finalidade viabilizar a execução dos objetivos e das diretrizes previstas na Política Nacional de Segurança Pública e no Plano Nacional de Segurança Pública, instituídos, respectivamente, pela Lei nº 13.675 e pelo Decreto nº 9.630, ambos editados em 2018 (BRASIL, 2019).

Em Paulista, notaram-se várias problemáticas advindas do Projeto-piloto, o que gerou uma reação do Sindicato dos Rodoviários de Pernambuco, responsável por elaborar uma nota de

repúdio contrária à atuação das autoridades (DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2019), tendo em vista que motoristas e cobradores dos ônibus estavam sendo abordados e revistados, sem qualquer fundamento legal objetivo. Em que pese a sua aparente gravidade, a conduta das Forças Nacionais e das polícias pouco repercutiu na mídia e entre os setores sociais como um todo, tornando ainda mais evidente a seletividade do sistema, na medida em que tais práticas parecem não assumir a devida relevância no meio social.

Diante do exposto, observa-se que, ao não ser realizada a correta leitura do art. 244 do CPP e do complemento das “fundadas suspeitas” nele disposto, abre-se caminho para que sejam violados os direitos fundamentais do indivíduo. Todavia, sob o enfoque constitucional, só pode ocorrer a restrição a direitos fundamentais dentro da estrita legalidade, ou seja, deve estar prevista em lei ordinária, com evidente interesse social concreto, além de guardar respeito à proporcionalidade e à finalidade perquirida do ato (PITOMBO, 2005).

Nesse ínterim, cabe frisar que a realização da busca gera, inevitavelmente, restrição à liberdade ambulatorial e à privacidade individual daquele que é abordado. É violada, em primeiro lugar, a liberdade de circulação do sujeito, o qual é interpelado pela autoridade policial. Posteriormente, no curso execução da busca, fere-se a privacidade, já que o indivíduo terá suas bolsas, vestes e, em algumas vezes, seu próprio corpo apalpado pelo policial (WANDERLEY, 2017). O contexto é agravado quando, no decorrer da abordagem policial, o indivíduo passa a sofrer ameaças, intimidações e, até mesmo, violência física.

Por conseguinte, a fim de que se tenha um procedimento de busca pessoal realizado dentro dos moldes legais, deve ser feita a seguinte distinção: a busca pessoal com finalidade de prevenção geral – comumente concretizada em zonas periféricas taxadas por sua “alta criminalidade” – não se vincula a uma situação de dano ou perigo concreto. Portanto, a busca pessoal preventiva não pode se confundir com a busca pessoal inibitória, a qual se constitui como medida excepcional ante um perigo atual e iminente (WANDERLEY, 2017).

Em verdade, o mero objetivo de amedrontar e neutralizar a população, por meio de “abordagens de rotina” direcionadas a localidades pré-determinadas, demonstra que, na maioria das vezes, as buscas são fundadas essencialmente na natureza punitiva do ato, mesmo quando não sejam apreendidos quaisquer instrumentos. Dessa forma, o agente que pretende se conduzir dentro dos limites legais não deve se ater à realização de buscas preventivas.

## **UM OLHAR CRIMINOLÓGICO SOBRE A CONSTRUÇÃO DO “INDIVÍDUO SUSPEITO” E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL**

No âmbito da busca pessoal, o aspecto que mais se destaca é a amplitude de condutas consideradas desviantes e anormais, as quais se revelam nos menores detalhes, cabendo à polícia reagir diante de toda e qualquer “atitude suspeita”, independentemente de sua vinculação com uma conduta tipificada penalmente (WANDERLEY, 2017). Na prática, a subjetividade na definição das “fundadas suspeitas” ou da “atitude suspeita” conduz ao possível arbítrio por parte do policial que realizará o ato e, por conseguinte, enfatiza a seletividade do sistema de justiça criminal.

Ao se debruçar sobre os fatores externos que influenciam as abordagens policiais, é impossível deixar de destacar os elementos raciais e sociais que permeiam esse cenário. Afinal, é cediço que o sistema penal possui a sua própria clientela: uma massa composta majoritariamente por negros e pobres, que sempre foram alvo de um ordenamento jurídico seletivo e injusto. Assim, o cotidiano do policiamento ostensivo e a realização de buscas pessoais baseadas na

equivocada ideia de prevenção delitiva parecem ser mais um dos reflexos característicos do sistema penal.

Como se verá com mais detalhes adiante, tais indivíduos são rotulados como prováveis “desviantes”, de modo que a realização da revista pessoal sobre eles é amplamente aceita, ainda que não esteja amparada legalmente. Nessa perspectiva, é possível incluir o *Labelling Approach*<sup>2</sup>, referencial teórico bastante difundido na década de 1960 nos Estados Unidos da América. Para os estudiosos dessa teoria, entre eles Howard S. Becker, a conduta desviante seria o resultado de uma reação social, distinguindo-se o “homem comum” do desviante, em virtude da estigmatização que este último sofre. Por sua vez, a conduta desviada seria aquela criada pela própria sociedade, por meio da criminalização primária (previsão legal dos delitos) e da criminalização secundária (atuação das agências formais de controle social – isto é, polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, entre outros). Assim, as autoridades se tornam responsáveis por inibir ou prevenir as condutas tidas como desviantes, atribuindo, para tanto, uma “etiqueta” àqueles que praticam tais atos (SHECAIRA, 2008).

A partir dessa visão, os questionamentos criminológicos passaram a recair sobre quem é o sujeito a quem se impõe o rótulo de desviante; as razões para isso; em quais condições um indivíduo pode se tornar objeto dessa definição; os efeitos que dela decorrem sobre o indivíduo; e, ainda, com base em quais leis sociais se distribui e concentra o poder de definição (ANDRADE, 2003).

É inegável a contribuição que as instituições têm na definição do sujeito desviante. Nesse quadro, a polícia é a instância que lida com número de “condutas desviadas” sob maiores condições de discricionariedade, quando comparada às demais. A princípio, as autoridades policiais interagem com “leigos” (denunciante ou suspeitos), em posição de domínio e à margem do controle das demais instituições que irão, aos poucos, integrar o cenário. Ressalte-se que, ao menos nesse momento inicial, é a autoridade policial quem toma a maior parte das decisões políticas, sendo a ela que a sociedade costuma confiar a maior parte das funções de controle social (DIAS; ANDRADE, 1997).

Trazendo esse contexto para a conjuntura da busca pessoal em tela, denota-se que o exercício da atividade policial é um dos primeiros momentos em que se dá a deturpação da real finalidade da busca pessoal, em conformidade aos ditames do art. 244 do Código de Processo Penal. Conforme já demonstrado, a leitura atenta do referido dispositivo não dá azo a arbitrariedades na designação da “fundada suspeita”.

No entanto, quando se indaga aos policiais quais seriam os critérios por eles levados em consideração para a determinação do perfil suspeito, as respostas remetem a expressões como “favela”, “vestimenta” e outras que, em um primeiro momento, indicariam que o preconceito de classe predomina sobre o racial. Todavia, na prática, o que opera é o racismo institucional (BARROS, 2008).

Amar é um dos estudiosos que defende a existência de um racismo institucional “quando uma organização ou estrutura social cria um fato social racial hierárquico – um estigma visível, identidades incorporadas e geografias sociais”. Nesse sentido, não se poderia afirmar que a falta de intencionalidade em uma prática racista é uma justificativa idônea para desqualificá-la como tal. É a consequência negativa dessa conduta que contará na caracterização do racismo (AMAR, 2005 *apud* BARROS, 2008).

---

<sup>2</sup> Também conhecido como Teoria do Etiquetamento, da Rotulação, Interação e Reação Social.

Nesse ínterim, em entrevista realizada com policiais militares do Estado de Pernambuco, pôde-se demonstrar que a cor é, de fato, instrumento utilizado para selecionar o “perfil suspeito”. Destacam-se alguns exemplos, *in verbis* (BARROS, 2008):

[...] a questão do preconceito dentro da polícia não existe de fato, de forma forte, o que existe é uma ação mecânica [...] às vezes até a minha própria ação de abordagem é uma ação mecânica [...] de uns anos para cá, eu tenho tentado [...] talvez não reverter, mas talvez dar uma eliminada nessa questão de, toda vez, tem um grupo lá, um ou dois de cor e o restante branco, eu vou logo no de cor, estou tentando reverter isso. (Sargento PM);

[...] mas a própria tropa quando está com a gente, em situação de abordagem, ela (a tropa) vai na frente e vai abordar sempre aqueles que são negros, a tropa vai fazer isso, é automático. (Tenente PM);

[...] até, às vezes, pela aparência, no caso, a cor negra, muita gente vai por uma questão do cabra ser negro. (Cabo PM);

Com certeza, existe realmente essa discriminação no ato da abordagem. Numa simples abordagem você vai discriminar, não sei o porquê, mas a preferência da abordagem é, com certeza, a pessoa de cor, o negro. (Tenente PM);

Quando estou pela cidade e estou à paisana, a gente vê, qualquer abordagem, não pode passar um negro e a turma vai logo abordando, é o preconceito racial. (Sargento PM);

[...] que a maioria dos pretos que a gente vê está em decadência, por isso que há geralmente essas abordagens sempre mais com pretos, primeiro lugar com os pretos. (Soldado PM).

Na oportunidade, a pobreza foi um fator levantado pelos policiais:

A relação pobreza ainda existe, persiste, e normalmente há uma associação, não sei se inconsciente, coletiva, de quem está, vamos dizer, naquela condição de pobre, com aquele biótipo, com aquela cor, termina sendo alvo de diferenciação. (Capitão PM);

Eu tenho assim uma ligeira impressão que isso (a discriminação racial) acontece às vezes [...] decorrente da própria pobreza, e até porque a pobreza traz em si um aspecto de marginalização. (Soldado PM);

Quer queira, quer não, é na comunidade pobre, carente, onde a gente encontra a maior quantidade de meliantes, não é? De marginais. (Capitão PM);

O negro mora em favela, lugares assim, que dá suspeita a abordagem do elemento. (Sargento PM)

Contudo, a cor da pele persiste sendo priorizada:

Entrevistador: se você tivesse de identificar um suspeito, o que mais lhe motivaria, a situação social ou racial?

“O maltrapilho seria o ponto inicial”.

Entrevistador: se duas pessoas estivessem maltrapilhas, sendo uma negra e outra branca, qual delas seria abordada em primeiro lugar?

“O negro seria abordado primeiro.” (Tenente PM)

Na *práxis* policial, acaba imperando o “Código das Ruas”, baseado no “tirocínio” das autoridades policiais, consistente na capacidade intuitiva e eficaz de identificar os indivíduos suspeitos em razão da experiência. Nesse panorama, padrões de seletividade racial podem resultar de um conjunto de fatores, aparentemente externos ao policial, a exemplo da denúncia anônima (a qual pode eliminar a assunção, pelo agente, de que ele estaria agindo de forma discriminatória). Apesar disso, a decisão de abordar reflete as concepções, transmitidas institucionalmente, acerca de quem seriam os suspeitos “adequados”. Tal padrão termina, ao

mesmo tempo, assegurando a permanência de resultados seletivos e isentando as autoridades pelas seleções efetuadas (DUARTE; MURARO; LACERDA; GARCIA, 2012).

Dessa forma, vê-se que praticamente qualquer conduta descrita pelo policial como “atitude suspeita” é reputada válida na prática de uma busca pessoal sem mandado prévio. Como visto, tal conjuntura se mostra indissociável da influência de preconceitos dos agentes públicos na efetivação do ato, especialmente atrelados à etnia e à situação econômica do acusado. Essa questão se torna notória quando se atenta para a redação legal do art. 53, *caput*, da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), o qual dispõe que “O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra” (MARQUES, 2019).

Nessa perspectiva, corroborando a tese do *Labelling Approach*, a busca pessoal na realidade brasileira está correlacionada à criação de um real estereótipo sobre determinada camada da sociedade, a qual passa a sofrer, então, os efeitos degradantes da estigmatização. Contudo, a Teoria do Etiquetamento, em que pese sua importância para o estudo criminológico, recebeu algumas críticas.

Nesse sentido, Alessandro Baratta, partidário da Criminologia Crítica, entendeu que o *Labelling Approach* não questiona o poder de rotular, que aparece quase como um elemento acidental. Com efeito, a ausência de uma perspectiva macrossociológica sobre o fato acaba produzindo um “teatro de aparências”, em que as condições materiais ou a luta de classes parecem não ter visibilidade. Para o autor, essa despolitização foi incapaz de aprofundar a interpretação da questão criminal, de compreender os mecanismos reguladores da população desviante e as relações de poder sobre as classes criminalizadas (BARATTA *apud* BATISTA, 2011).

Portanto, segundo Baratta, o estereótipo do criminoso corresponde, fundamentalmente, à imagem e às condições de vida dos indivíduos pertencentes aos grupos sociais menos favorecidos. O rótulo atribuído ao “desviante” e a reação social à criminalidade atrelada a ele contribuem, consideravelmente, para o abismo entre os grupos sociais economicamente desiguais. A criminalidade, então, promove a reprodução de “guetos” de marginalidade social (BARATTA, 2006).

Nesse contexto, o Abolicionismo Penal, enquanto vertente da Criminologia Crítica, enfatiza que o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir desigualdades e injustiças sociais, atuando de modo seletivo e estigmatizante. Assim, essa teoria ratificou a noção – oriunda do *Labelling Approach* – de que a desviação não é ontológica, mas sim decorrente da reação social. Indo mais além, a Teoria Abolicionista ressaltou a necessidade de se desmistificar o papel das instituições sociais, dada a imensa burocracia existente, especialmente nos países de *civil law*, quando se vislumbra que as instâncias possuem estruturas compartimentalizadas e, por vezes, independentes entre si (SHECAIRA, 2008).

Aqui, cumpre consignar que, por exemplo, a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário desenvolvem critérios próprios de ação, ideologias, culturas e subculturas. Muitas vezes, em vez de trabalharem articuladamente, atuam como agentes independentes e até como inimigos. Em face disso, as suas responsabilidades acabam sendo diluídas, de modo que nenhuma dessas instituições se preocupa, efetivamente, com o que ocorrerá com o acusado e/ou com a vítima (SHECAIRA, 2008).

Partindo desse arcabouço teórico, ao se ater o olhar para a problemática sob análise neste trabalho, constata-se que não se pode atribuir somente às autoridades policiais a seletividade do sistema penal. Na verdade, na *práxis* forense, o Ministério Público e o Poder Judiciário acabam referendando práticas discriminatórias efetuadas na etapa pré-processual. Nesse campo, o órgão ministerial, por vezes, para fundamentar a peça acusatória, utiliza-se de depoimentos policiais que

relatam abordagens lastreadas em “fundadas suspeitas” desprovidas de elementos concretos e objetivos. Ademais, mesmo tendo a função constitucional de realizar o controle externo da atividade policial, o aludido órgão, especialmente em ocasiões mais graves (em termos de aparente arbitrariedade), parece se omitir diante de tais abusividades.

Por sua vez, o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, tem validado quase qualquer conduta descrita pelo policial como “atitude suspeita” – e, às vezes, sequer descrita, como se verá na análise das decisões judiciais a seguir. Em contrapartida, para cumprir com sua função institucional e, sobretudo, para atuar de acordo com o devido processo legal, o juízo, ao se deparar com algum elemento probatório ilícito, deve proceder à declaração de sua nulidade e, se for o caso, também a de todos aqueles dele derivados.

Ao contrário, o “Código das Ruas” acaba por adquirir eficácia a partir do modo como os resultados obtidos pelos policiais é aceito, valorado e chancelado nas etapas seguintes de criminalização, especialmente pelo Poder Judiciário. Por fim, a omissão generalizada em relação ao debate suscitado pelas denúncias das vítimas do racismo institucional corresponde a uma importante dimensão da convalidação de padrões, inclusive inconscientes, de preconceitos (DUARTE; MURARO; LACERDA; GARCIA, 2012).

## UM OLHAR PRÁTICO SOBRE A BUSCA PESSOAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Realizadas as reflexões sobre quem é o indivíduo suspeito na conjuntura da busca pessoal, faz-se oportuno apreciar como vêm atuando os operadores do Direito nessa temática, notadamente no âmbito das decisões judiciais. De início, insta citar o conhecido julgamento do *Habeas Corpus* nº 81305/GO, no qual o paciente-impetrante requereu o arquivamento de Termo Circunstanciado de Ocorrência que o autouo pela prática de desobediência, delito tipificado no art. 330 do Código Penal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **HC nº 81205 - GO**. Paciente-impetrante: Marcelo Carmo Godinho. Coator: Turma Julgadora Criminal dos Juizados Especiais da Comarca de Goiânia. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13/11/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 25 nov. 2019).

No *writ*, quanto ao mérito, o paciente (um advogado) alegou a falta de justa causa para a propositura de ação penal, uma vez que, ao chegar à porta de sua residência após um compromisso social, enquanto estava no interior de um veículo, na companhia de um amigo, foi abordado por policiais militares que determinaram a sua saída do carro. O sujeito recusou-se a ser submetido à busca pessoal pelo fato de estar trajado de um “blusão”, circunstância que julgou insuficiente para configurar a “fundada suspeita” de porte de arma ou de quaisquer objetos ilícitos, prevista no art. 244 do CPP.

Pronunciando-se sobre a questão, o Relator, Min. Ilmar Galvão, acertadamente assinalou, *in verbis*:

(...) a dita suspeita não pode basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, discricionários do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, mormente quando notório o constrangimento dela decorrente. Do contrário, corre-se o risco de referenciar condutas arbitrárias que, além de ofensivas aos direitos e garantias individuais, caracterizam evidente abuso de poder.

Outro aspecto bastante discutido acerca do presente tema é a revista íntima. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, se houver fundada suspeita de que o visitante de determinado presídio esteja portando drogas, armas, telefones ou outros objetos proibidos, será possível a revista íntima, pois esta, por si só, não ofende a dignidade humana, especialmente se for realizada

em conformidade à lei, sem qualquer procedimento invasivo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1652864 - RS (2017/0026812-7)**. Recorrente: MPRS. Recorrido: Maiara dos Santos Cezar. Relator: Min. Jorge Mussi, 31/03/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=70679833&num\\_registro=201700268127&data=20170410&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=70679833&num_registro=201700268127&data=20170410&tipo=0). Acesso em: 25 nov. 2019).

Todavia, nota-se que meios indiretos de revista íntima, os quais se mostram menos vexatórios, são reiteradamente incentivados por medidas normativas. Por exemplo, tem-se a Lei nº 13.271/16 (BRASIL, 2016), a qual proíbe a realização de revista íntima em locais de trabalho no tocante a funcionárias e clientes do sexo feminino<sup>3</sup>, e a Lei nº 10.792/03 (BRASIL, 2003), cujo art. 3º exige a aquisição de aparelhos capazes de detectar metais nos estabelecimentos penitenciários<sup>4</sup>. Com essa última modificação legislativa, existem entendimentos que aduzem a ocorrência de vedação implícita da revista íntima em penitenciárias (NASSARO, 2007).

Ainda sobre o tema, em decisão recentíssima, a 6ª Turma do STJ firmou o entendimento de que “é ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **REsp nº 1695349 - RS (2017/0230844-7)**. Recorrente: MPRS. Recorridos: Rafaela Vieira da Luz e Ismael Ferreira Machado. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 08/10/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100526746&num\\_registro=201702308447&data=20191014&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100526746&num_registro=201702308447&data=20191014&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 26 nov. 2019).

No caso, a acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, apenas, em uma denúncia anônima feita ao presídio, informando sobre sua tentativa de nele entrar portando drogas. Contudo, ao que parece, não foram realizadas outras diligências prévias com o escopo de apurar a veracidade e a plausibilidade da informação. Logo, a “denúncia anônima” se mostrou incapaz de, isoladamente, configurar as fundadas suspeitas necessárias à realização de revista íntima. Nesse sentido, manifestou-se o Relator, Min. Rogerio Schietti Cruz:

Se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância – localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) –, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo. 4. Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.

Em que pese a extrema relevância dos entendimentos acima revelados, o que se vê na *práxis*, via de regra, são reiteradas decisões que versam sobre buscas pessoais baseadas em critérios subjetivos e arbitrários, em flagrante descumprimento aos ditames do art. 244 do Código de Processo Penal. Exemplo disso foi o julgamento de Embargos de Declaração na Apelação nº 20150310168016 (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Turma Recursal). **Embargos de Declaração na Apelação nº 20150310168016 (0016801-88.2015.8.07.0003)**. Embargante: Ana Lillian Loureiro Almeida. Embargado: MPDFT. Relator: Des. Aiston Henrique de

<sup>3</sup> Art. 1º As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino.

<sup>4</sup> Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.



Sousa, 31/01/2019. Disponível em: <https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2019/82.pdf#page=0>, p. 565. Acesso em: 25 nov. 2019).

Nele, a 1ª Turma Recursal do TJ-DFT decidiu que “a busca pessoal independe de mandado judicial quando há fundada suspeita da prática de crime”, fazendo referência à parte final do art. 244 do Código de Processo Penal. Em seguida, afirmou que “é fundada a suspeita do policial que, baseado na experiência comum, em patrulhamento, avista grupo de pessoas em que normalmente se constata o uso de substância entorpecente”.

É possível verificar que a aludida decisão reproduz a equivocada interpretação que comumente se dá à busca pessoal sem exigência de mandado prévio. Isso porque, conforme pode se depreender da leitura do trecho supratranscrito, falou-se em “fundada suspeita da prática de crime”, o que diverge da concreta redação do art. 244 do CPP<sup>5</sup>. Ademais, deve-se dar especial atenção ao trecho em que se remete ao tirocínio policial. Afirmar que é fundada a suspeita quando o policial, em patrulhamento, avista grupo de pessoas em que normalmente se constata uso de drogas é distanciar-se dos elementos concretos e objetivos exigíveis à realização da busca pessoal.

De outro giro, interessante foi a recente decisão exarada no julgamento da Apelação nº 00077687120118190006 pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No caso em tela, a apelante se insurgiu contra sentença que indeferiu pedido de condenação em verbas indenizatórias, em favor da autora, pelo Estado do Rio de Janeiro e Município de Barra do Piraí, em razão de abordagem vexatória à qual alega ter sido submetida por policiais militares e por uma guarda municipal.

Em contrapartida, o Tribunal decidiu que a sentença deveria ser mantida, uma vez que o contexto fático não teria revelado a prática de qualquer ato ilícito pelos agentes públicos, tratando-se de ação de mera rotina – busca pessoal, amparada pelo art. 244 do CPP (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0007768-71.2011.8.19.0006**. Apelante: Mônica Cristina de Souza Rodrigues de Oliveira Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município de Barra do Piraí. Relator: Des. Adolpho Andrade Mello, 05/07/2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2690D8CF115797DD3D4FA0E7FD1B0D0C50836380F2D>>. Acesso em: 25 nov. 2019).

Ainda sobre o referido caso, o Relator, Min. Adolpho Andrade Mello, prosseguiu:

(...) E havia fundada suspeita, ante a notícia de alguém que se encontrava no ônibus no qual viajava a apelante e com características semelhantes a esta, estaria portando tóxicos destinados a abastecer os traficantes que atuam no Município de Barra do Piraí. Destarte, fora as alegações deduzidas pela apelante, da prática de excessos por parte dos agentes públicos, as quais restaram incomprovadas, nada se extrai dos autos que leve à conclusão da prática de qualquer ilegalidade, capaz de dar azo à responsabilização seja do Estado ou do Município.

Da análise da decisão em comento, vê-se, mais uma vez, a ausência de elemento objetivo e concreto – conforme se deduz da leitura do art. 244 do CPP – que permita aos agentes públicos procederem à restrição dos direitos fundamentais da apelante, que se sentiu violada diante da “abordagem vexatória” sofrida, advinda da suposta semelhança que ela detinha com o real suspeito da prática de delito.

---

<sup>5</sup> Como visto, o art. 244 do CPP fala expressamente em “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Sob esse viés, salta aos olhos a problemática referente ao ônus probatório incidente sobre o sujeito que, além de sofrer os danos morais e psíquicos gerados por uma abordagem/revista pessoal eivada de ilicitude, ainda tem de se submeter ao ônus de provar que a autoridade pública agiu de modo ilegal. Sobre esse assunto, destaca Pedro Campanholo (MARQUES, 2019, p. 207):

A dificuldade em se combater práticas discriminatórias só aumenta quando ao próprio sujeito passivo é atribuído o ônus de provar que o agente estatal agiu de maneira preconceituosa. Trata-se da aplicação da chamada *Intent Doctrine* (“Teoria da Intenção”), a qual tem funcionado como uma barreira impeditiva de uma igualdade racial, social ou de gênero (afinal, como se prova, no caso concreto, uma intenção discriminatória?).

No âmbito do Estado de Pernambuco, a *práxis* também demonstra um juízo arbitrário na designação da “fundada suspeita”, em desacordo aos ditames legais. Um agravante disso é a redação da Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça de Pernambuco, segundo a qual “é válido o depoimento de policial como meio de prova” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Súmula nº 75**. Recife, PE: TJ-PE, [2008]. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>, p. 97. Acesso em: 25 nov. 2019).

No julgamento da Apelação Criminal nº 412179-9, no âmbito do TJ-PE, o entendimento acima exposto foi aplicado (BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 412179-9**. Apelante: Renê Antonio Bezerra de Melo. Apelado: MPPE. Relatora: Des. Maria do Perpétuo Socorro de Britto Alves, 15/02/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=535530&tipoJuris=1141&orig=FISICO>. Acesso em: 25 nov. 2019).

No caso em comento, a denúncia narrou que, em 3 de janeiro de 2013, por volta das 20:10, no Beco de Dona Rosa (Coelhos, Recife/PE), o apelante trazia consigo 37 pedras de crack destinadas ao tráfico. Em continuidade, foi dito o seguinte:

Infere-se dos autos que, policiais militares estavam fazendo rondas na Comunidade dos Coelhos, quando ao passar pela Avenida Beira Rio, avistaram um indivíduo em atitude suspeita. Durante a abordagem nada de ilícito foi encontrado com o mesmo, tendo o indivíduo alegado que era usuário de crack e, por este motivo, estava na localidade. Os policiais suspeitando que poderiam encontrar alguém traficando drogas no local, fizeram buscas pelo beco, onde localizaram o denunciado que já é conhecido pelos policiais por traficar drogas na localidade e, realizaram a abordagem. Durante a revista policial foram encontradas com o Denunciado sete pedras de crack, acondicionadas na bermuda dele. Realizada uma varredura no local onde o Denunciado reside, os policiais encontraram mais trinta pedras de crack e a quantia de R\$ 41,25 (quarenta e uma reais e cinco centavos) em moedas, além de vários saquinhos de embalar drogas (...)

Do delineado, pode-se verificar a menção a uma suposta atitude suspeita, sem que fosse descrito qualquer critério objetivo levado em consideração para a realização da abordagem policial. Frise-se que, embora as autoridades não tenham encontrado algo de ilícito com o indivíduo citado, por suspeitarem de que poderiam, eventualmente, encontrar sujeitos praticando tráfico de drogas, continuaram a realizar buscas na localidade, ocasião em que encontraram o apelante e efetuaram a abordagem.

Observe-se que, mais uma vez, não se descreveu qual o critério objetivo e concreto verificado para proceder à revista. Indo mais além, a denúncia dispõe que foi feita uma “varredura” no local onde o apelante reside, de forma a atropelar garantias constitucionalmente asseguradas, como a intimidade privada, o domicílio e, por óbvio, a própria dignidade humana. Com efeito, no caso em questão, ao menos dois indivíduos tiveram seus direitos completamente ignorados pelos agentes públicos que executaram a busca pessoal e, posteriormente, domiciliar, o que as tornou plenamente ilícitas.

Análise similar pode ser extraída do julgamento da Apelação Criminal nº 430008-3, pela 2ª Câmara Criminal do TJ-PE (BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 430008-3**. Apelante: Eurípedes Gonçalo Pereira. Apelado: MPPE. Relator: Des. Antônio Carlos Alves da Silva, 30/08/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=560437&tipoJuris=1141&orig=FISICO>. Acesso em: 25 nov. 2019).

No exemplo, a peça acusatória relatou, *in verbis*:

(...) No dia 04 de Janeiro de 2014, por volta das 13h30min, os policiais estavam realizando rondas ostensivas na localidade do bairro de São José, na Rua Rio Capibaríbe, próximo à Casa da Cultura quando encontraram o denunciado em atitude suspeita. As autoridades policiais decidiram abordar Eurípedes, visto que o local é um ponto conhecido de tráfico de drogas. Logo em seguida, Eurípedes, foi revistado pelos policiais, que encontraram com o denunciado 28 (vinte e oito) "pedras de crack" e o valor em espécie de R\$ 29, 00 (vinte e nove reais). Ao ser questionado sobre o que estava fazendo no local, Eurípedes confessou estar vendendo drogas e também afirmou que teria mais entorpecentes guardados em um barraco na Favela Roque 2. Nesse momento, os militares seguiram o indivíduo até o referido barraco e no local encontraram mais 20 (vinte) "pedras de crack", totalizando 48 flagrante (Quarenta e levada e oito) pedras do entorpecente. Assim, o denunciado foi autuado totalizando e levada para a Delegacia (...)

Vê-se, novamente, a ausência na definição da suposta atitude suspeita. Ademais, a justificativa levantada pelos policiais para efetuar a abordagem foi o fato de o local ser um ponto conhecido de tráfico de drogas – inexistente, portanto, qualquer elemento objetivo e concreto idôneo a fundamentar o ato.

Ainda no que concerne aos dois últimos casos concretos apresentados, mesmo que tenham sido encontradas substâncias entorpecentes com os sujeitos e em suas residências, tais elementos não deveriam ter sido utilizados para lastrear a justa causa para propositura de ação penal pelo Ministério Público, visto que a prova foi obtida de maneira ilícita pelos policiais militares. Por sua vez, se eventualmente essa busca ilegal viesse a, por si só, justificar a denúncia, seria ideal que o juízo inadmitisse o elemento probatório e a rejeitasse. Todavia, como visto, isso não ocorreu, inclusive com amparo na Súmula nº 75 do TJ-PE já referida, vindo-se a condenar os apelantes. Em segunda instância, a sentença foi mantida em seus exatos termos, em ambos os casos. Constata-se, pois, que a busca pessoal, ilegal desde a origem, foi sequencialmente reputada válida pelas agências de poder.

Portanto, ao que se vê, o sistema penal, embora concebido como mecanismo de garantia de paz e ordem na sociedade, seleciona arbitrariamente os indivíduos mais vulneráveis e historicamente oprimidos e os estigmatiza, violando frontalmente os seus direitos constitucionalmente assegurados.

## **REFLEXÕES SOBRE AS POSSÍVEIS ALTERAÇÕES DO CENÁRIO ATUAL**

À luz dos mencionados direcionamentos para tornar a busca pessoal menos arbitrária e atinente a critérios objetivos exigíveis – tais como a interpretação correta do art. 244, que exclui a possibilidade de uma busca pessoal preventiva, e a necessidade de vinculação da busca ao caso penal –, é possível propor algumas reflexões que auxiliam na alteração do cenário hodierno, com o intuito de evitarem-se violações a direitos individuais.

A fim de tornar mais compreensível a formulação das alternativas pensadas neste trabalho, optou-se por sistematizá-las da seguinte forma: medidas normativas e medidas fiscalizatórias. Pode-se, ainda, subdividir estas últimas em: controle externo da população e do Ministério Público;

Ouvidorias de Polícia; estímulos a condutas que protejam os direitos humanos, incluindo cursos e guias; e, por fim, a criação de um protocolo nacional para uniformizar a atuação policial.

## Medidas normativas

Em razão de a busca pessoal ser fracamente disciplinada no diploma processual penal e de inexistirem legislações extravagantes que poderiam prever de forma mais completa o instituto, torna-se inevitável mencionar, como um dos modos de alterar o quadro atual da busca, a adoção de eventuais medidas normativas.

É possível verificar, *a priori*, que algumas propostas de lei servem ao estímulo de arbitrariedades. Exemplo disso é o Projeto de Lei nº 9.549 (BRASIL, 2018), que permite a busca investigativa e preventiva ao alterar os arts. 244 e 240, § 2º do CPP. O PL propõe a apreensão de celulares, protocolo de internet e CPUs, bem como o cumprimento da busca pessoal no curso da busca domiciliar. Por fim, propõe mudança no art. 244, de forma a retirar a expressão “fundadas suspeitas” e incluir, em seu lugar, “quando o policial julgar pertinente como medida preventiva da criminalidade e violência”, ainda estando sujeita à apreciação pelo Plenário.

De outra banda, são observados exemplos benéficos, que buscam obstaculizar as arbitrariedades na atuação policial e a posterior ratificação de seus atos por outras agências de poder. Em 2004, o Senado Federal propôs o Projeto de Lei nº 77, que pretendia alterar o art. 244 do CPP ao adicionar um parágrafo único que obrigava o executor da busca a fundamentar o motivo e os fins da diligência<sup>6</sup>. O projeto também propunha modificar o art. 4º da Lei nº 4.898/65, para definir que a busca pessoal, realizada sem mandado judicial prévio, deveria estar sujeita a posterior registro e justificação<sup>7</sup> (CHOUKR, 2014).

Vislumbra-se, pois, que a disciplina da busca pessoal no CPP passaria a estar ainda mais específica quanto ao tema, trazendo um rigor que se faz necessário, dado o caráter “invasivo” do ato. Ocorre que o projeto de lei não prosperou e possivelmente suscitaria críticas no seio social, que associaria a medida à ideia de impunidade. Além disso, é de se questionar se o “posterior registro”, mencionado na alínea “j” do art. 4º do PL, seria criteriosamente observado pelas demais instâncias de controle. Isso porque, como anteriormente exposto, mesmo que os depoimentos policiais não revelem critérios objetivos relacionados à “fundada suspeita” disposta no art. 244 do CPP, isso acaba vindo a integrar o processo criminal, sendo, portanto, validado.

É possível visualizar, na prática, o exemplo da obrigatoriedade de fundamentação escrita no caso de uso de algemas por parte do custodiado, conforme a Súmula Vinculante nº 11 do STF<sup>8</sup> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 28 nov. 2019). Sem embargo tal exigência constituir-se como uma forma de prevenir os direitos do algemado, a fundamentação pode vir a ser vazia e até mesmo dissidente da realidade, de forma que não se mostra suficiente a impedir ou evitar eventuais desvios de finalidade.

<sup>6</sup> Art. 244. (...) Parágrafo Único: “Na hipótese de inexigibilidade de mandado, deverá o executor mencionar o motivo e os fins da diligência, registrando o local, bem como o nome, documento de identidade, sexo, idade, cor e religião da pessoa inspecionada”.

<sup>7</sup> Art. 4º, alínea “j”: “Constitui-se também abuso de autoridade: (...) j) executar busca pessoal sem a exibição de mandado judicial ou, na hipótese de inexigibilidade deste, sem proceder posterior registro e justificação”.

<sup>8</sup> “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Dessa maneira, chega-se à grande problemática presente em todo o ordenamento jurídico: a criação de normas, mesmo quando pode vir a trazer benefícios para a sociedade, esbarra na sua esbarrada aplicação pelos operadores do Direito, que, não raras vezes, terminam por desrespeitar o devido processo legal. Portanto, são cabíveis críticas a tais medidas normativas, por vezes levantadas no debate acerca da busca pessoal, pois acabam inflando o legislativo e criando um aparato exorbitante de normas que não possuem quaisquer funcionalidades na prática.

Com efeito, a diretriz que as eventuais normas deveriam seguir é o fato de que a interpretação do art. 244 do CPP é errônea, devendo-se atentar para o aspecto de que buscas pessoais não devem ser feitas quando da inexistência de processo ou quando ausente perigo ou dano a ponto de estar-se diante de uma excludente de ilicitude. Sendo assim, em vez de serem criadas normas desfuncionalizantes na prática, torna-se mais urgente a leitura correta do dispositivo, para que as finalidades da busca pessoal passem a ser concretizadas no cotidiano da abordagem policial.

### **Medidas fiscalizatórias**

As medidas fiscalizatórias servem precipuamente à contenção do comportamento policial, sempre tendo como norte o princípio da proporcionalidade. Uma das principais formas de fiscalização é o chamado controle externo popular, por meio do qual todo cidadão pode questionar a legalidade de determinado ato. Assim, evita-se que o uso do poder se convale em abuso do poder, seja por excesso ou por desvio de finalidade (HOFFMAN; FONTES, 2017).

Por vezes, o cidadão, ao presenciar uma abordagem policial, resolve registrar a atuação fotografando ou filmando, como maneira de fiscalizar a ação estatal, especialmente quando é utilizada a força. Ocorre que, em algumas situações, o policial militar, sentindo-se incomodado com o registro, arrecada o aparelho do indivíduo e o conduz para a delegacia de polícia, seja pela alegada prática dos crimes de desobediência e desacato, ou porque seria uma testemunha obrigatória dos fatos. Todavia, tal comportamento é incorreto, porquanto ao cidadão é permitido fiscalizar a ação dos agentes públicos sem atrapalhar o desempenho de sua função e sem alterar a cena do crime, uma vez que inexistente vedação legal para que uma pessoa registre fatos em vias públicas (HOFFMAN; FONTES, 2017).

Entretanto, antes de tudo, faz-se necessário que a população saiba que é permitida a gravação, nos moldes de seu direito de defesa, a fim de produzir elementos de prova. Assim, é preciso que todas as instâncias formais (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Ministério Público), também com o auxílio da mídia, atuem em conjunto pelo controle social, através de meios informativos. No Brasil, o Ministério Público promove diversas cartilhas – como exemplo, cita-se a cartilha do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2013) – que indicam os direitos e deveres do cidadão ao ser abordado, bem como direcionam a procedência da pessoa nos casos de violência e corrupção policial. Através dessas medidas, é necessário que se divulguem os canais por meio dos quais a população pode denunciar práticas abusivas perpetradas pelas autoridades policiais.

Nessa perspectiva, outro tipo de controle que se mostra eficaz é a gravação das revistas por parte dos próprios agentes policiais. Cita-se o exemplo dos Estados Unidos, quando, em 1990, na ocasião do “stop and frisk” (equivalente à busca pessoal realizada sem mandado judicial prévio no Brasil), foi determinado que os agentes gravassem sua abordagem, a fim de fundamentar a suspeita sobre determinado indivíduo. Quando colocada em prática à época, a medida tornou-se um controle de indubitável eficácia, especialmente porque os policiais se veem diante de possíveis responsabilizações criminal, civil e administrativa. De outra banda, os próprios agentes também se

protegem contra eventuais inverdades que podem ser ditas pelos custodiados, amparando-se no registro das gravações para afirmar que suas abordagens foram feitas nos limites da legitimidade (LOGAN, 2001 *apud* MARQUES, 2019).

O controle da atuação policial também deve ser realizado pelo Ministério Público, que se constitui como instituição que detém, constitucionalmente, o dever de controlar externamente a atividade policial, nos moldes do art. 129, VII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). O *Parquet* estadual é formalmente uma instituição autônoma e seus promotores públicos contam com independência para realizar investigações sobre abusos cometidos por policiais e proceder à fiscalização dessas instituições. Como exemplo concreto da função atribuída ao fiscal da ordem jurídica, tem-se o Ministério Público de São Paulo, o qual possui uma equipe dedicada ao controle externo da atividade policial denominada Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) (SÃO PAULO, 2009).

Outra forma possível de serem realizadas medidas fiscalizatórias é por meio das Ouvidorias de Polícia, as quais são comandadas por um representante da sociedade civil, com total autonomia e independência. Esse órgão desempenha o papel de ouvir, encaminhar e acompanhar elogios, denúncias, reclamações e representações da população referentes a atos arbitrários e violações aos direitos individuais ou coletivos praticados por autoridades e agentes policiais, civis e militares. Os casos de violação à integridade física (homicídio, tortura e abuso de autoridade) têm tratamento prioritário (SÃO PAULO, 2009).

Também é possível mencionar o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEPE), instituição de São Paulo, criada em 1991, que tem por finalidade investigar as violações de direitos humanos e encaminhar às autoridades competentes as denúncias e representações que lhe sejam dirigidas, além de propor às autoridades a instauração de sindicâncias ou processos administrativos (SÃO PAULO, 2009).

Nesse contexto, também podem ser citados cursos disponíveis, na grade curricular das academias de polícia, sobre atuações pautadas nos Direitos Humanos, os quais propõem soluções para as quais os policiais não foram anteriormente treinados (SANTOS; OLIVEIRA, 2015). Ademais, destaca-se o Guia de Direitos Humanos para Instituições Militares (BRASIL, 2008). Tal documento expõe o código de conduta, apresentado pela ONU, a ser cumprido pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como enumera os direitos fundamentais do cidadão a ser abordado. Por fim, também retrata que o uso de arma de fogo deve ser medida excepcional e restrita a situações graves.

Como última medida fiscalizatória, propõe-se a criação de um protocolo nacional no campo da abordagem policial ostensiva, uma vez que se torna necessário uniformizar o tratamento fornecido à matéria. A medida deve ser feita de acordo com o princípio da proporcionalidade e com as disposições do CPP sobre a busca pessoal, propondo caráter menos arbitrário e mais garantista ao cidadão brasileiro. Por sua vez, as demais instâncias de controle social – por exemplo, Ministério Público e Judiciário – exerceriam a devida responsabilização do agente que violasse o referido regulamento.

É importante citar que já existem protocolos estaduais no tocante à matéria de abordagem policial, como a cartilha do Ministério Público Federal para o Nordeste (BRASIL, 2010), a qual destrincha as diferenças existentes entre os tipos de polícia, bem como ensina o cidadão a como proceder diante de violência policial; a cartilha sobre atuação policial, do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013), que versa sobre diferentes tipos de abordagens para pessoas em situação de vulnerabilidade, como os LGBTTs, pessoas em situação de rua, usuários de drogas, adolescentes, deficientes físicos e idosos; e o Manual Básico de Policiamento Ostensivo da Polícia Militar (SÃO PAULO, 1997), o qual, sem dúvidas, despertou maiores críticas.

O último documento citado propõe que a abordagem policial seja feita de forma diferente a depender do indivíduo sobre o qual será realizada a busca. O Manual sugere, nesse sentido, que a busca preliminar deve ser realizada quando inexistem suspeitas de que o cidadão está portando objeto de delito, corroborando com ilegalidades ao estimular que a busca deve ser feita mesmo sem fundada suspeita, conforme preleciona o art. 244 do CPP. O documento menciona, ainda, que, no caso de os executados serem “delinquentes”, a busca poderá ser realizada em sua modalidade minuciosa – isto é, de forma mais invasiva –, o que, além de ratificar a estigmatização salientada pelas teorias criminológicas, estimula um comportamento desajustado e restritivo à clientela conhecida do Direito Penal (SÃO PAULO, 1997).

Levando o exposto em consideração, faz-se imprescindível a realização de um protocolo unificado, capaz de garantir um padrão de conduta por parte de todos os policiais militares, no campo da ostensividade. Isso porque diferentes documentos que visam a um mesmo objetivo podem suscitar conflitos em suas redações e até mesmo ir de encontro à própria lei e servir à estigmatização, como no exemplo citado acima. O protocolo nacional deverá, portanto, estar de acordo com os princípios da legalidade e da proporcionalidade ao discriminar os comportamentos dos agentes estatais, citando, porventura, situações específicas em que a abordagem deverá ser mais cuidadosa nos casos de executados vulnerabilizados, a exemplo da anteriormente mencionada cartilha sobre atuação policial, do Ministério da Justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a presente pesquisa teve enfoque na análise da busca pessoal, sem mandado judicial prévio, no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente prevista como um meio de obtenção de prova. Buscou-se demonstrar o desvirtuamento ocorrido em sua finalidade, o qual culmina na violação de direitos fundamentais previstos no corpo constitucional.

Para atingir o objetivo pretendido, optou-se por analisar, respectivamente, classificações doutrinárias acerca do instituto, interpretações criminológicas sobre ele, entendimentos jurisprudenciais que vêm sendo balizados e, por fim, foram abordadas possíveis alternativas para efetuar uma melhoria no desempenho de tal meio de obtenção de prova, numa clara tentativa de resgatar a sua referibilidade e instrumentalidade – como firmemente defendido por Gisela Aguiar Wanderley, marco teórico adotado neste trabalho.

Nesse viés, pretendeu-se expor como a busca pessoal vem sendo aplicada na realidade brasileira, a começar pela equivocada interpretação do art. 244 do CPP. Para parcela dos operadores do Direito, a redação legal do dispositivo se mostra insuficiente, pois a “fundada suspeita” nele descrita careceria de complementação. Contudo, conforme já sustentado, tal interpretação não merece prosperar, na medida em que a correta leitura do artigo citado elimina qualquer distorção que dele se possa fazer: exige-se a fundada suspeita “de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Conjuntamente a isso, há quem entenda que, na execução do policiamento ostensivo, sobretudo nas localidades com altos índices de criminalidade, faz-se necessária a realização de buscas pessoais com o intuito de prevenir a ocorrência de delitos. Para quem assim defende, isso se trata de ação de mera rotina policial, amparada constitucionalmente.

Acontece que a análise desse contexto não pode ser desassociada de um viés criminológico. Assim, não se pode buscar compreender o fenômeno sem que se questionem as suas raízes. Como estudado no *Labelling Approach*, a criminalidade não é um dado ontológico, mas sim decorrente de uma reação social, a qual elege as “condutas desviadas” e, por

consequência, os “sujeitos desviantes”. Por sua vez, as agências de controle social, encabeçadas pela polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, finalizam o processo de criminalização, inserindo o indivíduo desviante no sistema de justiça criminal.

Indo mais além, a Criminologia Crítica acrescenta uma perspectiva macrossociológica à conjuntura da criminalização. Afinal, as suas aludidas raízes se mostram ainda mais profundas: existem, notoriamente, relações de poder por trás desse processo de criminalização. Vê-se que sujeitos passivos das abordagens e revistas policiais são aqueles já familiarizados com o sistema de justiça criminal: negros e pobres, historicamente oprimidos e discriminados na sociedade.

Nesse quadro, o sistema penal termina por hipervulnerabilizar uma camada populacional por ele “escolhida”. Mesmo caracterizado pela seletividade, repressividade e estigmatização, acaba tendo como principal expediente “proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem, e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário” (BATISTA, 1990, p. 169).

Pode-se afirmar, então, que o processo de criminalização e a resposta à prática de delitos associam diretamente a pobreza à criminalidade. Aqui, inscreve-se a repressão, que recai, seletivamente, sobre os mais pobres, de forma que o estigma, imediatamente, caracteriza-os como criminosos. Tal implicação se dá desde a instância policial, passando pela judiciária, até alcançar o sistema prisional (PEDRINHA, 2018). Paralelamente, o fator racial também incide, de modo que, como demonstraram os trechos dos depoimentos policiais anteriormente colacionados, a cor da pele dos indivíduos é um aspecto de relevância para determinar a sua suspeição aos olhos das agências de poder, assentando o conhecido “*racial profiling*”.

Assim, conforme leciona Baratta (1987a, p. 625 *apud* ANDRADE, 2003, p. 284):

(...) em um nível mais alto de abstração o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.

O panorama é agravado ao se vislumbrar que, no momento atual, vivencia-se uma verdadeira corrida anticriminalidade, tendo como um dos exemplos primordiais o Projeto-piloto “Em frente, Brasil”, de autoria do Ministro de Justiça, Sérgio Moro. Especialmente no Município do Paulista, em Pernambuco, por intermédio do projeto, estão sendo denunciadas práticas de revistas pessoais desprovidas de elementos concretos e objetivos, em total descumprimento à previsão legal.

Ante o exposto, a conclusão a que se chega é que paira, hodiernamente, um ideário individualista e não tão preocupado com as mazelas sociais, o que, por óbvio, repercute no sistema de justiça criminal. Assim, notadamente no âmbito da busca pessoal, permite-se que garantias individuais sejam violadas em nome de um “bem coletivo”. Enquanto isso, mais marginalização contra a população negra e periférica é reproduzida e, dessa forma, o sistema persiste construindo e reconstruindo as suas próprias vítimas.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Luana. “**Correndo é suspeito, parado é ladrão**”: busca pessoal e a construção do indivíduo suspeito. Orientador: Fernanda Correa Osório. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.



ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. Problemas sociales y percepción de la criminalidad. *In*: ELBERT, C. A.; BELLOQUI, L. (org.). **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 274-297.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 134-155, 2008.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Câmara legislativa. **Projeto de Lei nº 9549/2018**. Dá nova redação ao § 2º do art. 240 e o art. 244, ambos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para permitir a busca pessoal investigativa e preventiva, nos casos e na forma que especifica. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=03CC495AEBB9E637C0265022F105A1D9.proposicoesWebExterno2?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03CC495AEBB9E637C0265022F105A1D9.proposicoesWebExterno2?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018). Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Cidadão com segurança**: respeito mútuo entre cidadão e polícia. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. 13 p. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/CNMP\\_-\\_Cidadao\\_com\\_Seguranca\\_-\\_Final\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/CNMP_-_Cidadao_com_Seguranca_-_Final_WEB.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm). Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm). Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.271, de 15 de abril de 2016**. Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13271.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13271.htm). Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Diretrizes para uma Polícia Cidadã**: conheça seus direitos e deveres: Região Nordeste - Brasília: MPF, 2ª CCR, 2010.

24p. Disponível em: [http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCRIM/Cartilhas/cartilha\\_100\\_regiao\\_nordeste\\_visualizacao.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCRIM/Cartilhas/cartilha_100_regiao_nordeste_visualizacao.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 723, de 28 de agosto de 2019**. Autoriza a implementação da Fase 1 - Choque de Segurança do projeto "EM FRENTE BRASIL" (Programa Nacional de Enfrentamento à Criminalidade Violenta), e institui e define atribuições dos Gabinetes das Forças-tarefas. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, [2019]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-723-de-28-de-agosto-de-2019-213196089>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Guia de direitos humanos**: conduta ética, técnica e legal para instituições policiais militares. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. 18 p. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/guias/a\\_pdf/guia\\_dh\\_policias\\_ue.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/guias/a_pdf/guia_dh_policias_ue.pdf). Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Atuação policial na proteção dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade**: cartilha. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. 129 p. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/cartilhas/a\\_cartilha\\_policial\\_2013.pdf](https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/cartilhas/a_cartilha_policial_2013.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **REsp nº 1695349 - RS (2017/0230844-7)**. Recorrente: MPRS. Recorridos: Rafaela Vieira da Luz e Ismael Ferreira Machado. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 08/10/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100526746&num\\_registro=201702308447&data=20191014&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100526746&num_registro=201702308447&data=20191014&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1652864 - RS (2017/0026812-7)**. Recorrente: MPRS. Recorrido: Maiara dos Santos Cezar. Relator: Min. Jorge Mussi, 31/03/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=70679833&num\\_registro=201700268127&data=20170410&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=70679833&num_registro=201700268127&data=20170410&tipo=0). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **HC nº 81205 - GO**. Paciente-impetrante: Marcelo Carmo Godinho. Coator: Turma Julgadora Criminal dos Juizados Especiais da Comarca de Goiânia. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13/11/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 412179-9**. Apelante: Renê Antonio Bezerra de Melo. Apelado: MPPE. Relatora: Desa. Maria do Perpétuo Socorro de Britto Alves, 15/02/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=535530&tipoJuris=1141&orig=FISICO>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 430008-3**. Apelante: Eurípedes Gonçalves Pereira. Apelado: MPPE. Relator: Des. Antônio Carlos Alves da Silva, 30/08/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=560437&tipoJuris=1141&orig=FISICO>. Acesso em: 25 nov. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Súmula nº 75**. Recife, PE: TJ-PE, [2008]. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>, p. 97. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Turma Recursal). **Embargos de Declaração na Apelação nº 20150310168016 (0016801-88.2015.8.07.0003)**. Embargante: Ana Lillian Loureiro Almeida. Embargado: MPDFT. Relator: Des. Aiston Henrique de Sousa, 31/01/2019. Disponível em: <https://pesquisadje-api.tjdft.jus.br/v1/diarios/pdf/2019/82.pdf#page=0>, p. 565. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0007768-71.2011.8.19.0006**. Apelante: Mônica Cristina de Souza Rodrigues de Oliveira Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município de Barra do Piraí. Relator: Des. Adolpho Andrade Mello, 05/07/2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F2690D8CF115797DD3D4FA0E7FD1B0D0C50836380F2D>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hossan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Sindicato dos Rodoviários repudia revista da Força Nacional em Paulista. **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 1º set. 2019. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/maisacessadas/2019/09/sindicato-dos-rodoviaros-repudia-revista-da-forca-nacional-em-paulist.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DUARTE, E. C. P.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA, R. D. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, C. S. L.; BATISTA, G. C.; FIGUEIREDO, I. S. (org.). **Segurança pública e direitos humanos**: temas transversais (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 5). Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014, p. 81-118.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOFFMAN, H.; FONTES, E. Cidadão tem o direito de filmar abordagem policial. **Revista Consultor Jurídico**, 3 de out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/academia-policia-cidadao-direito-filmar-abordagem-policial>. Acesso em: 25 nov. 2019.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, Pedro Campanholo. **Busca e apreensão**: juízo de admissibilidade. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

NASSARO, Adílson Luís Franco. A busca pessoal e suas classificações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1356, 19 mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9608>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Criminologia, segurança pública e direitos humanos**: um estudo sociológico-criminal das violações e resistências: o caso alemão. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. A desfuncionalização da busca e da apreensão. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 13, nº 151, jun. 2005.

SANTOS, S. M.; OLIVEIRA, L. H. Direitos Humanos e atuação policial: percepções dos policiais em relação a uma prática cidadã. **Revista brasileira de segurança pública**. São Paulo, v. 9, n. 1, p. 140-156, Fev/Mar 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/direitos-humanos-e-atuacao-policial-percepcoes-dos-policiais-em-relacao-a-uma-pratica-cidada/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos. **Participação popular no controle externo da atividade policial e das políticas públicas de segurança**. São Paulo: Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos, 2009. 64 p. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/Cartilhas/cartilhafiddh.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Polícia Militar do estado de São Paulo. **Manual básico de policiamento ostensivo da Polícia Militar**. 3. ed. São Paulo: Polícia Militar, 1997. 235 p. Disponível em: <https://docplayer.com.br/445812-M-14-pm-policia-militar-do-estado-de-sao-paulo-manual-basico-de-policiamento-ostensivo-policia-militar-3a-edicao-setor-grafico-do-csm-mint.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Douglas Pereira da. Poder de polícia e os fundamentos da busca pessoal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 28 nov. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43167/poder-de-policia-e-os-fundamentos-da-busca-pessoal>. Acesso em: 28 nov. 2019.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set/dez. 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 128, n. 25, p. 115–149, 2017.

# OS JULGAMENTOS DE *HABEAS CORPUS* NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE E O GRAU DE (IN)EFETIVIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL

**Andrea Depieri de Albuquerque Reginato**

Doutora em Sociologia (UFS). Professora do Departamento de Direito (UFS).

**Victor Fernando Alves Carvalho**

Mestrando em Direito (UFS)

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em averiguar quão efetiva é a garantia constitucional do *habeas corpus*, a partir da análise de dados coletados em julgamentos de HC no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Efetividade, aqui, é entendida conforme o que Ferraz Junior chama de eficácia social (FERRAZ JR, 2013, p. 171): a capacidade da norma jurídica de produzir efeitos concretos com vistas à satisfação de objetivos declaradamente visados pelo ordenamento. Portanto, efetividade, neste trabalho, é um conceito operacional, do ângulo dogmático mesmo, relacionado ao alcance dos fins declaradamente definidos para a norma pelo seu ordenamento.

Nesses termos, o estudo é empírico, realizado a partir de uma série de recortes, em virtude da evidente impossibilidade de se proceder a um estudo universal. O material para a pesquisa foi selecionado a partir de um recorte espacial (ações de HC ajuizadas perante a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe) e de um recorte temporal (ações de HC ajuizadas no mês de janeiro do ano de 2017). Passou-se, a seguir, a categorizar o material recolhido segundo o teor do julgamento pela Câmara Criminal e os fundamentos invocados pelos impetrantes para o ajuizamento da ação de *habeas corpus*. Por fim, para analisar os dados obtidos, o referencial teórico foi baseado em estudos sobre os processos históricos de enfraquecimento da amplitude do *habeas corpus* no Brasil e o modelo “restritivo” de HC que aqui se implantou (KOERNER, 1999) e também sobre a ideia de democracia de baixa intensidade (SANTOS, 2003).

A partir da análise dos dados coletados sobre como foram julgadas as ações de HC na amostra selecionada, bem como sobre quais fundamentos foram invocados pelos impetrantes para o ajuizamento da ação, procuramos estabelecer inferências descritivas (EPSTEIN; KING, 2013), a fim de obter dados capazes de indicar o grau de efetividade do *habeas corpus*, considerado enquanto garantia constitucional, em uma pesquisa de cunho indutivo.

A partir desses recortes, pretendia-se inicialmente que a coleta de dados permitisse identificar: a) com que frequência as ordens de *habeas corpus*, nos recortes espacial e temporal definidos, são concedidas, denegadas ou sequer conhecidas (isto é, sequer passam do juízo de admissibilidade para o juízo de mérito); b) quais fundamentos aparecem com mais frequência na impetração de um *habeas corpus*; c) quais argumentos costumam ser mobilizados pela Câmara Criminal do TJSE para conceder, denegar ou mesmo não conhecer uma ordem de *habeas corpus*; d) qual perspectiva sobre as potencialidades do *habeas corpus* os julgadores da Corte costumam adotar (se mais restritiva ou mais ampliativa); e) se há ou não um debate sobre a responsabilização da autoridade coatora nos casos em que a Corte enxerga constrangimento ilegal; f) se os casos de não conhecimento da ordem de *habeas corpus* por perda de objeto em razão da superveniência da ordem de soltura guardam alguma relação com a “pressão” exercida pelo momento da requisição de informações à autoridade coatora etc.

No entanto, selecionaram-se como centrais apenas as variáveis referentes ao teor do julgamento e aos fundamentos invocados pelos impetrantes, não só pela ausência de recursos humanos e materiais para a ampliação da pesquisa, mas também em virtude das inspirações provenientes de análise empírica anterior promovida também no estado de Sergipe (REGINATO; ALVES, 2014), que trabalhou com aqueles mesmos dois parâmetros.

A partir da análise do teor do julgamento, é possível investigar o grau de efetividade da garantia do HC e, como consequência, o diapasão de legalidade sob o qual a prática judicial do *habeas corpus* tem sido submetida. Faz-se fundamental estudar qual perspectiva sobre as potencialidades do *habeas corpus* a magistratura costuma adotar, pois a vida e, obviamente, a liberdade humana têm sido cada vez mais judicializadas, em face dos crescentes abusos noticiados inclusive em pesquisas governamentais.

De acordo com o mais recente levantamento nacional de informações penitenciárias, o INFOPEN de junho de 2016 (SANTOS, 2017), o sistema prisional brasileiro conta com 726.712 pessoas, das quais 5.316 se encontram no estado de Sergipe. Contudo, destas 5.316, 3.461 estão presas sem qualquer condenação, apenas a título provisório, o que representa 65,1% do total de pessoas encarceradas no estado. Isso por si só sugere um panorama de ilegalidade, afinal, se a prisão sem condenação deve ser tida como exceção no sistema constitucional brasileiro, tem se tornado regra na prática judicial sergipana. A média nacional, de acordo com o mesmo levantamento, é de 40%. Em número de presos provisórios, Sergipe só fica atrás do Ceará, que conta com 65,8% de sua população prisional a título exclusivamente provisório.

O levantamento traz outros dados: em um dos gráficos, oferece o percentual de presos sem condenação que estão no sistema prisional há mais de 90 dias. O INFOPEN utilizou o prazo de 90 dias como marco temporal para conclusão da instrução probatória na ação penal e consequente prolação da sentença. Isso porque a doutrina brasileira de direito processual penal simulou o prazo de 81 dias para suprimir a lacuna legal sobre qual seria o tempo razoável para a prolação da sentença nos casos de réu preso, a partir da soma dos prazos do Código de Processo Penal para cada ato da ação penal. Nesse caso, Sergipe é o estado com maior percentual de presos sem condenação cujo tempo de prisão já ultrapassa o referencial temporal: 100% dos presos provisórios em Sergipe contam com mais de 90 dias de encarceramento. Outrossim, ainda de acordo com o INFOPEN, 86% das pessoas presas em Sergipe foram declaradas como negras, o que afirma a importância dos apontamentos do paradigma criminológico do *labeling approach* e, em especial, da criminologia crítica sobre a seletividade do sistema penal (BARATTA, 2011). Nesse particular, Sergipe fica atrás somente da Bahia (89%), do Amapá (91%) e do Acre (95%).

Outrossim, a análise referente aos fundamentos invocados pelos impetrantes para o ajuizamento de *habeas corpus* permite identificar os principais gargalos para o sistema constitucional de proteção à liberdade das pessoas. Afinal, as situações mais judicializadas pela via do HC constituem, em tese, os casos mais frequentes de ofensa à liberdade humana, dada a funcionalidade do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

O objetivo inicial da pesquisa era estabelecer um amplo recorte temporal, correspondente a todo o primeiro semestre de 2017 (mantendo-se o mesmo recorte espacial pela competência do TJSE), o que resultou primeiramente numa amostra de 1.223 ações de *habeas corpus*. Todavia, por limitações ínsitas a uma pesquisa não financiada, não foi possível trabalhar toda a amostra, nem tampouco reduzi-la ao primeiro trimestre de 2017 (o que resultaria em 640 ações de *habeas corpus*). Assim, optou-se por um recorte temporal menor, correspondente ao primeiro mês do ano

de 2017, o que ainda totalizou uma amostra de 227 ações de *habeas corpus*, das quais 24 tramitaram sob sigilo de justiça.

O alvo central do trabalho, portanto, é o grau de efetividade da garantia do *habeas corpus*. Aprendendo sobre como os Desembargadores da Câmara Criminal do TJSE se posicionaram no julgamento dos pedidos de *habeas corpus* ajuizados em janeiro de 2017, buscou-se aprender sobre quão efetiva é a garantia do HC na tutela da liberdade das pessoas. Isto é, buscou-se estabelecer inferências, “usando fatos conhecidos para aprender sobre fatos que desconhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 11). Ademais, aprendendo sobre quais fundamentos os impetrantes mais invocaram na amostra selecionada, pode-se aprender sobre quais são os principais focos de concentração de ilegalidades na proteção à liberdade das pessoas.

Como os fundamentos invocados pelos impetrantes foram analisados a partir do relatório do voto do Desembargador Relator, e não a partir da própria petição inicial do impetrante, pensou-se que inicialmente existiria uma margem de risco quanto à credibilidade das inferências sobre os principais focos de ilegalidade impugnados pela via do HC. Isso, porém, não afetou a credibilidade dos dados obtidos, tendo em vista que no fim das contas apenas duas ocorrências dominaram o campo, conforme veremos mais adiante, representando 64,48% do total.

Nossa hipótese inicial, com base em análise empírica anterior (REGINATO; ALVES, 2014), consistia em que o índice de concessões das ordens de HC na amostra selecionada era baixo. Assim, imaginávamos que o *habeas corpus*, na qualidade de instrumento jurídico apto a coibir coações ilegais no direito de ir e vir, não tem cumprido seu papel de parametrização da violência ínsita ao direito criminal, em virtude da mobilização, por parte dos magistrados, de critérios restritivos quanto à amplitude do *habeas corpus*. Quanto aos fundamentos dos pedidos de HC, supúnhamos, também com base em análise anterior (REGINATO; ALVES, 2014), que o que mais se repetia era a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

A seguir, conforme o método indutivo, apresentamos os dados oriundos do trabalho de campo, indicando, também, alguns *habeas corpus* representativos da amostra. No tópico posterior, analisamos os dados obtidos a partir do referencial teórico fornecido pelo autor de referência na área (KOERNER, 1999) e também pelo conceito de democracia de baixa intensidade (SANTOS, 2003).

## **OS JULGAMENTOS DE *HABEAS CORPUS* NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE E O GRAU DE (IN)EFETIVIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

Conforme os recortes estabelecidos, categorizamos o material recolhido segundo o teor do julgamento das ações e os fundamentos invocados pelos impetrantes. Esta pesquisa permite, portanto, compreender em que parâmetros a garantia do *habeas corpus* é admitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e, a nível mais profundo, se o HC efetivamente cumpre seu papel constitucional de contenção da violência ínsita ao poder de punir do Estado.

Sistematizamos os dados obtidos em duas tabelas, a primeira sobre o teor do julgamento das ações e a segunda sobre os fundamentos invocados pelos impetrantes:

**Tabela 1 – Teor do julgamento das ações de *habeas corpus***

<b>Teor do julgamento</b>	<b>Ocorrências</b>	<b>%</b>
Ordem conhecida e denegada.	66	31,73
Ordem não conhecida, em razão de <i>litispêndência</i> .	30	14,42
Ordem não conhecida, por <i>ausência de prova pré-constituída</i> .	26	12,5
Ordem não conhecida, pois considerada <i>prejudicada por falta de objeto</i> .	26	12,5
Ordem parcialmente conhecida, e na parte conhecida denegada.	22	10,58

Ordem não conhecida, por <i>falta de prévia análise da autoridade inferior e consequente possibilidade de supressão de instância.</i>	10	4,81
Ordem conhecida e concedida.	6	2,89
Ordem não conhecida, pela existência de <i>coisa julgada.</i>	6	2,89
Ordem não conhecida, por <i>falta de interesse processual.</i>	5	2,4
Ordem não conhecida, por ter ocorrido <i>desistência.</i>	4	1,92
Ordem não conhecida, pela <i>estreiteza da via e inadequação do HC como sucedâneo recursal.</i>	2	0,96
Ordem parcialmente conhecida, e na parte conhecida concedida.	2	0,96
Ordem conhecida e parcialmente concedida.	2	0,96
Ordem não conhecida, em razão da <i>incompetência.</i>	1	0,48
Total	208	100

Fonte: autoral

Da amostra inicial relativa aos 227 pedidos de *habeas corpus* impetrados em janeiro de 2017 perante o TJSE, excluímos as 24 ações que tramitaram sob segredo de justiça. Houve, assim, 203 ações, no entanto os processos de nº 201700300119, 201700300120, 201700300167, 201700300210 e 201700300225 apresentaram um julgamento de teor duplo, razão por que o número total de ocorrências subiu para 208, que consideramos, portanto, como 100%. Julgamento duplo, aqui, se refere aos casos em que quanto a uma causa de pedir o Tribunal julgou de um modo (não conheceu, por exemplo), e quanto a outra causa de pedir o Tribunal julgou de outro modo (denegou, por exemplo), num mesmo *habeas corpus*.

**Tabela 2 – Fundamentos invocados pelos impetrantes**

<b>Teor dos fundamentos</b>	<b>Ocorrências</b>	<b>%</b>
Ausência dos requisitos necessários à prisão preventiva.	119	45,95
Excesso de prazo na formação da culpa.	48	18,53
Ilegalidade na prisão em flagrante.	18	6,94
Determinação de regime de cumprimento de pena mais gravoso.	17	6,56
Excesso de prazo na internação provisória de adolescente.	15	5,79
Arbitramento de fiança em valor inacessível ao paciente.	9	3,47
Fundamentos não descritos no relatório.	5	1,93
Ilegalidade na internação de adolescente.	5	1,93
Ausência de justa causa para a ação penal e possibilidade de trancamento.	4	1,54
Extensão de liberdade provisória a corrêu.	4	1,54
Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em razão do quadro de saúde do filho do paciente.	4	1,54
Expedição da guia de execução antes do mandado.	2	0,77
Necessidade de suspensão da execução em virtude de condenação por fato atípico.	1	0,39
Ausência de justa causa para decretação de medidas protetivas de urgência.	1	0,39
Confecção de alvará de soltura em virtude de liberdade provisória já concedida.	1	0,39
Falsa acusação de apropriação indébita.	1	0,39
Não apreciação do pedido de revogação da prisão preventiva.	1	0,39
Nulidade da intimação da sentença condenatória e reabertura do prazo recursal para apelação.	1	0,39
Nulidade da sentença condenatória.	1	0,39
Nulidade do despacho que recebeu a denúncia.	1	0,39
Pedido de isenção de custas.	1	0,39
Total	259	100

Fonte: autoral

Aqui, a quantidade total de ocorrências não coincide com a quantidade total de pedidos de *habeas corpus* porque em alguns pedidos houve a invocação de mais de um fundamento simultaneamente. Excluímos, também aqui, as ações que tramitaram sob segredo de justiça (24).

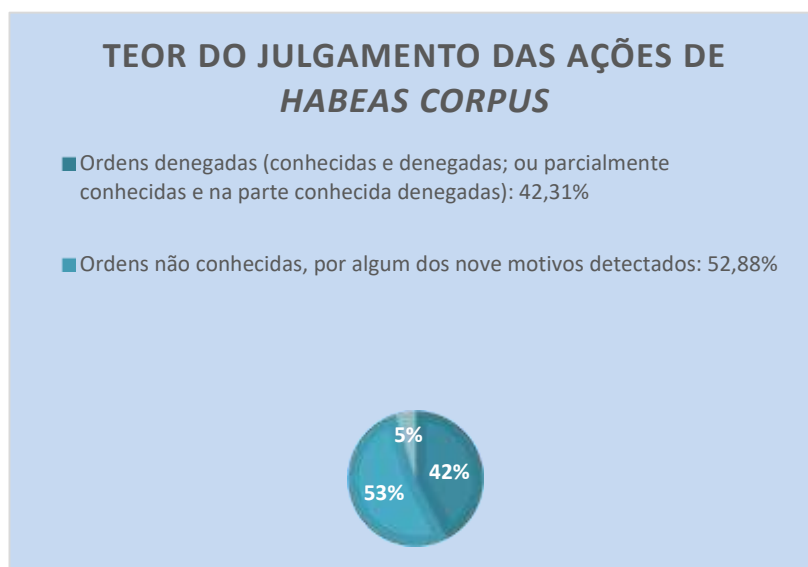


Com referência à Tabela 1, constatou-se, a partir da amostra selecionada, que apenas 6 ações tiveram a ordem conhecida e concedida; apenas 2 tiveram a ordem parcialmente conhecida, e na parte conhecida concedida; e apenas 2 tiveram a ordem conhecida, mas parcialmente concedida. Considerando, portanto, como 10 o número de ações em que houve algum sucesso na mobilização do HC como instrumento de salvaguarda da liberdade, tem-se que somente cerca de 4,81% das ações tiveram algum tipo de êxito (conhecimento e concessão da ordem; conhecimento parcial e concessão da ordem; ou conhecimento, mas concessão parcial da ordem). Reiteramos que excluimos do universo de 227 ações as 24 que tramitaram em segredo de justiça, bem como computamos duas vezes as 5 ações que entendemos como casos de julgamento duplo (os *habeas corpus* nº 201700300119, 201700300120, 201700300167, 201700300210 e 201700300225).

Podemos afirmar, portanto, que esse percentual irrisório de ações com algum tipo de êxito é significativo do fenômeno da inefetividade do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda da liberdade humana. Neste caso, nossa hipótese foi confirmada.

Não apenas o número significativo de ordens de *habeas corpus* denegadas revela o caráter restritivo da prática judicial da Câmara Criminal. A quantidade de ações não conhecidas também é espantoso, tendo em vista que nesses casos o mérito relativo à existência ou inexistência de constrangimento ilegal nem chegou a ser analisado em virtude de questões meramente processuais. Vejamos que as ordens não conhecidas (“incompetência” – 0,48%, “estreiteza da via e inadequação do HC como sucedâneo recursal” – 0,96%, “desistência” – 1,92%, “falta de interesse processual” – 2,4%, “coisa julgada” – 2,89%, “falta de prévia análise da autoridade inferior e consequente possibilidade de supressão de instância” – 4,81%, “falta de objeto” – 12,5%, “ausência de prova pré-constituída” – 12,5%, “litispêndência” – 14,42%) constituem a maior parte dos julgados: 52,88%. As ordens conhecidas e denegadas representam 31,73% do total, ao passo que as ordens parcialmente conhecidas e na parte conhecida denegadas representam 10,58%, a implicar que 42,31% das ordens foram ao fim denegadas, isto é, um percentual menor que o percentual de ordens que sequer tiveram o mérito julgado, restando apenas 4,81% para as ações em que houve algum tipo de êxito. O alto índice de ações que mal chegam a ser conhecidas é, portanto, representativo da existência de múltiplos obstáculos para a apreciação do mérito do pedido, caracterizando um verdadeiro drama para a apreciação do *writ*.

**Gráfico 1 – Teor do julgamento das ações de *habeas corpus***



Quanto à Tabela 2, 22 questões foram identificadas como fundamentos invocados pelo(a) impetrante nas ações de *habeas corpus* ajuizadas no mês de janeiro do ano de 2017 perante a Câmara Criminal do TJSE, aparecendo num total de 259 ocorrências, excluídas, reiteramos, as ações sob sigilo de justiça (24). Neste caso, a quantidade total de ocorrências não coincide com a quantidade total de ordens de HC porque em alguns pedidos de *habeas corpus* houve a invocação de mais de um fundamento simultaneamente.

Dessas 22 questões, apenas a ausência dos requisitos necessários à prisão preventiva (45,95%) e o excesso de prazo na formação da culpa (18,53%) são responsáveis por quase dois terços de todas as ocorrências. Podemos afirmar, assim, que esses percentuais revelam a existência de dois sérios gargalos no sistema constitucional de proteção à liberdade humana: a decretação excessiva de prisões preventivas ilegais e a manutenção demorada dessas prisões sem que haja um julgamento definitivo da ação penal. O terceiro fundamento mais invocado – a ilegalidade na prisão em flagrante – representa apenas 6,95% do total de ocorrências, razão por que podemos avaliar as duas primeiras questões como as mais representativas dos focos de concentração de ilegalidades na garantia à liberdade das pessoas.

Neste caso, nossa hipótese foi parcialmente confirmada, porque pensávamos que o excesso de prazo na formação da culpa seria a ocorrência mais frequente. No entanto, em nossos resultados esse fundamento aparece como a segunda ocorrência mais frequente, revelando a questão dos requisitos da prisão preventiva como um problema mais central.

Quando cruzamos os dados tabulados, percebemos que o padrão na nossa amostra é o acórdão denegatório da ordem de *habeas corpus* cuja impetração foi fundamentada em ausência dos requisitos para a prisão preventiva. Algumas variáveis estão presentes em absolutamente todas as decisões desse tipo. A Câmara Criminal, nesses casos, se dispõe a analisar o quadro probatório do processo original para mostrar que “a decisão de primeiro grau que decretou a prisão preventiva foi devidamente fundamentada”, que “estão configurados todos os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva” e que “a materialidade do crime e os indícios de autoria estão presentes”. Em todos esses acórdãos denegatórios, o Tribunal invariavelmente examina as provas do processo original para “justificar” a manutenção da prisão e a denegação da ordem, muita embora em outros casos, como veremos a seguir, se negue a fazer isso, afirmando que o *habeas corpus* é “via estreita” para análise probatória.

Nesses acórdãos denegatórios, a Câmara Criminal faz menção expressa a documentos do processo original, sinalizando que analisou diretamente os autos:

**Tabela 3 – Documentos do processo original mencionados pelo acórdão**

<b>Documentos referidos do processo original</b>	<b>HC exemplificativo</b>
Representação da autoridade policial	201700300009
Auto de prisão em flagrante	Todas as ações
Depoimentos do APF	201700300014
Auto de apreensão e laudo de constatação provisória [casos que envolvem crime de drogas]	201700300027
Interrogatório do APF	201700300011
Apreensão de objetos como armas de fogo	201700300010
Reconhecimento fotográfico do paciente pela vítima	201700300449
Apreensão do objeto fruto do crime	201700300012
Confissão no interrogatório policial e reconhecimento pela vítima	201700300014

Fonte: autoral

Porém, a análise de documentos do processo original invariavelmente reafirmou o teor da decisão de primeiro grau decretadora da prisão preventiva. Outrossim, quanto à possibilidade de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (previstas no artigo 282 do Código de Processo Penal vigente), invariavelmente alegada nas impetrações, a Câmara

Criminal também sempre registra que essas medidas são “insuficientes”, sob a justificativa de que “a ordem social foi abalada com a ardência do crime”, “o paciente representa grave perigo, se solto, em face de sua periculosidade e propensão à prática delitiva”, e “o Judiciário teria sua credibilidade ameaça se não agir com rigor”.

Quanto ao “periculum libertatis” exigido no artigo 312 do Código de Processo Penal vigente, invariavelmente aparece nos acórdãos a mobilização da garantia da ordem pública, aparecendo em alguns momentos as outras categorias desse dispositivo legal (garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal). De modo geral, o argumento da garantia da ordem pública é preenchido nos acórdãos pelas seguintes ideias:

**Tabela 4 – Argumento da garantia da ordem pública**

Ideia	HC exemplificativo
“Ante a necessidade de acautelar o meio social, garantindo a própria segurança e tranquilidade do povo e evitando a reiteração de condutas criminosas”.	201700300030
“Prática de delito grave e de repercussão social, o que justifica a custódia cautelar, afastando o temor gerado na sociedade”.	201700300486
“Insuficiência da gravidade abstrata do delito para justificar a custódia cautelar, mas excepcionalmente é suficiente, quando supera a normalidade, tendo em vista a gravidade concreta e a periculosidade do agente, evidenciadas pela forma de execução do delito”.	201700300457
“Necessidade de restaurar a confiança na ordem jurídica, abalada com a ardência do crime, atendendo aos anseios da população”.	201700300011
“Necessidade de fortalecer a credibilidade do Poder Judiciário, pois conceder liberdade a indivíduos reincidentes atestaria a certeza da impunidade e estimularia a reiteração delitiva”.	201700300010
“Modus operandi do delito que deixa a população em polvorosa e grave repercussão social que exige do Judiciário uma postura enérgica de combate”.	201700300449

Fonte: autoral

Especificamente o acórdão do HC “201700300017” é representativo de como a garantia da ordem pública é justificada pela Câmara, que recorre aos autos do processo original para destacar as “atroz consequências” do crime praticado. Nesse caso, em que o processo criminal se refere a uma acusação de tráfico de drogas, o Tribunal registra que “se mostra plenamente evidenciada a lesividade da conduta descrita, tendo em vista o fato da prisão aqui verberada transcender o limite intrínseco dos direitos individuais da paciente e a liberação desta se converteria, no mínimo, em insegurança para a ordem pública, conspurcando os direitos humanos de cidadãos de bem [...] possibilidade de que a paciente, se solta, persevere na prática criminosa”. Denota-se a importância conferida pelo Tribunal às ideias positivistas de “periculosidade” e “propensão à prática criminosa”, que estão presentes em absolutamente todos os acórdãos denegatórios. No *habeas corpus* 201700300029, a Câmara Criminal chegou a registrar que “a gravidade já é ínsita aos crimes cometidos em estabelecimento prisionais com transgressão das regras impostas”.

Quando se fala em prisão em flagrante ilegal e posterior decretação de prisão preventiva, a Câmara simplesmente fecha os olhos para a ilegalidade do flagrante, apontando que a decretação da preventiva supera esse ponto (TJSE, HC201700300026, 201700300029, p. e.).

Outrossim, quando o impetrante alega que a pena a que o paciente eventualmente seria condenado não obrigaria o recolhimento à prisão e que a prisão preventiva serviria como antecipação de pena, a Câmara Criminal repete a narrativa doutrinária que distingue prisão cautelar de cumprimento da pena, justificando que “mesmo que esta não implique pena privativa de liberdade, a prisão cautelar visa, no caso, à garantia da ordem pública e não à antecipação da pena” (201700300012, p. e.).

No HC 201700300037, o impetrante chegou a denunciar que a audiência de custódia não havia ocorrido, tendo a Câmara Criminal respondido que “inexiste qualquer nulidade, pois esta [a

não realização da audiência] não macula a segregação do Paciente, vez que foram analisados os requisitos da prisão em flagrante [pela decisão de primeiro grau]”, em mais uma sinalização de uma prática flexibilizadora da proteção à liberdade humana.

Nesse sentido, é comum a ideia de que eventual ilegalidade é simplesmente superada pela tomada de uma medida posterior, por exemplo, a decretação da prisão preventiva. Ignorando-se que a ilegalidade já foi consumada, ignora-se, como consequência, a ideia de responsabilizar a autoridade que deu causa à ilegalidade, pois a medida posterior, na prática judicial relativa à nossa amostra, teria “isentado” a autoridade coatora de seu erro.

No fim das contas, vê-se que as variáveis “paz social perturbada com o crime”, “perigo que o paciente representa se solto”, “periculosidade e propensão à prática delitiva” e “proteção à credibilidade do Judiciário” são constantes nos acórdãos denegatórios, o que indica uma perspectiva de positivismo criminal adotada pelos Desembargadores, ao classificar algumas pessoas como naturalmente propensas a cometer delitos. Com frequência também aparece a mobilização do “trinômio: gravidade do delito – repercussão social – possibilidade de continuação delitiva” como fundamento da garantia da ordem pública (201700300020, p. e.). Trata-se do “mesmo olhar positivista” (BATISTA, 2000) e lombrosiano, o qual atravessa a história do direito penal desde a Primeira República no Brasil, permitindo sucessivas construções de inimigos no sistema penal, desta vez com base na polarização “cidadãos de bem” *versus* “perigosos”.

Também invariavelmente, os impetrantes alegam a existência de condições pessoais “favoráveis” do paciente, como a moradia fixa e a profissão formal. Contudo, a Câmara Criminal sempre registra que essas condições são absolutamente irrelevantes para justificar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, “sobretudo pelo fato de o paciente responder a outros processos criminais, o que indica sua propensão à reiteração delitiva” (201700300011, p. e.).

Ou seja, mesmo se pensarmos nessas condições (moradia fixa, profissão formal) como indicativas de que o paciente é “disciplinável”, esse tipo de alegação simplesmente não funciona se houver um “histórico criminal” denotativo de uma “propensão ao crime” e de uma “periculosidade acentuada”. Paradoxalmente, em alguns casos, o não exercício de emprego formal foi um elemento utilizado pela Câmara para justificar a manutenção da prisão, como no HC 201700300030, no qual a Câmara Criminal, transcrevendo o parecer da Procuradoria de Justiça, registrou que “a aparente eleição do tráfico como meio de vida, vista que não se exerce nenhuma atividade formal remunerada, como afirmado no interrogatório administrativo, aponta para a provável reiteração da conduta e para a retomada do comércio em caso de soltura”.

Nos acórdãos denegatórios cuja impetração baseou-se na alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, as decisões também apresentam variáveis padronizadas, sobretudo a ideia de que “os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de modo que eventual demora deve ser aferida dentro dos critérios da razoabilidade e das peculiaridades do caso concreto, não devendo a análise se limitar à mera contagem pela soma de dias” (201700300021, p. e.), o que sinaliza uma prática judicial aberta à indevida flexibilização das garantias constitucionais penais. Assim, “quando as peculiaridades do caso concreto evidenciam que o Juiz tem atuado de forma diligente e que situações específicas autorizam a dilatação da custódia cautelar” (201700300149, p. e.), a liberdade do paciente pode ser “flexibilizada”, racionalizando-se, assim, uma prática judicial tecnicamente ilegal.

Também existe a mobilização das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça que falam de excesso de prazo – por exemplo, o Enunciado de Súmula nº 52, segundo o qual “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”. Por exemplo, no caso do *habeas corpus* 201700300001, o impetrante noticiou excesso de prazo para o

término da instrução processual, pois o paciente estava segregado há mais de sete meses sem que a instrução probatória sequer houvesse se encerrado. A Câmara Criminal simplesmente aduziu que o Juiz de Primeiro Grau estava atuando de modo diligente, que o feito estava com tramitação regular e que a instrução estava encerrada porque o processo original estava concluso para apresentação de alegações finais, superando-se a alegação de excesso de prazo em virtude da Súmula 52 do STJ. Em outro HC (201700300088), o impetrante noticiou o excesso de prazo da prisão porque os réus não tinham sido conduzidos pelo DESIPE para a audiência de instrução e julgamento e, assim, a audiência teve que ser remarcada para meses depois. Contudo, a Câmara Criminal concluiu que, sendo culpa do DESIPE, “não há falar-se em prejuízo aos pacientes em decorrência de ato imputado ao Magistrado de origem”, em clara aversão à ideia de responsabilização da autoridade coatora.

Nesses acórdãos denegatórios sobre excesso de prazo, a Câmara também se dispõe a examinar as provas do processo original para reiterar a necessidade da prisão preventiva decretada pelo Juiz de Primeiro Grau, e esse exame invariavelmente conclui que “existem indícios de autoria e materialidade delitiva, somadas à necessidade da segregação do paciente para resguardar a ordem pública, evitando que continue praticando crimes e acautelando, assim, a paz social”. Outrossim, nesses casos os impetrantes também alegam a “favorabilidade das condições pessoais do paciente”, o que é mais uma vez repelido pela Câmara Criminal como justificativa para a soltura.

Também destacamos que em nossa amostra 26 *habeas corpus* não foram conhecidos por ausência de prova pré-constituída essencial à análise do *writ*. De modo geral, a Câmara Criminal julga inviável a análise do pedido pela falta da decisão que decretou a prisão preventiva, muito embora isso conste no próprio Sistema de Controle Processual – ao qual a Câmara Criminal se dispõe a recorrer, para denegar a ordem e manter a prisão do paciente, como vimos nos tópicos anteriores.

Somente dois pedidos de *habeas corpus* foram conhecidos e parcialmente concedidos (ações nº 201700300015 e 201700300880). No primeiro caso, os impetrantes, os advogados Adriano Dias Santos e Fábio Manoel Andrade Costa, fundamentaram o pleito na ausência de justa causa para decretação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha (inclusive, esse foi o único *habeas corpus* da amostra com este fundamento) e apontaram como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Estância. Conforme o relatório presente no acórdão, os impetrantes informaram que ao paciente foram impostas medidas protetivas em virtude das declarações da sua irmã e da sua sobrinha, segundo as quais o réu as havia agredido física e verbalmente. No entanto, o paciente era curador da genitora, de cuja casa a irmã e a sobrinha não saíam, impossibilitando não só que o paciente cuidasse da mãe, como também que frequentasse seu local de trabalho como professor, pois o colégio ficava em frente à residência da genitora. Assim, o paciente estava prestes não apenas a responder por abandono de incapaz, mas também a perder o próprio emprego. Os impetrantes alegaram também que não havia sequer laudo médico das agressões supostamente sofridas pela irmã e pela sobrinha do paciente.

A liminar foi indeferida, mas na decisão definitiva a Câmara Criminal concedeu parcialmente a ordem, revogando a medida protetiva de distância no raio de quinhentos metros, para que o paciente pudesse cumprir suas funções de curador e professor, e determinando que a irmã e a sobrinha somente frequentassem a residência da genitora quando o paciente lá não estivesse. As demais medidas protetivas (vedação de contato e comunicação e vedação de frequência dos mesmos lugares) impostas pelo Juiz de Primeiro Grau foram mantidas. Destaca-se que em momento algum do acórdão houve referência à ausência de laudo das agressões físicas denunciadas; a ordem foi parcialmente concedida apenas porque se entendeu que

especificamente a medida protetiva de distanciamento interferia no exercício do dever de curatela e nas atividades profissionais do paciente, tanto é que as outras medidas foram mantidas. Pelo contrário, a Câmara Criminal analisou as provas do processo original (no caso, apenas as declarações da irmã e da sobrinha) para registrar que “realmente, o panorama dos fatos recomenda a adoção de medidas protetivas da vítima, sem mais tardanças” e que “patente resta o estado de permanente sujeição deste núcleo familiar a riscos, podendo, nunca se sabe, descambar para algo mais sério, exigindo a intervenção do Estado-Juiz, ainda que por exceção, nesse núcleo conturbado de convivência entre pessoas unidas por laços que se esperava afetivos e não violentos”.

Surpreendeu-nos aqui que, apesar de este ser um dos pouquíssimos *habeas corpus* com algum tipo de êxito, as ideias nele mobilizadas são típicas de uma denegação da ordem. A Câmara Criminal faz incursão no processo original – em geral, na nossa amostra, somente o faz quando denega a ordem ou quando julga o *writ* prejudicado – para refutar a argumentação dos impetrantes, mostrando que existem, sim, provas suficientes do “risco” que o paciente exerce para a sociedade, se solto (no caso referido: mostrando como as declarações das vítimas eram suficientes para provar a situação de violência, sendo dispensado laudo e havendo, portanto, justa causa). Não só o paciente representava “risco”, se solto, como também o Judiciário não podia levar “descrédito” por não interferir com “severidade”. São variáveis típicas dos acórdãos denegatórios. No frígir dos ovos, apenas uma das medidas protetivas foi revogada porque havia sentença judicial declarando o paciente como curador da genitora e porque havia documentação comprovando que ele de fato trabalhava em frente à residência desta. Assim, a alegação mesma de que as medidas protetivas não tinham justa causa de existir não foi acolhida, pela mobilização das variáveis típicas dos acórdãos denegatórios, aparecendo as duas constantes discursivas que em geral compõem estes acórdãos: risco representado pela soltura do paciente e descrédito do Judiciário se não punir o paciente com a manutenção da prisão.

No segundo caso, o impetrante, o Defensor Público Rodrigo Cavalcante Lima, fundamentou o pleito no excesso de prazo da prisão e apontou como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Estância. De acordo com o relatório presente no acórdão, o impetrante informou que o paciente estava preso preventivamente desde 23/08/2012 pela acusação de homicídio qualificado tentado, configurando-se o excesso de prazo porque várias audiências haviam sido remar cadas sem que o réu tivesse contribuído para tanto, mesmo após a decisão de pronúncia. A liminar foi concedida, ordenando-se a expedição do alvará de soltura e impondo medidas cautelares diversas da prisão. Na decisão definitiva, a Câmara reconheceu o excesso de prazo, ratificando a liminar deferida, sob o fundamento de que embora passados mais de quatro anos ainda nem havia sessão do júri marcada. Na oportunidade, a Câmara Criminal registrou que o fato de o processo original envolver dois réus não justificava essa demora e também afastou a incidência do Enunciado de Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça, já que mesmo após a pronúncia a demora no julgamento do paciente persistiu.

A partir desse caso, vemos como o grau de arbitrariedade no tempo da prisão precisa ser superlativo para que o Tribunal enquadre esse tempo como excessivo. Isso significa que o Tribunal reconhece, sim, o excesso de prazo, mas, em contrapartida, esse excesso precisa ser gritante e exagerado: todo o mais é “perdoável”. Também se vê aqui uma preocupação sempre presente no julgamento das ações fundamentadas em excesso prazal: se a defesa “contribuiu” ou não para esse excesso, o que pode sinalizar uma restrição indireta, promovida pela própria prática judicial do *habeas corpus*, aos direitos, prerrogativas e faculdades da defesa no processo criminal. O julgamento parcialmente procedente, nesse caso, deveu-se ao fato de que a Câmara Criminal manteve algumas medidas cautelares diversas da prisão que já tinha decretado ao deferir a liminar do *habeas corpus*.

Outros dois *habeas corpus* foram parcialmente conhecidos, e na parte conhecida concedidos (201700300450 e 201700301176), ao passo que seis *habeas corpus*, na amostra, foram inteiramente conhecidos e concedidos (ações 201700300939, 201700301014, 201700300296, 201700301300, 201700300942 e 201700301120). Assim, no total, apenas dez *habeas corpus* – estes oito e os outros dois analisados nos parágrafos anteriores, que foram conhecidos e parcialmente concedidos – tiveram algum tipo de êxito, o que não chega nem a 5% da amostra (4,81%).

Se alguém perguntar “o que é preciso para ter um *habeas corpus* concedido”, tomando por base essa amostra responderíamos “nunca ter sido fichado no sistema de justiça”. Nas raras decisões concessivas, a “não periculosidade” do paciente é importantíssima e aparece, por exemplo, nas seguintes fórmulas: “em face da vida pregressa da paciente sem registros de dedicação à vida criminosa, não se encontra presente a ameaça à ordem pública” (201700300939, p. e.); “o paciente não apresenta antecedentes criminais, além do processo em comento e, portanto, não há que se falar que ele é dado a situações delitogênicas” (201700301300, p. e.).

Também aparece uma constante nas decisões concessivas de que “é incontroverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que as chamadas prisões cautelares devem ser aplicadas de modo excepcional”, muito embora, contraditoriamente, o Tribunal admita de forma ampla o uso de prisão preventiva, conforme vimos na análise dos acórdãos denegatórios. No caso do *habeas corpus* 201700300296, a Câmara chegou ao cúmulo de registrar que “em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar na ADPF nº 347, determinou aos Juízes e Tribunais que, nas suas decisões, considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, bem como estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo”, em franca contradição à prática judicial do próprio Tribunal.

Nos casos em que a ordem não é conhecida por questões meramente formais, chama a atenção o fato de que o Tribunal poderia fazer a correção de ofício (REGINATO; ALVES, 2014, p. 148), sobretudo quando o impetrante é pessoa leiga e não “acerta”, por exemplo, o juízo competente, por não entender quem seria a autoridade coatora. Assim, “se os Tribunais não criam estratégias para receber os *habeas corpus* impetrados diretamente pelos presos ou por seus familiares e amigos, acabam por inviabilizar essa possibilidade de impetração, tão característica do *habeas corpus*” (REGINATO; ALVES, 2014, p. 148).

O fenômeno da “ameaça do *habeas corpus*” – quando a impetração serviu como uma alavanca para a regularização, pelo menos parcial, do processo – também pode ter aparecido nos casos em que o *habeas corpus* foi julgado prejudicado por perda de objeto. A simples impetração do HC, nesses casos, pode ter funcionado como um instrumento de pressão para que a autoridade coatora corrigisse a situação de constrangimento ilegal. Nesses casos o *habeas corpus*, apesar de formalmente ter sido julgado prejudicado, alcançou de certo modo seu objetivo<sup>1</sup>. Contudo, em virtude dos limites ínsitos a uma pesquisa não financiada, não pudemos analisar os autos completos de cada processo julgado prejudicado para verificar essa hipótese. Outra hipótese possível é que os casos de perda de objeto se devam a eventual demora no julgamento do próprio *habeas corpus*. Essa inércia judicial sinalizaria uma dupla penalização, porque nesses casos o

---

<sup>1</sup> O efeito colateral é que, apesar de na prática ter alcançado seu desiderato, a ideia de responsabilizar a autoridade coatora fica ainda mais enfraquecida, em virtude da soltura promovida por ela própria. A única solução é refletir que essa ideia não pode ser simplesmente esquecida aqui também, pois, embora nesses casos ela própria tenha promovido a soltura, o constrangimento ilegal já foi consumado.

paciente não apenas enfrenta o constrangimento ilegal noticiado pelo HC, como também sequer teve um pronunciamento célere do Tribunal.

Os resultados da nossa pesquisa convergem aos de uma análise empírica anterior no TJSE (REGINATO; ALVES, 2014, p. 146), no sentido de que a prática judicial do *habeas corpus* impede que a utilização dessa garantia constitucional na defesa da liberdade seja efetiva. Essa pesquisa anterior oportunizava aos autores compreender em que parâmetros a garantia do HC era admitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe de 1996 a 2000, na proteção da liberdade das pessoas. Com base nessa compreensão, seria possível concluir se o *habeas corpus* estava efetivamente prestando seu papel de “instrumento apto à contenção/parametrização do uso da violência ínsita ao exercício do poder de punir do Estado, e ao mesmo tempo como estratégia de resistência aos processos de exclusão operados pelo sistema de direito criminal” (REGINATO; ALVES, 2014, p. 142). A base de dados da pesquisa original foi formada pelo universo das ementas de todos os julgamentos de HC pelo TJSE entre os anos de 1996 a 2000, o que totalizou uma amostra de 1.369 ementas.

Esse recorte no tempo não foi aleatório (REGINATO; ALVES, 2014, p. 143), tendo em vista que o HC teve seu grau de garantia atenuado na transição do século XIX para o século XX (quando ocorreram a abolição formal da escravatura e a proclamação solene da república), a partir de uma produção judicial que relativizava as repercussões de uma concessão da ordem, no que concerne tanto à proteção de direitos quanto à responsabilização da autoridade apontada como coatora (KOERNER, 1999). Nesse sentido, a proposta consistiu em “observar se, aproximadamente 100 anos depois e sob a égide do Estado Democrático de Direito e de uma nova Constituição, a prática judicial do *habeas corpus* havia se modificado, tornando-se mais efetiva” (REGINATO; ALVES, 2014, p. 142).

Quanto aos resultados, constatou-se que, na amostra das ações de HC julgadas pela Câmara Criminal do TJSE de 1996 a 2000, o fundamento mais invocado na impetração foi a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, constatando-se também que houve um percentual de 82,61% de ordens denegadas ou prejudicadas. Essa pesquisa evidencia que à época havia “um enorme descompasso entre o status constitucional do *habeas corpus* e sua aplicação prática” (REGINATO; ALVES, 2014, p. 149), representado na quantidade expressiva de ações de HC denegadas ou prejudicadas e no estabelecimento de uma série de filtros que restringem as possibilidades de julgamento favorável, como os Enunciados de Súmula nº 21, 52 e 64 do STJ<sup>2</sup>. Nosso trabalho vai ao encontro dessas constatações, pois os resultados que obtivemos, relativamente ao alto número de ordens denegadas ou sequer conhecidas, nos revelam a permanência desse descompasso entre o *status* de garantia constitucional ostentado pelo HC e sua prática judicial.

Essa prática restritiva fica clara não apenas pelo número de ordens denegadas, como também pela quantidade de ordens que mal tiveram o mérito analisado, em virtude do não preenchimento de requisitos de admissibilidade (REGINATO; ALVES, 2014, p. 149). Ademais, o número total de ações de *habeas corpus* subiu muito, quando comparamos com essa pesquisa anterior. Afinal, no período de 5 anos (1996-2000), o universo da pesquisa original correspondeu a uma base de dados com um número total de 1.369 ementas de acórdãos que o TJSE proferiu, ao passo que apenas no primeiro semestre do ano de 2017, conforme nosso levantamento inicial

---

<sup>2</sup> Enunciado de Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça: “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Enunciado de Súmula nº 52: “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Enunciado de Súmula nº 64: “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.



(mantendo-se o recorte espacial pela Câmara Criminal do TJSE), a amostra resultou num total de 1.223 ações de *habeas corpus*, praticamente o mesmo número.

De todo modo, a permanência de uma prática precarizante do instituto não é uma surpresa para nós. Os estudos desenvolvidos por Andrei Koerner (KOERNER, 1999) apresentados no tópico a seguir, nos ajudam a analisar os dados que obtivemos e a compreender quais processos históricos propiciaram a neutralização das potencialidades do *habeas corpus* quando de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Também apresentamos, no tópico a seguir, os estudos de Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2003), que nos ajudam a compreender o que a precarização do *habeas corpus* revela sobre o grau de democracia em que vivemos. Questionar o porquê de nunca termos superado uma perspectiva meramente formal do *habeas corpus* é, como veremos a seguir, em última instância, um debate sobre democracia e autoritarismo.

## **A NEUTRALIZAÇÃO DAS POTENCIALIDADES ORIGINAIS DO *HABEAS CORPUS* E A DEMOCRACIA DE BAIXA INTENSIDADE**

Nossos dados, como vimos, indicam um baixo grau de efetividade do *habeas corpus*, representado pelo número elevado de ordens que sequer são conhecidas (52,88%), em virtude de questões meramente formais e contornáveis, e pelo número igualmente elevado de ordens denegadas (31,73% – ordens denegadas; 10,58% - ordens parcialmente conhecidas, e na parte conhecida denegadas), representando 95,19% da amostra em que a utilização do *habeas corpus* foi inócua, numa prática restritiva e castradora das garantias constitucionais. Também destacamos, no tópico anterior, inúmeras contradições na prática do *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça, que tornam problemática a definição judicial de filtros para o conhecimento do *writ*.

As reflexões desenvolvidas por Andrei Koerner (KOERNER, 1999) nos permitem perceber que o enfraquecimento do instituto do *habeas corpus* no Brasil é consequência de um processo histórico de neutralização dos efeitos da concessão do *writ*, descolando-o de como foi concebido pela doutrina liberal inglesa:

[...] como um instrumento simples, rápido e automático, fundado no respeito aos direitos naturais e absolutos à liberdade e à integridade pessoal, e com aplicação regulada apenas pelo exame da estrita observância, pelas autoridades estatais e pelos particulares, das normas e procedimentos que determinam as formas legais de exercício da coação física sobre a liberdade de outros indivíduos (KOERNER, 1999, P. 54).

Essa rejeição às atribuições do *writ* tal como concebidas pelos liberais ingleses remonta, conforme Koerner (1999), à necessidade que o instituto enfrentou, ao ser introduzido no Brasil pelo Código de Processo Criminal de 1832, de se adequar à dinâmica da sociedade escravista imperial e suas práticas alegais de controle da mobilidade dos indivíduos livres e pobres e dos escravos. As relações entre senhor e escravo e entre senhor e indivíduo pobre e livre funcionavam numa lógica de dependência pessoal forçada, produzida pelos próprios mecanismos públicos de perseguição aos livres e pobres. Isso provocou o abafamento das atribuições liberais do *writ of habeas corpus*, já que se o HC funcionasse nos termos da doutrina liberal a lógica de dependência pessoal que caracterizava as relações sociais seria abalada.

Originalmente, o instituto do *habeas corpus* foi formulado numa tradição de *common law*, caracterizada pela oralidade do processo e pela apresentação física do paciente ao juiz. Nesses termos, “o julgamento do pedido de *habeas corpus* dependia do resultado da determinação dos fatos na audiência, mais que da legalidade formal da resposta da autoridade coatora” (KOERNER, 1999, p. 59). Com a migração do instituto para a tradição da *civil law*, caracterizada pelo processo escrito, a questão da apresentação do preso foi resumida à suficiência da resposta da autoridade

coatora sobre a prisão, sendo necessário apenas que o relato da autoridade coatora fosse o mais completo possível, de modo que a autoridade julgadora do *writ* pudesse avaliar o caso sem recorrer a informações adicionais (KOERNER, 1999, p. 59).

Contribuiu para esse cenário o fato de que o Código de Processo Criminal de 1832 era lacônico quanto a regras processuais para o *habeas corpus*, o que representou um obstáculo para que o juiz adentrasse o terreno das indagações sobre matéria fática. “Como as normas processuais do *habeas corpus* no Código do Processo eram insuficientes, as regras criadas pela prática judicial foram dirigidas no sentido de limitar as indagações em *habeas corpus* às questões relativas às formalidades legais” (KOERNER, 1999, p. 59). Ademais, as informações prestadas pela autoridade coatora gozavam de presunção de veracidade, conferindo ao impetrante o ônus da prova quanto à eventual falsidade do relato do coator e impedindo que a autoridade julgadora contestasse o conteúdo em si das informações.

Na Inglaterra, as atribuições do instituto eram bem mais amplas: exame imediato da legalidade da prisão por uma autoridade judicial; exame da possibilidade de relaxamento da prisão sob fiança; proibição de deter mais de uma vez, pelas mesmas razões, o paciente relaxada pela concessão do *writ*; o respeito à integridade física do paciente, pelo exame do seu estado físico quando da sua apresentação à autoridade judicial; e limitação do tempo em que o paciente ficava preso sem julgamento (KOERNER, 1999, p. 64). Assim, os atos que restringiam a liberdade das pessoas eram revisitados pela autoridade judicial de um modo muito amplo, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material, incluindo, outrossim, a responsabilização da autoridade coatora tanto na esfera civil quanto na esfera penal.

A questão da responsabilização da autoridade coatora foi traduzida no ordenamento brasileiro pela criminalização da prisão ilegal, de acordo com o artigo 181 e seguintes do Código Criminal de 1830, determinando o artigo 345 do Código de Processo de 1832 que um mandado de prisão da autoridade coatora fosse incluído na concessão do *writ* (KOERNER, 1999, p. 117), se a autoridade julgadora do *habeas corpus* avaliasse que esse era o caso. Os relatos da época, contudo, indicam que a definição da responsabilidade da autoridade coatora, quando da concessão da ordem, era letra morta, tendo a jurisprudência mobilizado as ideias de presunção de legalidade e de boa-fé para eximir o coator de qualquer responsabilização, caracterizando, assim, abuso de autoridade como um simples erro ou até mesmo como excesso de zelo – como vemos até hoje: se o caso é “muito complexo” e exige “diligência do Juiz”, a duração superlativa da prisão provisória fica em segundo plano.

Quanto à duração das prisões, o artigo 148 do Código de Processo de 1832 previa que o termo final de formação da culpa era de oito dias, salvo quando não fosse possível em virtude da “afluência de negócios públicos”. Na prática, contudo, essa previsão era quase morta, pois quando se excedia o prazo de formação da culpa as autoridades superiores se contentavam com a simples alegação de excesso de serviço pela autoridade hierarquicamente inferior (KOERNER, 1999, p. 85). Essa mesma ideia de “excesso de serviço” aparece como variável padrão nas decisões denegatórias da nossa amostra em que o pedido foi fundamento em excesso de prazo: a demora da prisão é “justificada” se “o feito é complexo”, se “há muitos réus”, se “há muitas testemunhas a serem ouvidas” etc.

No fim das contas, a prática judicial do *habeas corpus*, a partir do momento em que o *writ* foi introduzido no ordenamento brasileiro como garantia constitucional, abandonou três atribuições estratégicas que lhe pertenciam na tradição inglesa: a responsabilidade da autoridade coatora, cujas justificativas não eram questionadas; a garantia de um processo rápido para o réu preso, pois as justificativas de excesso de serviço ou de pendências probatórias eram suficientes; e a supervisão judicial da integridade física do preso, pelo exame das condições da prisão,

porquanto dispensada a apresentação do paciente, e admitida a resposta formal da autoridade coatora como suficiente. A neutralização dessas potencialidades do instituto traduziu a articulação entre a prática judicial, as práticas alegais de controle social e a estrutura da sociedade escravocrata, já que “a estrutura social colocava de forma permanente o problema do controle da mobilidade física dos pobres livres e dos escravos e, pois, nela era central a prática, pelas autoridades públicas, da efetiva ou virtual detenção alegal desses indivíduos” (KOERNER, 1999, p. 119).

Por essas razões, adotou-se no Brasil um modelo muito restritivo de *habeas corpus*, cujo baixo grau de efetividade permanece até hoje, ainda que, para a dogmática jurídica, o HC, enquanto Garantia Constitucional, tenha um *status* especialíssimo, diferenciado das ações judiciais ordinárias, “vez que se mete a rol dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na vigente Carta Constitucional (Título II)” (FÖPPEL, SANTANA, 2013, p. 32). Ao integrar o núcleo irredutível da Constituição, conforme previsão do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, trata-se de uma garantia que não pode ser suprimida sequer por emenda constitucional.

Percebe-se que a proclamação de uma ordem republicana, na transição do século XIX para o Século XX, foi capaz de alterar esse cenário. O padrão de esvaziamento do *habeas corpus* não foi superado, tratando-se, infelizmente, de um instituto inócuo ao longo do tempo, uma vez que se sabe que o grau de violações ao direito de liberdade é alto, sobretudo no que diz respeito às prisões provisórias. Pode-se falar, assim, na existência de uma legalidade autoritária em cujos termos a prática judicial do *habeas corpus* opera, não tendo essa legalidade em momento algum evoluído para uma legalidade democrática, e sendo marcada por um percentual elevado de ordens denegadas ou sequer conhecidas; pela não responsabilização da autoridade coatora, nos casos de concessão da ordem; pela não supervisão da integridade física do preso, pela dispensa da apresentação do paciente em Juízo<sup>3</sup>; pela não observância de processo rápido para o réu preso; pela definição de filtros problemáticos para o conhecimento do *writ* etc.

No atual cenário, o problema central passa a ser o descompasso entre a legalidade democrática formalmente anunciada pela Constituição de 1988 e a lógica autoritária que ainda caracteriza o funcionamento do sistema de justiça. O uso do *habeas corpus* é um exemplo desse tipo de funcionamento, provocando a desilusão da ideia de que basta termos formalmente um Estado Democrático de Direito para que os direitos individuais sejam assegurados e de que basta elevar a *status* constitucional um direito/uma garantia para que o direito/a garantia efetivamente funcione. A legalidade autoritária da prática do *habeas corpus* revela sobre o grau de democracia em que vivemos, pois se o *habeas corpus* é concebido como o mecanismo garantidor de uma das conquistas democráticas (o direito de ir e vir), a existência de uma prática judicial que o torna inefetivo põe a própria democracia em cheque.

De fato, a inefetividade do instrumento do *habeas corpus* tem estrita relação com a imaturidade da democracia liberal no Brasil. Se o mecanismo legal apto a proteger o direito de liberdade das pessoas, mesmo com *status* constitucional, tem seu alcance minimizado por uma

---

<sup>3</sup> Atualmente, a demanda relativa à supervisão da integridade física do preso foi inserida no âmbito das audiências de custódia. Os objetivos da audiência de custódia, conforme Caio Paiva, são a) “ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos” (2015, p. 35), b) “a prevenção da tortura policial, assegurando, pois, a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade” (2015, p. 35) e dando cumprimento ao art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e, por fim, c) “evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias” (2015, p. 39), facultando um juízo acerca não só da legalidade do ato prisional, como também da necessidade e adequação da prisão para o futuro, bem como contribuindo “para a prevenção de desaparecimentos forçados e execuções sumárias” (2015, p. 40). Os limites e os objetivos deste trabalho, contudo, não comportam uma análise sobre se a prática judicial nas audiências de custódia tem efetivamente satisfeito a demanda da supervisão da integridade da pessoa presa.

prática judicial castradora dos seus potenciais, a própria democracia fica em cheque. A inexpressividade do *habeas corpus* deixa, portanto, o direito de liberdade desprotegido, vulnerabilizando uma conquista democrática e trazendo à tona a ideia de uma democracia de baixa intensidade, formulada por Boaventura de Sousa Santos (2003).

A ideia central de Santos (2003) é que as promessas da modernidade de um mundo mais fraterno, justo e igualitário estão em cheque em virtude da voracidade da globalização neoliberal, a forma hegemônica de globalização. Esta forma é uma das globalizações atualmente operantes, havendo outra, ainda emergente, que confronta aquela: uma globalização contra-hegemônica, “constituída pelo conjunto de iniciativas, movimentos e organizações que, através de vínculos, redes e alianças locais/globais, lutam contra a globalização neoliberal, mobilizados pela aspiração de um mundo melhor” (SANTOS, 2003, p. 31). Para Boaventura de Sousa Santos, é nessa espécie de globalização alternativa que pode ser pensada a emancipação social.

A ideia central de Santos é que a forma hegemônica de democracia (a liberal-representativa) não consegue ir além de uma “democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social” (SANTOS, 2003, p. 32). Os outros modelos de democracia foram historicamente marginalizados e um desses modelos, a democracia participativa, tem ganhado destaque por meio da mobilização de segmentos sociais excluídos, que lutam por uma democracia de alta intensidade e que, apesar de situados em contextos locais, têm desenvolvido interações com iniciativas paralelas, permitindo que se pense em redes transnacionais de democracia participativa. Para Santos (2003, p. 32), o fato de a democracia representativa rejeitar a legitimidade da democracia participativa gera um dos principais conflitos entre o Norte e o Sul e somente será solucionado quando ambas as formas de democracia buscarem se complementar, aprofundando-se.

De acordo com Santos e Avritzer (2003, p. 39), o século XX foi o momento histórico de disputa em torno da questão democrática. Na primeira metade do século, o debate girou em torno da desejabilidade da democracia. Sendo a democracia classificada como um regime desejável, outro debate se seguiu: quais seriam seus requisitos estruturais e se a democracia seria um sistema compatível com o capitalismo. Conforme Santos e Avritzer (2003, p. 40), Moore articulou uma teoria segundo a qual alguns países, dado o seu desenvolvimento histórico, seriam propensos à democracia, e outros não, ao passo que Przeworski defendeu a capacidade redistributiva da democracia, no sentido de que o avanço do regime democrático no mundo geraria tensões com o capitalismo que estabeleceriam limites para a acumulação de riqueza e provocariam redistribuição de renda, o que foi fortemente contestado pelos marxistas, que não veem como possível a democratização da relação capital-trabalho nas sociedades capitalistas. Com o avanço da democracia para o Sul da Europa ainda nos anos 70 e posteriormente para a América Latina e Europa Oriental, o debate sobre as condições estruturais da democracia foi esvaziado, ocorrendo outrossim o esgotamento do debate sobre a capacidade redistributiva da democracia, com os cortes de gastos em áreas sociais a partir da década de 80.

Paralelamente, desenvolveu-se o debate sobre a forma da democracia e sua variação, contando como proposta mais influente a solução de Joseph Schumpeter “de acordo com a qual o problema da construção democrática em geral deveria ser derivado dos problemas enfrentados na construção da democracia na Europa no período entre guerras” (2003, p. 41). Essa solução gerou a concepção hegemônica de democracia, caracterizada basicamente pela existência do voto livre, secreto, universal e periódico, com vistas à garantia da representatividade.

No entanto, “quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido

consigo uma enorme degradação das práticas democráticas” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 42), caracterizada por uma dupla crise patológica, sobretudo nos países onde mais estava consolidada: no âmbito da participação e no âmbito da representação. Atualmente, Santos e Avritzer identificam uma tendência à valorização da democracia local e das técnicas de democracia participativa, sobretudo nos países do Sul, que contam com experiências ignoradas pelo modelo hegemônico de democracia liberal-representativa (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 42-43).

Entendemos que a inefetividade concreta do *habeas corpus* funciona, portanto, como uma das variáveis dessa fórmula da democracia de baixa intensidade. Afinal, a prática judicial do *habeas corpus*, a partir do momento em que o *writ* foi introduzido no ordenamento brasileiro, abandonou três atribuições estratégicas que lhe pertenciam na tradição inglesa: a responsabilidade da autoridade coatora, cujas justificativas não eram questionadas; a garantia de um processo rápido para o réu preso, pois as justificativas de excesso de serviço ou de pendências probatórias eram suficientes; e a supervisão judicial da integridade física do preso, pelo exame das condições da prisão, porquanto dispensada a apresentação do paciente, e admitida a resposta formal da autoridade coatora como suficiente. Nesses termos, se o *habeas corpus* é concebido como o mecanismo garantidor de uma das conquistas democráticas (o direito de ir e vir), a existência de uma prática judicial que o torna inefetivo põe a própria democracia em cheque. A proclamação de uma ordem republicana, na transição do século XIX para o Século XX, foi incapaz de transformar o padrão de legalidade autoritária sob a qual a prática do *habeas corpus* opera. Quando transformaremos esse padrão depende muito, no fim das contas, de quando nos abriremos à transformação radical da racionalidade em que a dicotomia liberdade e detenção tem sido pensada modernamente.

## CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa, pode-se concluir que a inefetividade do *habeas corpus*, representada pelo baixo índice de concessões em contraponto aos levantamentos governamentais sobre a realidade carcerária brasileira, evidencia a falta de compromisso do Judiciário com os direitos de liberdade, mesmo havendo um discurso que racionaliza a flexibilização das garantias constitucionais penais – que não podem ser flexibilizadas se tivermos em conta que o Estado detém o exercício exclusivo do poder de punir e que quanto menos parametrizado esse poder for menos a liberdade das pessoas estará protegida de arbitrariedades (STRECK, 2012).

Ademais, o fato de que mais da metade das ordens de *habeas corpus* analisadas (52,88%) sequer foi conhecida levanta um desafio particular. A partir desse dado, pode-se dizer que se uma pessoa impetra um *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, é mais provável que o constrangimento ilegal noticiado pelo HC nem chegue a ser analisado (tendo em vista a existência de uma série de filtros meramente formais que dificultam o exame do mérito da prisão) do que ser o *habeas corpus* efetivamente julgado no mérito. Contudo, o “drama do conhecimento” do *habeas corpus* se contrapõe não apenas à sua qualificação de instrumento apto a garantir a contenção e parametrização da violência ínsita ao poder de punir do Estado, mas também à sua característica de instrumento que, justamente por ter essa finalidade de parametrização, pode ser mobilizado por qualquer pessoa, advogado ou leigo (não sendo exigível deste que saiba minúcias de direito processual).

Um desses filtros, por exemplo, é a necessidade de juntar à petição de *habeas corpus* os documentos comprobatórios da decisão de prisão do paciente. O sistema do Tribunal, contudo, é inteiramente informatizado e interconectado, sendo possível consultar qualquer processo a

qualquer momento e materializar autos completos pelo Sistema de Controle Processual. Se estamos falando de *habeas corpus*, falamos por excelência de parametrização do poder de punir do Estado, e se estamos falando de parametrização do poder de punir, pergunta-se: um filtro como a “ausência de prova pré-constituída” é realmente justificável? Sobretudo se levarmos em consideração que o sistema do próprio Tribunal disponibiliza de maneira informatizada tudo o que é necessário para a análise da ordem? Se estamos falando de liberdade humana, nada justifica que seu instrumento de garantia seja impedido de atuar em virtude de questões meramente formais e contornáveis. Contraditoriamente, conforme vimos na análise dos dados, o Tribunal se dispõe a acessar o Sistema de Controle Processual e consultar o processo original relativo ao *habeas corpus* para justificar a manutenção da prisão e, assim, denegar a ordem, mantendo a segregação dos pacientes.

As constantes discursivas dos acórdãos denegatórios – “perigo que o paciente representa se solto”, “periculosidade e propensão à prática delitiva”, “proteção à credibilidade do Judiciário” – trazem também uma preocupação com a qualidade de direito penal que temos nos Tribunais, afinal, do ângulo criminológico o positivismo criminal já foi superado há muito tempo, mas do ângulo dogmático ainda estamos apegados a essa perspectiva.

No plano teórico, Andrei Koerner ajuda a entender porque o *habeas corpus* historicamente ficou tão precário, do ponto de vista das consequências advindas de uma ordem concedida. Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos, a partir da democracia de baixa intensidade, fornece uma chave conceitual para entendermos o que a inefetividade do *habeas corpus* pode revelar sobre a qualidade de democracia em que vivemos. Isso porque de fato o problema da efetividade do *habeas corpus* é no fundo um problema de democracia e autoritarismo, pois se o *habeas corpus* é concebido como o mecanismo garantidor de uma das conquistas democráticas (o direito de ir e vir e o controle do exercício do poder de punir do Estado), a existência de uma prática judicial que o torna inefetivo põe a própria democracia em cheque. Enquanto o Poder Judiciário – que constitucionalmente se propõe a garantir a democracia – perpetuar uma legalidade autoritária na proteção da liberdade humana, dificilmente evoluiremos para uma democracia de alta intensidade, já que, no fim das contas, o modelo democrático se estabiliza na medida em que existirem instrumentos eficazes na proteção dos direitos das pessoas.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: uma introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. O mesmo olhar positivista. **Boletim IBCCrim – Edição Especial**, n. 95, p. 8, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 27 out. 2019.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas Corpus. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 6. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 23-65.

KOERNER, Andrei. **Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

REGINATO, Andrea Depieri de Albuquerque; ALVES, Robson Cosme de Jesus. O ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, p. 140-153, 2014, p. 140-153.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio do Volume 1. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Coleção Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, vol. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução – Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Coleção Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, vol. 1.

SANTOS, Thandara (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

STRECK, L. L. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

# UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES PROFERIDAS NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA CIDADE DO RECIFE: ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E A LIBERDADE PROVISÓRIA

Gabriela de Oliveira Amaral

Graduanda em Direito (UNICAP). Pesquisadora Voluntária do Grupo Asa Branca de Criminologia (PIBIC/UNICAP).

## INTRODUÇÃO

A implementação das audiências de custódia no país, realizada através da resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em vigor desde fevereiro de 2016, criou a possibilidade de, através de um ato informal, horizontal e dotado de oralidade, haver uma tomada de decisões mais responsável acerca da continuidade ou não da prisão cautelar, uma vez que proporciona, logo após a prisão em flagrante, o contato entre custodeado e juiz (VALENÇA, BORBA, CASTRO, 2017, p.10). Portanto, é criada a oportunidade para que, posteriormente ao flagrante, o indivíduo aguarde em liberdade o andamento do processo, que pode resultar – importa lembrar – em uma sentença absolutória.

A urgência no enfrentamento à prisão cautelar pode ser facilmente observada através dos dados colhidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, no último INFOPEN (2016), que apontam o estado de Pernambuco como sendo o quarto pior em população carcerária do país – são cerca de 34.556 presos – e entre estes, mais de 50% estão presos provisoriamente, ou seja, sem que tenha havido um julgamento definitivo. Dessa forma, é possível afirmar que a redução do encarceramento provisório poderia consideravelmente reduzir danos no que se refere à superlotação de presídios.

Diante dos números crescentes de decretações de prisão preventiva, mostra-se mais que necessário atentar para a fundamentação utilizada nas decisões dos juízes nas audiências de custódia, a fim de se compreender de que forma o judiciário atua no tratamento das medidas cautelares e como justifica a decretação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória – visto que a motivação da decisão exerce tanto uma função política, quanto uma garantia processual, legitimando-a como ato característico de um regime democrático e atendendo à indispensável racionalização da atividade jurisdicional (GOMES FILHO, 1991, p.43).

Observa-se, de imediato, que, segundo o Mapa da Implementação da Audiência de Custódia no Brasil, nos estados em que são realizadas as audiências, o percentual de flagrantes convertidos em preventiva é bastante alto – tem-se em Pernambuco, o percentual de cerca de pouco mais de 60% (CNJ, 2017). Essa perpetuação de uma cultura de aprisionamento faz com que uma exceção constitucional se torne regra. Isso porque, no Brasil, a presunção de inocência foi adotada pelo constituinte de 1988 como um dos princípios basilares, estando previsto no art. 5º, LVII, com a seguinte expressão taxativa: “Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Assim, ao ser admitida a existência da prisão cautelar no sistema jurídico brasileiro, ela é acatada de forma indiscutivelmente excepcional. Assim, o acusado apenas poderia ser preso preventivamente em casos de “imperiosa necessidade” e com justificação devida e baseada em critérios legais objetivos, de forma que a prisão seja, de fato, de natureza cautelar (CRUZ, 2011, p. 69).

Dessa forma, percebe-se a relevância de se compreenderem as potencialidades das Audiências de Custódia com relação ao desencarceramento provisório e, especificamente neste trabalho, o impacto das decisões judiciais tomadas nestas audiências e dos fundamentos que as baseiam fática e juridicamente. Isto de forma a se atentar em uma possível reprodução de um



padrão de decisões que se relaciona com toda engrenagem do sistema punitivo e com suas respectivas problemáticas, inclusive, na reprodução de estruturas sociais marcadamente classistas, racistas e sexistas. Entender a atuação do poder judiciário no tratamento das medidas cautelares e como ele justifica sua aplicação é, portanto, urgente e necessário.

## **METODOLOGIA**

Para a realização do presente trabalho, foram dois os métodos de coleta de dados empregados: primeiramente, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e, em seguida, uma análise tanto quantitativa quanto qualitativa de 87 decisões proferidas nas audiências de custódia acompanhadas pelas pesquisadoras do grupo Asa Branca de Criminologia, na cidade do Recife, durante o segundo semestre de 2018.

No que diz respeito à pesquisa bibliográfica sobre o tema, foram revisados artigos científicos, capítulos de livros e livros que tratem do surgimento, desenvolvimento e impacto das audiências de custódia no país e, especificamente, no estado de Pernambuco. A análise documental, importa ressaltar, distingue-se da revisão bibliográfica, na medida em que se vale de documentos que ainda não receberam tratamento científico, tais como, relatórios, pareceres, reportagens de jornais, revistas (OLIVEIRA, 2007). Assim, no presente trabalho, foi feita uma análise documental de decisões que foram tomadas em audiências de custódia e de relatórios publicados relativos ao tema.

Além dos métodos de coleta de dados citados acima, houve um acompanhamento presencial, durante três meses, de audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes do Recife, no Fórum Rodolfo Aureliano. Durante as audiências, foram observadas perguntas, respostas, pedidos, posturas, tratamentos, por parte dos sujeitos presentes da sala de audiência: juiz(a), promotor(a), advogado(a) ou defensor(a), custodiado(a), policiais militares. Com o objetivo de coletar dados e preencher uma série de questões objetivas e subjetivas relevantes à pesquisa, foi, a todo momento, essencial estar atenta a todos estes elementos.

Para além disso, observar de perto o funcionamento e os sujeitos das audiências se mostrou uma experiência de relevância ímpar para uma compreensão fática do funcionamento do sistema de justiça criminal pernambucano e brasileiro, pois é justamente através desse contato com o campo e nesse convívio e exercício de observação que se torna possível compreender a lógica de funcionamento e as engrenagens do campo pesquisado (BAPTISTA, 2017, p. 83). Nesse sentido, importa destacar que algumas questões puderam ser observadas ao logo desta fase, tornando possível a afirmação de que os dados obtidos caminharam em sentidos específicos, que serão trabalhados ao longo deste artigo.

## **DISCUSSÃO**

O presente tópico pretende realizar uma análise geral, quantitativa e qualitativa, de decisões proferidas em audiências de custódia acompanhadas durante o segundo semestre de 2018, em uma pesquisa de campo<sup>1</sup>, realizada pelo grupo Asa Branca de Criminologia<sup>2</sup>. Serão analisados, portanto, o número de decretações de prisão preventiva e de concessões de liberdade

---

<sup>1</sup> Pesquisa de campo inserida em uma pesquisa maior, intitulada: *Audiências de custódia: um caminho para o enfrentamento à violência institucional e ao encarceramento provisório?*. Vinculada à Universidade Católica de Pernambuco, através do Grupo Asa Branca de Criminologia.

<sup>2</sup> O Grupo Asa Branca de Criminologia é um grupo de pesquisa vinculado às Universidades Católica e Federal de Pernambuco.

provisória, e alguns dos fundamentos jurídicos e fáticos apontados pelos magistrados na elaboração destas decisões, a fim de se compreender como tem atuado o poder judiciários diante deste instituto e de suas respectivas pretensões.

Primeiramente, importa pontuar os números extraídos dos resultados das audiências acompanhadas na cidade do Recife: foram, no total, 87 audiências. Dentre elas, 43 resultaram na decretação da prisão preventiva, 43, na concessão de liberdade provisória – sendo 42 com aplicação de medidas cautelares e apenas 1 com liberdade irrestrita –, e uma única em que foi relaxado o flagrante. Desta forma, observa-se uma realidade condizente com a do sistema carcerário brasileiro no que diz respeito à quantidade de pessoas presas provisoriamente, e por outro lado, um resultado diverso não só do que se pretende com a implementação das audiências de custódia, mas do papel excepcional legalmente instituído para a prisão preventiva.

Torna-se necessário, assim, observar os fundamentos legais e fáticos de que se utilizaram os magistrados para embasar as decisões, notadamente as de prisão preventiva, a fim de melhor compreender a lógica que elas perpetuam. Das 43 decretações de prisão, 42 contemplaram a “ordem pública” como uma das razões que levariam à necessidade da decretação desta medida excepcional – e 27 dentre estas foram fundamentadas tão somente pela “garantia da ordem pública”. É seguro afirmar que, diante das possibilidades de fundamentação de prisão preventiva trazidas pela legislação<sup>3</sup>, esta em questão merece uma maior atenção. Não somente por ser a mais utilizada, mas, sobretudo, pela falta de objetividade que carrega e pelos perigos que representa dentro de um sistema penal que se diz acusatório, no contexto de um estado democrático de direito.

Acontece que, em sendo uma medida cautelar, a prisão preventiva tem sua existência justificada na tutela processual, haja vista que pretende proteger a aplicação útil da lei penal, a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais<sup>4</sup>, buscando dar efetividade ao resultado do processo – que, sempre bom lembrar, no fim, pode ser de absolvição do acusado. Isso, porém, tão somente quando estiverem presentes provas da materialidade do crime e indícios suficiente de autoria, com a “existência de sinais externos, com suporte fático real” (LOPES, 2014 apud SILVA, 2017). Ou seja, é necessária a verificação, pelo juiz, do contexto de perigo apresentado pelo acusado ou os prováveis prejuízos que sua liberdade poderia causar ao andamento do processo. Indo de encontro a isto, o argumento da garantia da ordem pública não tem relação alguma com o processo, para além de não ser definido ou delimitado pela legislação. Portanto, ele “não é algo palpável e objetivo, ao contrário, trata-se de algo essencialmente subjetivo, vazio, carente de significante a ser atribuído em cada situação pelo intérprete” (VASCONCELOS, 2017). Isto abre espaço para que questões como “manutenção da credibilidade da justiça” e “clamor público” sejam colocadas como motivadoras de uma prisão, demonstrando o caráter de defesa social imputado a esta medida cautelar, fugindo ao controle de legalidade que deveria guiar os institutos processuais penais e, conseqüentemente, as decisões judiciais dentro de um sistema democrático. (VALENÇA, BORBA, CASTRO, 2017).

Para ilustrar tal realidade, trago parte uma das decisões a que tive acesso durante a pesquisa:

---

<sup>3</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>4</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A conduta criminosa supostamente cometida pela autuada concretamente obstaculiza a garantia da ordem pública e está levando à ruína de milhares de jovens e suas famílias, sendo do conhecimento geral da sociedade o esforço das instituições públicas para dar um freio em tal situação<sup>5</sup>

Juntamente à garantia da ordem pública, e como consequência dela, em grande parte dos casos estiveram presentes justificativas como “a gravidade abstrata do delito”<sup>6</sup> e a “periculosidade do custodiado”<sup>7</sup>. Ocorre que, a partir do momento em que uma prisão processual é baseada na gravidade em abstrato do delito supostamente cometido, é trazida de volta a ideia da prisão preventiva obrigatória – que foi retirada de nosso ordenamento em 1967, com a edição da lei 5.347 –, como se a natureza do delito imputado fosse suficiente para ser imputada uma punição antecipada (CHOUKR, 2011). Isso causa uma dupla presunção: a de que o crime foi, de fato, cometido, e ainda que, diante da gravidade abstrata do crime, o sujeito apresenta perigo para a sociedade (SILVA, 2017, p. 09). Diante disto e no mesmo sentido da decisão mostrada anteriormente, trago:

Lembre-se, que a conduta que lhe é imputada se mostra bastante grave e potencialmente danosa à saúde pública, em vista do tráfico de drogas. A medida se justifica para garantir a ordem pública, ante a gravidade do tráfico de drogas que assola a nossa sociedade<sup>8</sup>

Outra questão bastante relevante para a decisão judicial são os antecedentes criminais do custodiado e suas condições pessoais. Das 43 decretações de prisão preventiva, 16 tiveram os antecedentes criminais como uma das causas declaradas para a prisão preventiva. Relevante observar que, em 3 casos a “passagem anterior pela audiência de custódia” foi fator levado em consideração. Como neste caso:

Registre-se que o atuado respondeu a outras ações penais, inclusive havendo condenação, até mesmo passou em audiência de custódia, preso em flagrante em janeiro deste ano, também, por crime da mesma natureza, crime contra o patrimônio<sup>9</sup>

Ainda neste sentido, a única concessão de liberdade provisória irrestrita registrada nesta pesquisa foi justificada pela ausência de antecedentes do custodiado, que tinha “ocupação lícita” e “residência fixa”. Condições estas que apresentam a grande maioria dos custodiados: cerca de 90% cumprem tais “requisitos”, e ainda assim tem sua liberdade cerceada, se não pela prisão, pela aplicação de medidas cautelares alternativas. Apesar de previstas em lei, as “condições pessoais” do custodiado em nada se relacionam com a proteção cautelar ao processo, e são mais uma forma arbitrária de presunção de culpa.

Acerca do uso inquisitivo da prisão preventiva enquanto “arma de combate à criminalidade” (SILVA, 2017, p. 07.) e enquanto uma medida de segurança pública utilizada em detrimento da concretização de garantias constitucionais, tem-se um trecho de decisão que mostra o juízo de valor que emprega a magistrada diante de um caso de suposto tráfico de entorpecentes, argumentando que há “interesse social” em sua decisão:

Nenhuma das medidas cautelares dispostas em lei se mantêm como adequadas no confronto entre princípios fundamentais, estando eles no mesmo patamar - liberdade (direito individual da autuada) x ordem pública (direito coletivo), deve preponderar o interesse social, ferido em grande intensidade pelas supostas condutas delituosas, uma delas de natureza hedionda<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Processo n. 0011907-91.2018.8.17.0001

<sup>6</sup> Das 43 decretações de prisão preventiva, 17 abordaram a gravidade abstrata como justificativa.

<sup>7</sup> Das 43 decretações de prisão preventiva, 8 abordaram a periculosidade do custodiado.

<sup>8</sup> Processo n. 0009319-14.2018.8.17.0001

<sup>9</sup> Processo n. 0009963-54.2018.8.17.0001

<sup>10</sup> Processo n. 0011907-91.2018.8.8.17.0001

Diante do que foi colocado, é imprescindível compreender em quais sujeitos e condutas recai, majoritariamente, a atividade jurisdicional das audiências de custódia, e de que forma ela dialoga com o sistema punitivo como um todo. Primeiramente, destaca-se que dos 43 presos provisórios, 32 eram negros – cerca de 74% –, 10 não puderam ter a cor identificada e apenas 1 era branco. Dos delitos imputados aos custodiados que foram presos, o Tráfico de drogas foi o mais frequente, sendo causa de 44% das prisões preventivas. O discurso de combate ao tráfico de entorpecentes, assim, é responsável por quase metade das prisões acompanhadas ao longo desta pesquisa, em consonância com a realidade carcerária brasileira, já que a criminalização destas condutas é responsável por 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade aguardam por julgamento ou foram condenadas<sup>11</sup>. Como demonstrado nos dois primeiros trechos de decisões judiciais trazidos no presente tópico, as fundamentações utilizadas nestas situações são sempre pautadas na garantia da ordem pública e diante do clamor social pelo “combate ao tráfico de drogas” que, segundo discurso retirado das decisões expostas anteriormente, “assola nossa sociedade” e “leva à ruína milhares de jovens e suas famílias” – argumentos que fogem à racionalidade e à análise objetiva que exige a legislação, diante de uma decisão que cerceia o direito à liberdade de indivíduos, de forma marcadamente seletiva.

Pode-se afirmar, diante do exposto, que os magistrados, quase sempre acatando os pedidos do Ministério Público<sup>12</sup>, tendem a decidir de forma pouco condizente com os objetivos das audiências de custódia, que pretendem não somente diminuir as decretações de prisão processual, mas, também, ser um contato esclarecedor, gerador de maior empatia e de uma real comunicação, ainda que rápida, entre as pessoas. O que se observa, no entanto, é uma preocupação quase ausente em relação a uma decisão descarcerizadora ou com a situação da pessoa presa (FERREIRA, 2017, p. 21). Utilizando-se de generalidades legais para encobrir decisões, os juízes pouco atentam aos princípios constitucionais de proporcionalidade, razoabilidade, e, notadamente, o da presunção de inocência no Direito Processual Penal, a serem obrigatoriamente considerados quando da decretação de uma prisão preventiva. Em nome de uma segurança pública e de manter uma “boa imagem”, os magistrados mantêm uma postura punitivista, às custas daqueles indivíduos considerados “perigosos” para o convívio social. Nesse sentido, “a medida cautelar perde a sua justificativa processual para servir às finalidades do direito penal, funcionando como verdadeira pena antecipada” (VALENÇA, BORBA, CASTRO, 2017). Desta maneira, é interessante compreender melhor de que forma essa realidade dialoga com o funcionamento do sistema punitivo como um todo, especialmente do contexto nacional – e com o latino-americano como um todo –, com a manutenção de práticas que não tratam a prisão como *ultima ratio* do sistema. Práticas estas que a implementação das audiências pretendia superar.

É sabido que não há, na legislação brasileira, lei federal que preveja a implementação das audiências de custódia no país. Há, na realidade, uma resolução do CNJ (213/2015) que, em vigor desde fevereiro de 2016, regulamenta o funcionamento destas audiências, com base no compromisso firmado pelo Estado Brasileiro frente à Convenção Americana de Direitos Humanos. Acerca disto, um panorama nacional das audiências, realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD –, apontou as principais dificuldades e os desafios na implementação dessas audiências em alguns estados brasileiros, sendo uma delas o (não) ajuste das posturas dos magistrados às novas realidades e demandas. Isso porque são mantidos velhos padrões, que seguem uma cultura punitivista a qual não condiz com os parâmetros de justiça buscados hoje (IDDD, 2017, p. 80), especialmente com a intenção que seguiu a implementação das audiências e custódia no país: assegurar os direitos fundamentais da pessoa custodiada, evitar prisões desnecessárias e, assim, reduzir danos causados pela superlotação carcerária. (SILVA, 2017, p. 08).

---

<sup>11</sup> Segundo dados retirados do último INFOPEM. DEPEN, 2016.

<sup>12</sup> Em 82 das 87 audiências acompanhadas por nós, o pedido do Ministério Público foi acatado na decisão judicial.

Debruçando-se, no entanto, sobre os “velhos padrões” citados acima, percebe-se que há uma considerável preocupação, por parte do poder judiciário, com o chamado “eficientismo penal”, que legitimaria a aplicação de penas antecipadas em nome do combate à violência, tornando regra o que deveria ser exceção da exceção: a prisão preventiva. Além disso, a frequente aplicação de medidas cautelares sem relação alguma com a acusação feita à pessoa custodiada pode ser traduzida enquanto uma tentativa por parte do juiz de “educar” o/a custodiado/a e evitar que ele/a repita o que ainda não foi provado que fez. Não são raras as vezes em que, ao fim das audiências, o magistrado trata como um “favor” a concessão da liberdade provisória, e afirma que “da próxima vez, não vai ter jeito”, enquanto estabelece condições limitadoras da liberdade provisória – as medidas cautelares alternativas.

Ainda sobre os magistrados, é relevante observar que eles, que avaliam e decidem o destino da pessoa sentada à sua frente, pertencem a um grupo social sem identificação alguma com o dos acusados, o que interfere diretamente nos estereótipos que orientam as decisões proferidas, tomadas por uma seletividade que é constituinte do sistema de justiça criminal e orientadora de grande parte da opinião pública, que acredita haver uma relação direta entre criminalidade e perfil socioeconômico (ZACKSESKI, 2010, p. 9-10). Há, assim, como já pontuado anteriormente, uma crença por parte do judiciário de que é papel dele, antes de tudo, combater a criminalidade, marcadamente personificada, ficando em segundo plano qualquer outro objetivo de sua atuação. Esta postura, conseqüentemente, define o padrão das decisões proferidas em audiências de custódia. Como exemplo disto, trago a fala de um magistrado, ao término de uma das audiências nas quais estive presente: “de fato, doutor, ele não parece com a clientela que aparece aqui, mas soltá-lo seria desmoralizar o nosso sistema. Ele já estava em regime aberto, então nenhuma cautelar será suficiente.”, afirmou o juiz ao defensor público.

Outra questão a ser pontuada com relação à postura do judiciário é a credibilidade depositada por este poder na instituição policial, em detrimento do que se observa em relação ao depoimento do custodiado na audiência, especialmente quando as respostas por ele dadas não correspondem ao que traz o auto de prisão em flagrante. Esta afirmação aponta para a “crença na função policial como atividade estatal de combate ao crime e de busca pela verdade” (PINHEIRO, 2016, p. 20), mesmo que para isso se utilizem de posturas violentas ou ilegais, pois são justificadas pelo dever de defender a sociedade “dos inimigos”, carregado pelos operadores da justiça criminal. (JESUS, 2016, P. 195 apud PINHEIRO, 2016, p. 21).

O modelo das audiências de custódia implantado no país que, a princípio, representa grande avanço para o processo penal parece estar, ao mesmo tempo, servindo como extensão da ferramenta repressiva do Estado, aumentando o raio de controle social não somente através das prisões, mas, também, através da aplicação massiva de medidas cautelares alternativas. O problema dos presos sem condenação mostra-se neste contexto como sendo uma das expressões máximas de um Estado que, para muitos, assume o formato de uma “instituição de sequestro” (ANITUA, p.15, 2008), pois afasta estes sujeitos do convívio social com o discurso de que esta é opção mais “segura” para a coletividade. Desta maneira, o sistema punitivo reproduz as estruturas da sociedade, marcadamente desiguais, racistas e classistas. O que acaba explicando a afirmação de que mais de 70% das pessoas presas preventivamente nas audiências acompanhadas nesta pesquisa sejam negras e trabalhem informalmente. Há, portanto, uma seletividade trazida pelo punitivismo estatal, sustentado por um populismo punitivo e que segue apostando na “solução” do aprisionamento de corpos revestida por um discurso de proteção social.

Tal postura descomprometida da magistratura para com o desencarceramento sustenta a intensificação do aprisionamento em massa de determinados corpos, mostrando-se, assim, um exercício de violência estatal. Sua atuação é, portanto, distante das pretensões das audiências de

custódia no que tange à proteção de direitos fundamentais e princípios processuais penais, que tratam a prisão preventiva como uma exceção, sendo regra a liberdade individual, garantida pela ordem constitucional (FERREIRA, 2017, p. 09).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relevância da implementação das audiências de custódia no sistema de justiça criminal brasileiro pode ser justificada através da sua potencialidade diante da urgência no enfrentamento à prisão cautelar no país. Desta forma, torna-se necessário um maior controle da atividade jurisdicional em torno deste instituto, a fim de se garantir uma tomada de decisão verdadeiramente racionalizada, condizente com a ordem constitucional brasileira, que tem como regra a liberdade individual.

Por fim, foram pontuadas algumas das problemáticas concernentes às decisões proferidas nas audiências de custódia na cidade do Recife, e acerca de seus fundamentos jurídicos e fáticos apontados pelos magistrados, sugerindo um padrão não somente de decisões, mas de fundamentação e de justificativas. Nesse sentido, foram gerados dados quantitativos acerca destas decisões, e, também, foram analisadas qualitativamente algumas delas, presentes neste relatório. Para além disto, foi pontuado o perfil socioeconômico dos custodiados que recebem a prisão preventiva como resposta-regra nas audiências de custódia, apontando para a reafirmação de uma problemática que é geral no sistema punitivo brasileiro: a seletividade penal e a presunção de culpa, que toma o lugar da garantia individual da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Cidadã.

As audiências de custódia surgem com o escopo de assegurar os direitos fundamentais da pessoa custodiada e evitar prisões desnecessárias (SILVA, 2007, p. 08), de forma a cumprir com o dever do Estado Brasileiro diante das convenções internacionais por ele assinadas, a fim de combater problemas urgentes no sistema de justiça criminal. Observa-se que, apesar da grande relevância do surgimento deste instituto, que tem a potencialidade de antecipar uma decisão judicial que, antes, levaria muito mais tempo, as decisões provenientes destas audiências não têm diminuído o número de prisões provisórias, o que significa que os magistrados pouco atentam para o objetivo de descarcerização a partir destas audiências. Em caminho contrário, o raio punitivo estatal têm aumentado, inclusive através da aplicação das medidas cautelares alternativas, muitas vezes, aplicadas sem relação alguma com o suposto fato cometido pelo custodiado.

O modelo destas audiências, que aparenta representar um avanço para o processo penal, ao mesmo tempo, parece estar sendo utilizado como extensão da ferramenta repressiva do Estado, aumentando o raio de controle social através das prisões preventivas e da aplicação massiva de outras medidas cautelares. O problema dos presos sem condenação mostra-se, assim, como sendo uma das expressões máximas de um Estado que, para muitos, assume a forma de uma “instituição de sequestro”, afastando estes sujeitos do convívio social e reproduzindo estruturas sociais marcadamente classistas e racistas, sustentadas por um discurso de ordem e segurança pública.

Assim, torna-se possível afirmar que as decisões proferidas nas audiências de custódia na cidade do Recife caminham para não somente a reprodução, mas para a intensificação de uma lógica de aprisionamento difícil de ser quebrada, apartada por um sistema penal com diversas faces inquisitivas (VALENÇA, BORBA, CASTRO, 2017). Portanto, a postura do poder judiciário, frente às possibilidades levantadas pelas audiências de custódia, é de legitimação do punitivismo como caminho ao enfrentamento de questões de violência e criminalidade, aprofundando, desta forma, a seletividade do sistema de justiça criminal, inerente à estrutura do sistema penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **A América Latina como instituição de sequestro**. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Orgs.). Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, p. 67-83, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O uso da observação participante em pesquisas realizadas na área do direito: desafios, limites e possibilidades. Machado, Maíra Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53-99.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos / Mapa de Implementação das Audiências de Custódia**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 15/06/2019.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar**: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Censo penitenciário 2015**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em 15/06/2019.

FERREIRA, Carolina C. **Audiências de custódia**: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? Justiça do direito. v. 31, n. 2, p. 279-303, maio/ago. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43.

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Audiências de Custódia – Panorama Nacional**. São Paulo, 2017

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

PINHEIRO, Davi Malveira. **A manutenção de práticas punitivas nas Audiências de Custódia do Recife**: Um mergulho na dinâmica do Plantão Judiciário da Capital Pernambucana. Monografia. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2016.

SILVA, Alana Barros da. **Ilusória ultima ratio**: a prisão preventiva e a superlotação do complexo prisional do curado à luz do instituto da audiência de custódia em Recife. Monografia. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2017.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implantacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#\\_edn3](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implantacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife#_edn3). Acesso em 09/06/2019.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha Coutinho; BORBA, Marcela Martins. **Audiências de custódia e seus desafios**: apontamentos a partir da realidade do Recife. 2017.

VASCONCELOS, Vinicius Duan Moura. **Pela Ordem**: Uma análise processual constitucional da prisão cautelar para garantia da ordem pública a partir do padrão de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco no biênio 2012/2013. Monografia. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2017.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestteti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010



# JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E “PLEA BARGAINING”: A FRAGILIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO E A PREVALÊNCIA AUTORITÁRIA DO EFICIENTISMO

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro

Graduado em Direito (UNIT). Advogado.

## O PROCESSO PENAL COMO GARANTIA À APLICAÇÃO DA PENA

A aplicação de uma sanção penal pressupõe, como fundamento ontológico de legitimidade, a necessária existência de uma norma penal prévia — a qual, de um lado, disporá acerca de condutas abstratas violadoras a bens juridicamente relevantes e, de outro lado, cominará a respectiva sanção àqueles que eventualmente praticarem as preceituadas condutas delituosas. Trata-se, com efeito, de materialização do princípio constitucional da legalidade, expresso pelo brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade — neste caso, nomeadamente o da legalidade penal — constitui uma das mais significativas conquistas civilizatórias modernas.<sup>1</sup> Com o advento do Estado Moderno de Direito, em especial a partir da Revolução Francesa de 1789, passou-se a preconizar que somente a lei positivada seria capaz de conferir legitimidade à atuação estatal. Nesse sentido, a punição a quem rompesse com a ordem social estaria inexoravelmente dependente da existência de uma lei anterior, por meio da qual se estabeleceriam as possíveis consequências a incidir sobre o sujeito que violara o pacto vigente.

Com a instituição desse princípio, o que se almejava, em última análise, era a limitação do poder punitivo do Estado em face das frequentes arbitrariedades praticadas sob a égide do absolutismo<sup>2</sup>. De fato, na era absolutista, o poder estatal se legitimava a partir da própria soberania exercida pela (e personificada na) figura do monarca, revelando-se despiciendas quaisquer justificativas racionais a limitar o exercício desse poder, na medida em que preponderavam argumentos de natureza fundamentalmente religiosa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Juarez Cirino dos Santos assevera que “o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas *de lex praevia, de lex scripta, de lex stricta e de lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal”. (CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 20).

<sup>2</sup> Discorrendo acerca dos fundamentos que culminaram com a defesa do primado da legalidade, Pavón afirma que “num primeiro momento [...] se concebeu [a legalidade] como uma garantia de segurança jurídica frente ao poder absoluto do soberano [...] mediante leis certas, o cidadão poderia saber o que estaria proibido ou permitido, adequando sua conduta àquele conhecimento (...) o fundamento do princípio da legalidade consiste na proteção da liberdade individual frente à arbitrariedade; trata-se de instrumentalizar um sistema penal a fim de evitar a arbitrariedade do Estado.” (PAVON, 2004, tradução nossa).

<sup>3</sup> A respeito dos fundamentos que legitimavam discursivamente as práticas absolutistas, Marcos Antônio Lopes esclarece que: “No século XVII, época do triunfo incontestável dos reis absolutistas, o ato de governar se revestia de uma natureza sacramental. [...] todo monarca, independentemente de seu valor pessoal e da qualidade de sua administração, era concebido como uma figura sagrada. Bossuet (1627-1704), um dos mais representativos ideólogos do poder régio por direito divino, dizia que [...] a soberania do príncipe era de uma evidência incontestável, porque ele seria sempre a representação simbólica da paternidade divina.” (LOPES, 2010, p. 216).

Não obstante, se é lícito afirmar que não há pena sem prévia cominação legal — o que significa dizer que a aplicação da pena impõe a existência de uma lei penal anterior — pode-se igualmente dizer que não há pena sem a existência de um devido processo legal. Conforme estatui a Constituição Federal em seu artigo 5º, dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, a privação da liberdade ou de bens somente se procede mediante um devido processo legal, em que seja possível assegurar o contraditório e a ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em outras palavras, a aplicação de uma pena exige, como requisito inafastável de legitimidade, a devida observância de um processo legal, na qual se assegure àquele sujeito passível de sofrer as consequências de uma sanção uma série de garantias fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a imparcialidade, a presunção de inocência, entre outros. Assim, é possível afirmar que pena e processo são dois institutos que caminham umbilicalmente unidos, na medida em que o primeiro somente se legitima a partir da existência (devida) do segundo.

Por tal razão, LOPES JR. (2018, p.32) aduz com particular lucidez que

o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido (...) O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Por todo o exposto, é possível concluir que a mera existência de um processo não justifica de maneira legítima a aplicação de uma sanção penal. É necessário, também, que sejam asseguradas as garantias fundamentais àquele submetido ao poder estatal, de modo que se pode assentar, com precisão, que não basta ter um processo: *é preciso que se tenha um processo devido*. Nas linhas seguintes, serão analisados os dois elementos conformadores do sistema epistemológico garantista, assim como examinadas algumas garantias responsáveis por constituir o devido processo legal, as quais, em última análise, representam “verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal” (LOPES JR, 2017, p. 57).

## **A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA: O CONVENCIONALISMO PENAL E O COGNITIVISMO PROCESSUAL**

Luigi Ferrajoli, distinto jurista italiano, a quem se atribui o mérito por proceder a uma das mais apuradas elaborações teóricas relativamente à ciência do direito — em especial (mas não só) nas disciplinas de direito penal e direito processual penal —, sustenta, em sua obra magna “Direito e Razão”<sup>4</sup>, a existência de uma epistemologia garantista<sup>5</sup> erigida a partir da coexistência de dois

---

<sup>4</sup> É nesta obra que Ferrajoli exporá os princípios que constituem o garantismo penal. Segundo Livia Almeida LAMAS (2010, p.31), “o modelo penal garantista é uma construção de Luigi Ferrajoli a partir de uma profunda revisão crítica do chamado modelo penal garantista clássico, de matriz ilustrada. Percorrendo não apenas as bases epistemológicas do modelo clássico, mas também seus fundamentos axiológicos externos (critérios de justificação ético-política) e internos (jurídicos), o autor visa alcançar um modelo penal que permita fundamentalmente legitimar ou deslegitimar os sistemas jurídico-penais concretos ou mesmo determinados institutos penais e processuais-penais, de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito”.

<sup>5</sup> A epistemologia garantista é responsável por estruturar um sistema de garantias penais, que, em sentido lato, corresponde a 10 (dez) princípios ou axiomas fundamentais. Por questões didáticas, decidiu-se separar os referidos axiomas em dois grupos: um grupo relativo às garantias penais em sentido estrito (que dizem respeito à dogmática penal material), atinentes aos questionamentos sobre “quando e como punir e quando e como proibir”, e outro grupo

elementos estruturantes: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. Com efeito, é justamente a partir da confluência desses dois elementos (notadamente o segundo) que derivam as garantias constitutivas do devido processo legal.

Pelo convencionalismo penal, tem-se que somente o delito formalmente descrito em um tipo legal pode vir a ser penalizado, desde que efetivamente comprovada a prática da conduta delituosa prevista em abstrato. Trata-se de manifestação do princípio da legalidade, “dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Nesse diapasão, afirma FERRAJOLI (2002, p. 31, grifos nossos) que

o sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: *o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei.*

A partir desse primeiro elemento, é possível extrair um conjunto de princípios que consubstanciarão o sistema de garantias penais em sentido estrito, representados por questionamentos atinentes a quando e como punir (garantias relativas à pena) e quando e como proibir (garantias relativas ao delito). São eles: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da retributividade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade e 6) princípio da culpabilidade.

Por outro lado, o cognitivismo processual<sup>6</sup> impõe que a pena decorrente da prática de um delito somente se materialize a partir de um raciocínio gnosiológico (cognitivo) conduzido no bojo de *um processo judicial*. Em outras palavras,

o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Assim, e conforme já explicitado no item anterior, a pena somente poderá ser considerada legítima quando aplicada no curso de um processo penal jurisdicionalizado, em que

a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações — de fato ou de direito — das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Sem embargos, é necessário salientar que, malgrado cada elemento epistemológico mais se aproxime de uma perspectiva dogmática (enquanto o convencionalismo se identifica com a dogmática penal, o cognitivismo mais se aproxima da dogmática processual), o sistema de garantias (em sentido amplo) somente pode ser compreendido a partir de uma análise simultânea e recíproca.

---

concernentes às garantias processuais, que mais se aproximam da dogmática penal processual, foco do presente estudo, que se relacionam às questões sobre “quando e como julgar”.

<sup>6</sup> A partir do cognitivismo processual, é possível depreender quatro outros axiomas, que, somados àqueles extraídos do convencionalismo penal, conformam o modelo epistemológico garantista. São eles: 1) princípio da jurisdicitorialidade 2) princípio acusatório (ou separação entre juiz e acusação); 3) princípio do ônus da prova; 4) princípio do contraditório.

De fato, não haveria que se falar em garantias materiais (como a sujeição à legalidade, por exemplo) se o julgador aplicasse uma pena à míngua da existência de um processo (ou, ainda que existente, fosse este indevido). Da mesma forma, não se poderia imaginar a efetivação de uma certa garantia processual (como a jurisdicionalidade) se o indivíduo fosse julgado por um crime não previsto em lei, ou sancionado a uma pena superior à legalmente autorizada. É precisamente por tal razão que o mestre italiano afirma que

o conjunto das garantias penais seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais [...] As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes — a lesão, a conduta e a culpabilidade —, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também "instrumentais" no que tange garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, "substanciais" (FERRAJOLI, 2002, p. 431-432).

O que se observa, com efeito, é um “nexo estrutural e funcional” entre os diferentes elementos da epistemologia garantista, porquanto somente se pode admitir a estrutura de um processo penal se este existir para julgar crimes previstos em lei, da mesma forma que apenas é possível aplicar uma sanção penal mediante o (devido) funcionamento de um processo. Não por outro motivo, FERRAJOLI (2002, p. 432) aponta que

graças a esse dúplice nexo, cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. E, inversamente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja sob o da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo de direito penal substancial. Esquemas e culturas penais e processuais penais, como tenho dito muitas vezes, são sempre conexos entre si.

Feitas as considerações acima, convém agora analisar o complexo de garantias que constituem parâmetros limitadores<sup>7</sup> (e, por tal razão, legitimadores) da aplicação do poder de punir do Estado, as quais se consubstanciam na cláusula constitucional do *due process of law* ou devido processo legal.

## **AS GARANTIAS CONSTITUTIVAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A POTENCIAL FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA EM VIRTUDE DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO**

### **A jurisdicionalidade ou a necessidade de submissão à jurisdição**

A primeira (e quiçá mais importante) garantia constitutiva de um legítimo processo penal, da qual derivam todas as demais, é a jurisdicionalidade (jurisdicionariedade ou princípio da submissão à jurisdição), representada pela fórmula *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*.

Conforme preleciona Ferrajoli, é possível compreender esta garantia a partir de duas perspectivas, que, embora distintas, revelam-se inextricavelmente complementares: a primeira diz respeito à jurisdicionariedade em sentido lato, segundo a qual os pressupostos do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — devem ser evidenciados por meio de um expediente jurisdicionalizado — vale dizer, a partir de um processo penal; a segunda, relativa à jurisdicionariedade em sentido estrito, preconiza que a cognição (raciocínio) judicial deve se encontrar amparada em premissas limitadoras, “submetendo as hipóteses acusatórias à prova e refutação” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

---

<sup>7</sup> BOSCHI (2006, p. 233) aponta, com acerto, que “o devido processo legal exerce a extraordinária função de limitar, de um lado, o legislador, na produção da norma penal e, de outro, o julgador, na sua aplicação ao caso concreto”.

Além disso, para que esta garantia se efetive, não basta simplesmente a figura de um juiz, mero condutor de um processo. É preciso, com efeito, que esse juiz seja “imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição” (LOPES JR, 2017, p. 58). Por tal razão, pode-se afirmar que a materialização do princípio da jurisdicionalidade (especialmente em seu viés estrito) depende da observância de outras garantias dele derivadas<sup>8</sup>, as que se pretende doravante examinar.

### **A separação entre juiz e acusação, o sistema processual acusatório e a matriz inquisitiva dos institutos negociais**

A segunda garantia que consubstancia o devido processo legal (e que deriva fundamentalmente do princípio da jurisdicionalidade) é a separação entre juiz e acusação. Característica primordial de um processo penal democrático, trata-se de elemento essencial — embora não exclusivamente<sup>9</sup> — de uma estrutura epistêmica acusatória, responsável por assegurar o legítimo desenvolvimento do raciocínio judicial, porquanto instituidor das condições necessárias à materialização das garantias fundamentais do contraditório, imparcialidade e ampla defesa.

Verdadeiramente, observa-se que é apenas na sistemática processual acusatória, em que se promove uma cristalina separação entre as distintas atividades dos atores processuais, e, mais do que isso, na qual a carga probatória recai exclusivamente sobre a acusação (e não resta avocada pelo juiz), que se afigura possível efetivar a imparcialidade<sup>10</sup>. Por reclamar do julgador uma postura passiva, alheia e desinteressada, esse sistema permite o afastamento ante as contaminações cognitivas típicas de um sistema inquisitivo, como o surgimento de quadro mentais paranoicos e a prevalência das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 1986, p. 51-52).

Nessa esteira, discorre Ferrajoli que:

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um

---

<sup>8</sup> Em relação às garantias derivadas do princípio da jurisdicionalidade, Ferrajoli subdivide-as em dois conjuntos. O primeiro conjunto diz respeito às garantias orgânicas, relativas à formação do juiz, no qual estão inseridas “a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal e outras” ; o segundo conjunto refere-se às garantias procedimentais, relativas à formação do juízo (ou cognição), em que se incluem “a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros”. Sem embargos, calha salientar que os dois aludidos conjuntos guardam consigo “conexões lógicas e funcionais”, que serão responsáveis por ora conformar uma episteme acusatória, ora estruturar um modelo inquisitório.

<sup>9</sup> LOPES JR. (2017, p. 64) adverte, com elogiável lucidez, que “é insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. *De nada basta uma separação inicial, com Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assumo um papel ativo na busca da prova* ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”.

Por tal motivo, sustenta-se que além de uma simples cisão entre as atividades de acusar e julgar, a sistemática acusatória reclama o necessário monopólio da gestão probatória a cargo do órgão acusador, como mecanismo essencial apto a evitar os equívocos cognitivos próprios de um sistema inquisitório, como se verá mais adiante.

<sup>10</sup> “A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória” (ibidem, p. 63).

juízo após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (FERRAJOLI, 2002, p. 452).

De fato, no modelo inquisitivo, antipodal à sistemática acusatória, é possível verificar uma “aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo”, não havendo “estrutura dialética e tampouco contraditória”, assim como inexistente a “imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa de gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu” (LOPES JR., 2017, p. 42).

Nesse sentido, Salo de Carvalho aduz que a máquina inquisitiva se caracteriza ontologicamente “pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência” (CARVALHO, 2015, p. 141). Ademais, com supedâneo no magistério de Franco Cordero, assevera ainda o autor que “pode-se identificar o estilo inquisitorial a partir de duas constatações: a) sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado das hipóteses sobre os fatos; e b) a conversão do processo em psicoscopia, ao estabelecer rito fatigante e isento de forma” (CARVALHO, 2015, p. 141).

Imperioso salientar que a tendência contemporânea de expansão dos espaços de consenso no processo penal, objeto do presente trabalho, revela-se essencialmente deletéria na medida em que possibilita flexibilizações a garantias fundamentais (e, por tal razão, não sujeitas à relativização) constitutivas de um sistema processual acusatório. O que se verifica, nesse sentido, é que institutos negociais — como a barganha penal — enfraquecem a posição do acusado como sujeito de direitos, deslocando-o à mera posição de objeto de intervenção, aproximando-se, por conseguinte, do modelo autoritário inquisitorial.

Como afirma SCHÜNEMANN (2017, p. 192),

com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o *plea bargaining* ocorre de um modo geral sem a presença do próprio acusado, que nesse sentido acaba sendo completamente mediatizado por seu advogado.

No mesmo sentido, observa IGNACIO ANITUA que os mecanismos de justiça consensual materializam os dois principais fundamentos do modelo inquisitivo — a saber, o segredo e a confissão, de sorte que “apesar de ser realmente uma ‘importação’ de um sistema com tradição histórica voltada ao modelo processual acusatória, não é em vão a comparação realizada por muitos autores deste mecanismo com as técnicas mais tradicionais do sistema inquisitivo” (ANITUA, 2017, p. 367).

Isso ocorre, segundo o autor, porquanto

ao se buscar a confissão, se valida esta como *probatio probatissima*, substituindo a atividade probatória. Isto é a base do sistema inquisitivo. Significa um retorno ao sistema inquisitivo se quem pactua é o Estado, que coage o imputado com uma ameaça penal maior para que este colabore evitando o julgamento em contraditório (...) O caráter inquisitivo do juízo abreviado verifica a intenção de condenar sobre a base da confissão obtida coativamente (ANITUA, 2017, p. 369).

Com efeito, as propostas de expansão dos espaços de consenso previstas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), nomeadamente aquelas normatizadas no Capítulo III (artigos 308 *et. seq*), preceituam que a formalização do acordo penal condicionar-se-á à “confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória”, exigindo ainda o dispositivo que o acusado expressamente manifeste desejo de dispensa da produção probatória, com vistas a suprimir, por conseguinte, a fase instrutória, tornando mais célere a resolução do caso submetido à apreciação jurisdicional.

Não obstante, um dos maiores problemas observados relativamente ao supracitado comando normativo diz respeito ao fato de que, por supor o término sumário do julgamento mediante a supressão da audiência de instrução, esse mecanismo impossibilita o escorreito desenvolvimento da dialética processual e, por conseguinte, viola o imperativo de que o pronunciamento judicial seja perfilhado por elementos probatórios confiáveis. O que ocorre, nesse sentido, é a primazia dos elementos de informação coligidos na investigação preliminar (unilateral, discricionária e, geralmente, sigilosa), resultando, assim, num processo fundamentalmente inquisitório.

É por este motivo que SCHÜNNEMAN (2017, p. 242), debruçando-se acerca do aparente paradoxo existente entre o modelo processual penal historicamente adversarial — como aquele tradicionalmente atribuído aos países anglo-saxônicos —, por um lado, e a ressignificação inquisitiva verificada na aplicação prática dos mecanismos de consenso, por outro lado, assevera que “neste sistema, por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo do processo inquisitorial”. Isso acontece, explica o autor, na medida em que os dispositivos negociais — notadamente o *plea bargaining* — resultaram

em uma radical revolução no processo penal: a audiência de instrução e julgamento fora amplamente abolida e substituída por um *guilty plea* do acusado, que dele é praticamente comprado através de uma suposta diminuição da pena [...] Neste ponto faz-se notória uma outra debilidade do tribunal do júri. Este, por conta de seus inconvenientes e suas complicações, exigiu do ponto de vista da práxis uma correção. O fato de que esta correção conduziria de um modo geral a uma vasta abolição da audiência de instrução e julgamento resultou no seguinte paradoxo: o modelo processual adversarial [...] não mais conseguia responder às exigências da práxis [...] *originando-se um resultado absolutamente oposto ao almejado, qual seja, a ampla extinção da audiência de instrução e julgamento através da aceitação do resultado da investigação preliminar por meio de um mero plea bargaining* (SCHÜNNEMAN, 2017, p. 254, grifossos).

Saliente-se, por oportuno, que os efeitos deletérios concitados em função da primazia conferida às declarações autoincriminatórias, em especial a coercibilidade ínsita aos expedientes negociais, bem como a problemática concernente aos prejuízos decorrentes da supressão da fase processual instrutória, serão mais detidamente analisadas no tópico relativo à presunção de inocência.

Por ora, cabe afirmar, à guisa de conclusão do presente item, que a “introdução de elementos alienígenas à tradição continental”, como verifica GLOECKNER (2018, p. 77), representa “verdadeiras metástases do discurso processual penal autoritário, regidas por um saber culturalmente inquisitorial e por uma concepção instrumental do processo, subordinando-o à esfera política do poder punitivo” (ibidem). Significa dizer que institutos erigidos em conjunturas historicamente adversariais, quando aplicados em ordenamentos cujas tradições jurídicas se conformaram a tipologias contextualmente distintas, logram ressignificar as práticas punitivas a que restavam originariamente vinculados, o que termina por subordinar, como mencionado por Gloeckner, a aplicação do instituto processual à vontade política dos atores do sistema de justiça criminal, não raras vezes promovendo uma significação autoritária àqueles mecanismos que, repisem-se, eram compreendidos como pertencentes a uma episteme acusatória.

## **A obrigatoriedade da ação penal**

O princípio da obrigatoriedade consiste em premissa lógica da ação penal pública e importa na condição de que, uma vez satisfeitos os requisitos autorizadores da instauração do processo (*fumus comissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa), deve o órgão

ministerial, sem espaço de discricionariedade, oferecer a ação penal visando à apuração do pretense fato delituoso. Trata-se de princípio que deriva da própria natureza pública do processo e que, assim como a garantia anteriormente analisada, tem sua origem na cláusula de reserva à jurisdição.<sup>11</sup>

O fundamento teleológico que subjaz a existência deste imperativo corresponde à necessidade de materializar os fins abstratos que justificam a aplicação da sanção penal, transmitindo à sociedade a mensagem de que condutas desviantes são efetivamente passíveis de responsabilização. Nessa toada, costuma a doutrina afirmar que o princípio da obrigatoriedade coincide com a legalidade<sup>12</sup>, uma vez que impõe ao órgão acusador o ônus inalienável de buscar efetivar — quando preenchidos os requisitos acima mencionados — as prescrições legalmente previstas.

Decorre desta garantia outro princípio de igual relevo, qual seja, a indisponibilidade (ou irrevogabilidade), uma vez que “não apenas está o Ministério Público obrigado a denunciar (ou pedir o arquivamento), senão que, uma vez iniciado o processo, não pode ele desistir, dispor da ação penal” (LOPES JR., 2017, p. 201). De fato, nenhum sentido faria se o órgão ministerial estivesse vinculado à propositura da ação penal e, no curso do processo, manifestasse vontade em dela desistir.<sup>13</sup>

Em contraposição à obrigatoriedade, tem-se o princípio da oportunidade, norteador das ações penais de natureza privada, cuja principal característica diz respeito à faculdade que se apresenta à vítima em oferecer (ou não) a ação penal, pois o que se observa aqui, antes de uma obrigação, é um direito do ofendido em analisar “a conveniência de submeter seu caso penal ao processo, ponderando as vantagens e desvantagens” (ibidem p. 201).

Não obstante se tratar de princípio típico das ações penais de natureza privada, o que se tem constatado em tempos hodiernos é uma crescente ampliação dos espaços de discricionariedade (oportunidade) também às ações penais de natureza pública. A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), por exemplo, expandiu as referidas hipóteses aos delitos de menor potencial ofensivo: estando preenchidos os requisitos legais<sup>14</sup>, poderá<sup>15</sup> o Ministério Público apresentar proposta de transação penal, deixando por conseguinte, caso aceito o acordo, de

---

<sup>11</sup> “A obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista (...) Com a afirmação do caráter público do direito penal (...) também a acusação perdeu progressivamente sua natureza privada originária e assumiu natureza e modalidade inteiramente públicas (...) com a instituição, ao lado dos órgãos judicantes, de um acusador ou Ministério Público”. (FERRAJOLI, 2002, p. 455 *et seq.*)

<sup>12</sup> “Conforme posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva, ou, nas palavras de Jacinto Coutinho, ‘é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação’ [...] Há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 181).

<sup>13</sup> O referido princípio encontra-se positivado no artigo 42 do Código de Processo Penal, cuja redação legal assim preceitua: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

<sup>14</sup> Os requisitos legais autorizadores da transação penal estão dispostos no artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

<sup>15</sup> Em que pese o artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais estatuir que o Ministério Público “poderá propor” transação penal — o que, à primeira vista, conduziria ao raciocínio de que se trata de mera faculdade/liberalidade do órgão acusador —, preconiza respeitável doutrina que a transação penal consiste, na verdade, em direito público subjetivo do suposto autor do fato. Nesse sentido, tem sido comum a afirmação de que a discricionariedade percebida nesse instituto seria “regrada” — isto é, delimitada pela lei —, uma vez que, estando satisfeitos os requisitos legais, não poderia o *Parquet* furtar-se do dever de apresentar a proposta. Todavia, cumpre mencionar que a jurisprudência pátria ainda não pacificou entendimento a respeito da matéria, não sendo escassas as decisões, inclusive de Tribunais Superiores, que reconhecem ser faculdade do órgão acusador oferecer ou não o benefício.



oferecer denúncia em desfavor do indiciado, mesmo se tratando de suposto delito cuja natureza da ação seja pública.

Nesse mesmo sentido, o instituto da colaboração premiada, recepcionado no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 12.850/2013, estabelece um espaço relativamente amplo de discricionariedade, na qual se confere à parte acusadora a possibilidade de oferecer uma série de benefícios penais e/ou processuais ao acusado que tenha contribuído eficazmente com a persecução penal<sup>16</sup>. Esses benefícios podem consistir em perdão judicial, redução da pena em até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução da pena até metade ou progressão de regime (nestes dois últimos casos, quando a colaboração houver ocorrido em sede de execução penal), assim como o não oferecimento da denúncia.

Aplicado em casos paradigmáticos (notadamente no âmbito da Operação Lava-Jato), o instituto em comento não se afigurou indene de críticas. Com efeito, respeitável setor doutrinário tem sustentado as aporias concernentes ao emprego desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro. Entre outras razões, tem-se ventilado as numerosas lacunas observadas no diploma legal, o que termina por atribuir indevidamente ao Poder Judiciário a competência de suprir as deficiências legislativas; ausência de regular controle judicial, ensejando acordos que exorbitam os limites da lei<sup>17</sup>; excessiva concessão de poder ao órgão acusador, desequilibrando o jogo processual (paridade de armas) e fragilizando o Estado Democrático de Direito<sup>18</sup>; acordos prevendo aplicações de penas (inclusive privativas de liberdade) a despeito da inexistência de processo e, portanto, à míngua da observância das garantias constitutivas do devido processo legal.

De fato, tanto a transação penal quanto a colaboração premiada evidenciam a tendência hodierna de expansão do princípio da oportunidade aos delitos de ação penal pública. Conforme aponta Vasconcellos, “os mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual a partir de critérios de oportunidade, ou seja, para que se efetive a decisão tomada impõe-se que o órgão acusador deixe de sustentar a persecução penal até seu desfecho habitual” (VASCONCELLOS, 2015, p. 53) . Nesse mesmo sentido, DIEGO DÍEZ (1999, p. 191) afirma que “naturalmente, existe uma íntima relação entre oportunidade e consenso, visto que a forma de se efetivar as soluções consentidas com relação ao tratamento penal do réu não é outra que o uso da oportunidade”.

Sem embargos, faz-se imperioso destacar que a referida tendência consiste em expediente sobremaneira problemático, na medida em que favorece relativizações a garantias fundamentais

---

<sup>16</sup> Nos termos do aludido diploma legal, considera-se eficaz a colaboração que tenha oportunizado um (ou mais de um) dos seguintes resultados: “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

<sup>17</sup> Alexandre MORAIS DA ROSA e Aury LOPES JR. (2018, p. 27) aludem a uma sentença penal condenatória prolatada no âmbito da operação Lava Jato, em que o sujeito fora condenado a 15 anos e 10 meses de prisão a ser cumprida em “regime de reclusão doméstica”, ao que, passado algum tempo, progrediria ao regime “semiaberto diferenciado” e, finalmente, depois de dois anos, a regime aberto. Evidentemente, esse sistema atípico de cumprimento de pena não encontra amparo no diploma que recepcionou o instituto da colaboração, representando, portanto, indevida “execução penal *à la carte*”.

<sup>18</sup> Como aponta Rosmar ALENCAR (2018, p. 431 *et seq*), “a acusação de setor doutrinário prestigiado é a de que os órgãos envolvidos na persecução penal têm incidido em exercício de poder que não lhes foi sufragado pela ordem jurídica brasileira vigente. Como consequência, o Estado Democrático de Direito estaria fragilizado O assunto tomou maior repercussão em razão do uso reiterado do instituto ‘delação premiada’ e da sua divulgação instantânea pelos meios de comunicação (grande imprensa – *trial by media* – e redes sociais), tendo, como temática, o discurso de combate à corrupção.

previstas em lei e exteriorizadas a partir de um processo penal. Conveniente registrar, nesse sentido, o escólio de FERRAJOLI (2002, p. 456), segundo o qual

entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade [...] representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. O sistema [...] apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência [...] mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo [...] completamente absurda a figura de um acusador público — pouco importa que seja eleito — não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado.

Nos tópicos seguintes, analisar-se-ão outras duas garantias que conferem legitimidade à cognição jurisdicional e constituem elementos inarredáveis de um devido processo penal.

### **A presunção de inocência**

Incluída no rol de garantias responsáveis por estruturar um sistema processual legítimo, a presunção de inocência se caracteriza indiscutivelmente como uma das mais importantes ferramentas dispostas ao indivíduo face às consequências decorrentes de eventual sujeição ao poder estatal. Tão grande é sua relevância que Amilton Bueno de Carvalho alude ao fato de que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, neste momento histórico, da condição humana” (CARVALHO, 2001, p. 51).

Sem embargos, a Carta Cidadã Brasileira, erigida no bojo do movimento neoconstitucionalista, reconheceu a importância de que o princípio em comento se reveste, preconizando, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto San José da Costa Rica”), recepcionada no ordenamento pátrio com *status* de norma supralegal, dispôs em seu artigo 8, alusivo às garantias judiciais, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Trata-se, com efeito, de princípio reitor do processo democrático, a partir do qual é possível extrair três significados distintos, não obstante sejam entre si complementares. São eles: *presunção como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo* (MORAES, 2010, p. 424-476).

O primeiro desses sentidos diz respeito a uma *norma (ou dever) de tratamento*, que incide tanto na dimensão interna quanto externa ao processo. Nesse viés, a garantia de inocência impõe, de um lado, que o réu seja tratado, no curso do processo, como inocente, de tal sorte que a determinação de medidas constritivas (como as prisões cautelares, *e.g.*) deva sobrevir apenas em casos excepcionalíssimos, quando presentes motivos aptos a justificar o édito acautelatório<sup>19</sup>. Por

---

<sup>19</sup> A constrição cautelar da liberdade individual exige, necessariamente, a presença de dois requisitos essenciais, sem os quais não há se cogitar em cerceamento provisório. São eles: o *fumus comissi delicti* (que se traduz em prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (representado pelo provável prejuízo

outro lado, impõe-se também que o réu seja protegido face à indevida publicização precoce do processo penal, evitando-se a “abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso” (LOPES JR., 2017, p. 97) e o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático” (ibidem).

Além disso, infere-se da presunção de inocência uma *norma probatória*, apresentando-se como exigência de que os instrumentos de prova trazidos à baila sejam efetivamente lícitos, vale dizer, produzidos em conformidade com os ditames constitucionais e legais. Nesse sentido, se alguma das partes por ventura trazer ao processo informação obtida a partir de recursos espúrios — como a tortura, por exemplo — imperioso será concluir pela inadmissibilidade<sup>20</sup> da eventual informação obtida como argumento idôneo a fundamentar uma hipotética decisão condenatória.

Por essa razão, afirmam Lopes Jr. e Gloeckner que “a prova a ser produzida pela acusação não pode ser qualquer prova, mas deve ser lícitamente obtida [...] na dúvida sobre a licitude da produção probatória, deve a prova ser excluída” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 78). Outrossim, não se revela suficiente que o “Ministério Público tenha a carga processual de provar as imputações alegadas contra o réu e que tenha procedido de forma lícita. É necessário que tal prova seja incriminadora, isto é, forte o bastante para se determinar, com precisão, materialidade e autoria do crime” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 78).

Finalmente, é possível extrair da presunção de inocência uma *norma de juízo (ou regra de julgamento)*. Nessa acepção, preconiza-se que o raciocínio judicial levado a cabo pelo julgador deve perfilhar uma pré-ocupação (MARTINS, 2011, p. 11) ou predisposição cognitiva face à inocência do acusado. Enquanto o Ministério Público não houver logrado demonstrar cabalmente a existência do crime e a correspondente autoria delitiva — pois, repise-se, a carga da prova na sistemática acusatória é atribuição exclusiva do acusador — deve o magistrado considerar que aquele submetido ao processo penal é inocente, decidindo, caso findada a instrução, pela absolvição do réu.<sup>21</sup>

Não obstante ser princípio orientativo do sistema processual acusatório e democrático, o que se tem observado na contemporaneidade é uma lastimável inclinação direcionada ao esvaziamento do postulado constitucional da presunção de inocência. Pode-se mencionar, a propósito, a decisão exarada pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em que se admitiu o cumprimento imediato de pena após condenação em segunda instância, malgrado a inexistência de trânsito em julgado. Nesse mesmo sentido, as hipóteses que versam acerca da expansão da justiça negocial representam potenciais prejuízos à tutela da inocência, especialmente em razão dos mecanismos coercitivos inerentes àqueles institutos.

Em 1985, por exemplo, seis indivíduos foram acusados do estupro e assassinato de Helen Wilson, residente de Beatrice, pacata cidade em Nebraska (EUA), no que ficou conhecido como “*The Beatrice Six*”. Dos seis réus, cinco alegaram ser culpados (*plead guilty*), confessando a prática do crime, uma vez que se condenados pelo Júri, poderiam ser sentenciados à pena de morte. No entanto, em 2008, o único réu que não havia se declarado culpado, Joseph White, conseguiu direito à realização de novo teste de DNA em evidências preservadas da cena do crime, ao que ficou comprovado que nenhum dos seis havia participado do delito. Segundo os testes realizados, o assassino, na verdade, era Bruce Allen Smith, residente temporário daquela cidade, que havia

---

que o estado de liberdade pode ensejar em relação à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal).

<sup>20</sup> A propósito, estatui o artigo 156 do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

<sup>21</sup> Nesse sentido, é lícito afirmar, com supedâneo no magistério de LOPES JR., (2017, p. 97), que a presunção de inocência opera como um imperativo de que “a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*”.

morrido em 1992. *Dentre os cinco réus que haviam aceito o acordo de barganha, mesmo sendo efetivamente inocentes, três testemunharam contra Joseph White em troca de benefícios na condenação. Ao todo, os seis acusados cumpriram 70 anos de prisão.*

Com efeito, ao se proceder às negociações, costuma-se oferecer ao acusado duas alternativas: ou ele aceita a proposta de acordo, declarando-se culpado e renunciando ao direito de ter um devido processo legal, tudo em troca de uma sanção mais leniente, ou ele recusa o acordo e se sujeita ao risco de ter de cumprir, caso condenado, uma pena muito mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta caso aceitasse a proposta. Isso possibilita, segundo VASCONCELLOS (2015, p. 172), a superveniência de “condenações que seriam inviáveis em julgamento em conformidade com o devido processo penal”, na medida em que a coerção exercida sobre acusado é tamanha que lhe faz consentir com a concretização antecipada do poder punitivo estatal, mesmo — não raras vezes — não sendo ele o efetivo autor das alegadas condutas delituosas.

### **O direito à (ampla) defesa e a garantia do contraditório**

Conforme assinalado no início deste trabalho, o direito à (ampla) defesa e a garantia do contraditório representam princípios constitutivos do devido processo legal, cuja elevada importância justificou a expressa inclusão deles no rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal<sup>22</sup>.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, a despeito de possuírem significados semelhantes, os dois princípios se identificam com esferas protetivas diferentes. Em que pese essa distinção — de natureza precipuamente teórica —, é possível observar entre eles uma íntima relação de reciprocidade. Como afirma Ada Pellegrini Grinover,

defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta — como poder correlato ao de ação — que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida (GRINOVER, 1992, p. 63).

Com efeito, pode-se compreender o contraditório, de um lado, como *direito à informação*, relacionando-se à imprescindibilidade de que seja oportunizado às partes o conhecimento a respeito de todos os elementos fáticos e jurídicos atinentes ao caso penal em análise. De outro lado, esse princípio se manifesta como *direito à reação*, na medida em que não basta simplesmente estabelecer as condições para que as partes conheçam o processo: é necessário que elas possam, de maneira efetiva, em posição de igualdade, influenciar a formação do convencimento do julgador<sup>23</sup>.

O direito à ampla defesa, por sua vez, exsurge a partir do imperativo de que o réu possa conhecer o processo e nele efetivamente atuar (ou reagir). Contudo, diferentemente do contraditório — que incide tanto em favor da acusação quanto do acusado —, a ampla defesa se destina fundamentalmente a este último, materializando-se em duas dimensões: defesa técnica e defesa pessoal.

Num primeiro momento, como *defesa técnica*, este princípio pressupõe “a existência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como

---

<sup>22</sup> Artigo 5º, inciso LV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>23</sup> Nesse sentido, afirma Lopes Jr., com arrimo nos ensinamentos de Elio Fazzalari, que o contraditório “deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades” (LOPES JR., 2017, p. 98).

advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nessa toada, afigura-se mister garantir ao acusado a assistência jurídica de um profissional que detenha vasto conhecimento técnico, suficiente para enfrentar, de maneira paritária, as hipóteses acusatórias ventiladas pelo querelante ou pelo Ministério Público.

O fundamento deste princípio, segundo preleciona Lopes Jr., decorre da “exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições com o acusador” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nesse diapasão, presume-se que o réu, isoladamente, não possui condições de combater, de maneira igualitária, as acusações que lhe recaiam, exigindo-se, portanto, a assistência de um profissional especializado que satisfaça essa lacuna.

Em função da natureza pública que perpassa a dimensão principiológica em comento, sustenta a doutrina — sendo pacificamente acompanhada pela jurisprudência<sup>24</sup> — que a defesa técnica consiste em garantia indisponível. Com efeito, além de se apresentar como instrumento protetivo individual do sujeito passivo, é possível observar um interesse social (ou metaindividual) de que o caso penal seja corretamente apurado, evitando que pessoas inocentes sejam injustamente submetidas a uma sanção penal. Por tal razão, não se faculta ao réu, a pretexto de “simplificar” ou “baratear” o processo, que renuncie à defesa técnica, de modo que, não podendo arcar com os custos advindos de um patrocínio jurídico, deve o Estado fornecer-lhe assistência gratuita e efetiva<sup>25</sup>.

Noutro viés, extrai-se da ampla defesa um postulado de *defesa pessoal* (ou autodefesa), representado pela faculdade que se apresenta ao acusado de atuar “pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado” (ibidem p. 101). Distintamente da dimensão antes analisada, a autodefesa se afigura como garantia renunciável, remetendo-se ao “âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando, inclusive, o silêncio” (TAÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 77).

Questão assaz problemática diz respeito à (indevida) importação dos instrumentos de justiça negocial ante o ordenamento jurídico pátrio. De fato, os acordos processuais realizados entre acusação e defesa pressupõem, a partir de uma subvertida lógica eficientista, a simplificação do procedimento que normalmente deveria ser observado caso nenhum acordo sobreviesse.

Nessa senda, Bernd Schünemann, importante jurista alemão, ao discorrer acerca dos motivos que justificam a crescente tendência de importação dos institutos norte-americanos à realidade penal latina, afirma que é precisamente a simplificação (e conseqüente aceleração) procedimental a razão que subjaz a hodierna “marcha triunfal do modelo norte-americano do processo penal”. Segundo esclarece o autor:

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, enuncia a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

<sup>25</sup> A Constituição Federal de 1988, de cariz notadamente democrático e cidadão, instituiu um órgão público – Defensoria Pública - cujo objetivo primordial consiste em prestar assistência jurídica gratuita a quem não dispuser de condições econômicas suficientes para arcar com os custos advindos de um patrocínio privado. Nesse sentido, preconiza o artigo 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Igualmente, artigo 134, caput: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (grifos nossos).

Acredito (o que à primeira vista parece paradoxal) estarem estes motivos ancorados exatamente nas suas debilidades, nos seus déficits em relação aos mandames do estado de direito, pois que neste modelo, por trás da reluzente fachada de um modelo ideal – o adversarial -, para mais de 90% dos casos vige algo bem diverso: uma prática de sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial sério. Não é sua conformidade com os valores do estado de direito, mas são pelo contrário suas debilidades, que fazem hoje em dia o sistema norte-americano parecer tão atraente para os órgãos de persecução penal europeus e para a legislação por estes influenciada (SCHÜNEMANN, 2013, p. 242).

Essa simplificação acarreta, dentre outras consequências, a renúncia (não raras vezes involuntária, em razão dos intensos mecanismos coercitivos que circundam os expedientes negociais) do direito fundamental de defesa do acusado. Com efeito, para que os pretensos benefícios decorrentes do acordo possam incidir, o réu precisa declaradamente renunciar ao seu direito de defesa, abdicando, por conseguinte, da possibilidade de produzir provas e, em última análise, assentindo com o completo esvaziamento do mais importante instrumento de defesa do indivíduo em face do poder estatal, garantidor de um processo efetivamente justo e democrático e conformador de uma episteme processual fundamentalmente garantista e acusatória — o devido processo legal.

## NOTAS CONCLUSIVAS

A partir das reflexões desenvolvidas neste trabalho, resta agora possível concluir que:

1. A Constituição da República Federativa do Brasil perfilhou uma série de garantias limitadoras do exercício do poder punitivo do Estado. Essas garantias encontram-se consubstanciadas na cláusula constitucional do devido processo legal e exigem, à efetiva e legítima aplicação de uma pena, que o conjunto normativo limitador do poder punitivo seja rigorosamente observado.
2. A partir da cláusula do devido processo legal, é possível extrair um conjunto de normas responsáveis por constituir o sistema epistemológico garantista. Essas normas se materializam destacadamente no princípio da jurisdicionalidade; no princípio acusatório (separação entre as atividades jurisdicionais e acusatórias); na obrigatoriedade da ação penal; na presunção de inocência; no direito à ampla defesa; e no direito ao contraditório.
3. Os mecanismos de justiça negocial são instrumentos jurídicos que visam essencialmente à simplificação do procedimento penal, com vistas a torná-lo supostamente mais efetivo. Sucede que, a pretexto de simplificar o caminho necessário à aplicação de uma pena, os referidos institutos terminam por relativizar (ou, em casos mais extremos, suprimir) garantias fundamentais, as quais, por força de sua natureza constitucional, deveriam ser compreendidas como absolutamente insuscetíveis a medidas que importassem na diminuição de sua carga axiológico-normativa.
4. Nesse diapasão, percebeu-se que os instrumentos negociais ensejam, primeiramente, o esvaziamento teleológico da garantia da jurisdicionalidade (mormente em seu sentido estrito), na medida em que permitem a aplicação de uma pena a despeito da inexistência de um processo penal devidamente instruído.
5. Além disso, verificou-se que os instrumentos consensuais promovem relativização à obrigatoriedade da ação penal, uma vez que os acordos processuais reclamam a abertura de um espaço de discricionariedade (ainda que limitada em Lei) por meio da qual se apresenta à acusação a possibilidade de não oferecimento da denúncia ainda que os requisitos determinantes da instauração do processo estejam presentes. Isso se torna sobremaneira problemático ao

oportunizar ao órgão acusador o exercício de um juízo incondicional ou ilimitado (e por isso mesmo arbitrário) relativamente à necessidade da propositura do acordo, o que contraria, ademais da obrigatoriedade da ação penal, os princípios da legalidade e igualdade.

6. Outrossim, foi possível constatar que os mecanismos de justiça negocial se afiguram potencialmente prejudiciais à tutela do princípio da presunção de inocência. Isso ocorre, em primeiro lugar, em razão do inegável contexto de coercibilidade social e jurídica que circunda a propositura do acordo, responsável por conduzir pessoas inocentes a declararem-se culpadas devido ao receio de serem mais severamente punidas.

7. Além disso, verificou-se frontal prejuízo à tutela da inocência em sua perspectiva *probatória*, uma vez que, havendo supressão da fase instrutória-processual — assim como dos direitos a ela correlatos (como a ampla defesa e o contraditório) —, não se queda possível confrontar a conformidade dos elementos informativos em relação às normas procedimentais a eles previstas.

8. Finalmente, é também possível depreender dos mecanismos negociais um gravoso e inadmissível fortalecimento de uma estrutura processual inquisitória.

9. Nesse sentido, considerando que os mecanismos negociais se fundamentam nos dois elementos mais determinantes da estrutura processual inquisitória — quais sejam, o segredo (em razão da prevalência do inquérito e dos atos de investigação) e a confissão (devido à destacada importância conferida às declarações autoincriminatórias) —, conclui-se que os instrumentos de justiça consensual têm o condão de proceder ao reforço de um processo penal cuja *práxis* já se revela lastimavelmente contaminada por práticas autoritárias.

10. Por todo o exposto, é possível concluir que os mecanismos de justiça negocial representam potenciais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, tem-se que, caso efetivamente recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, as propostas hodiernas de ampliação dos espaços de consenso poderão agravar um sistema jurídico já muito calejado por uma mentalidade punitivista, que se manifesta a partir de práticas inquisitórias deletérias à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Limites Jurídicos Da Delação Premiada E A Necessidade De Controle Recursal Contra A Sentença Homologatória. **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, 2018, p. 413-439. Disponível em: <[https://jfpe.gov.br/images/stories/docs\\_pdf/biblioteca/artigos\\_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites\\_parahyba\\_judiciaria\\_n11\\_2018.pdf](https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf)>. Acesso em 16 de março de 2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **O devido processo legal**: escudo de proteção do acusado e a *práxis* pretoriana. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58/2006, p. 232 a 279, Jan/Fev 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)?** Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Alexandre Wunderlich (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª Ed, São Paulo. Saraiva, 2015.

- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editoral, 2002.
- CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LAMAS, Lívia Paula de Almeida. **Aplicação da pena nos Estados Democráticos de Direito à Luz do garantismo**: aspectos polêmicos do Código Penal brasileiro. 2010. 101 f. Dissertação de Mestrado. PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2010.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6ª Ed, São Paulo: Saraiva. 2014.
- LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao Rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). **Sínteses**, n. 118, 2010, p. 216 *et seq.* Disponível em <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/848/1277>>. Acesso em 23 de março de 2019.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. LOPES JR., Aury. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a Jato. **Delação premiada no limite**: a controvérsia justiça negocial *made in Brazil*. Florianópolis: EMais, 2018.
- PAVÓN, Pilar Gomes. *Cuestiones Actuales Del Derecho Penal Económico: El Principio De Legalidad Y Las Remisiones Normativas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun., 2004, p. 108 a 163.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 299 *et seq.*
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2017.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.





# O DILEMA CONSTITUCIONAL ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: PARA QUE(M) SERVE O ATIVISMO JUDICIAL?

**Victor de Lemos Pontes**

Pós-graduando em Ciências Criminais (Faculdade Damas). Advogado.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a temática atinente à criminalização da homofobia no ordenamento jurídico brasileiro, operada por intermédio do reconhecimento da omissão legislativa na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 pela Suprema Corte - a qual instou o Supremo Tribunal Federal a declarar a condição omissiva em que se encontrava o Estado brasileiro em relação à proteção penal das minorias (LGBTI+) - compulsando os potenciais efeitos jurídicos-penais da referida criação do tipo penal, nos moldes e na maneira em que foi realizada, em cotejo com aspectos clássicos da dogmática penal, fruto de lutas históricas para, num juízo de ponderação, observar se há a prevalência de um bem jurídico penal em detrimento de princípios basilares e norteadores da ordem penal pátria.

Em breve introito, é importante salientar e reconhecer que o Brasil enfrenta um panorama de elevada segregação social em decorrência de discriminação praticada em razão de orientação sexual e identidade de gênero, o que desagua no aumento exponencial na ocorrência e na notificação de crimes violentos cometidos em desfavor de indivíduos pertencentes a esse grupo vulnerabilizado.

De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB), 320 LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) foram assassinados no Brasil em virtude da homolesbotransfobia, o que significa que “a cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado (...) vítima da LGBTfobia, o que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais” (LOTTI, Paulo, 2019).

Portanto, por intermédio dos dados acima citados que demonstram a vulnerabilidade e a elevada propensão de serem vítimas de crimes violentos apenas em razão de sua orientação sexual, é cediço que a violência praticada contra o grupo LGBTI+ no Brasil se trata de um problema endêmico, sem contar que os dados supracitados denotam apenas uma quantidade reduzida da violência que ocorre contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, tendo em vista a subnotificação de casos não reportados.

É reconhecido, assim, que não é possível evidenciar qualquer discussão acerca da necessidade ou ausência desta no que concerne à criminalização da homofobia, sem reconhecer que a discriminação contra os indivíduos desse grupo é existente e de maneira elevada no Brasil, o que faz com que mereçam, inequivocamente, uma proteção por parte do Estado brasileiro.

Todavia, a tutela do estado brasileiro quanto aos LGBTI+ na seara penal – que era um pleito antigo deste grupo e que foi atendido com o provimento jurisdicional exarado pela Suprema Corte no julgamento da ADO nº 26 - encaram óbices, tanto do ponto de vista material, como do ponto de vista formal, que contrariam toda a lógica legal de construção de condutas criminosas e do processo de inserção dessas condutas no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Sendo assim, busca-se maior compreensão acerca de como a criminalização da homofobia e as consequências dessa decisão conforme a experiência brasileira, podem ir de encontro à

garantia de legalidade no direito penal e à visão deste último como última ratio para o direito, com o objetivo meramente descritivo.

## **O ATIVISMO JUDICIAL E A AFRONTA À LEGALIDADE PENAL**

O pleno do Supremo Tribunal reconheceu a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e transfobia e, diante desta decisão, determinou o enquadramento das práticas à lei já existente, qual seja, a lei nº 7.716/89, que dispõe acerca dos crimes resultantes de preconceito, de raça e de cor, tendo por ampliado este conceito para configurar a homofobia como uma espécie de preconceito de raça.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, afirmou em seu voto que o Supremo Tribunal Federal não estaria criando um novo tipo penal a partir daquela decisão proferida na ADO nº 26, mas estaria apenas reconhecendo a inércia do poder público e cumprindo com o que resta preconizado no mandamento constitucional do inciso XLI do art. 5º da Constituição da República, que prevê que qualquer “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” fosse punida por lei.

Desta forma, sob a alegação de que o Poder Judiciário não estaria invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal ampliou o conceito de “raça” a partir de uma definição político-social e não biológica para justificar a interpretação do referido conceito como aplicável aos LGBTI+, já que racismo seria a inferiorização de um grupo social relativamente a outro.

É bem verdade que além do inciso XLI do art. 5º da Constituição da República, o inciso XLI do art. 3º da Magna Carta elenca, entre os objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, de modo que é indubitável que a homotransfobia é um ato ilícito e de discriminação em razão da orientação sexual de um indivíduo, que merece ser devidamente sancionado. Todavia, o mandamento constitucional de punição ao infrator que pratica atos de discriminação contra o grupo LGBTI+ não significa dizer que esta conduta deve ser punida como um ato de preconceito racial e, muito menos, que possa ser punido pelas figuras que caracterizam o crime de racismo, nos termos do previsto na Lei nº 7.716/1989.

A decisão que reconheceu a omissão estatal na tutela jurídica dos LGBTI+ estendeu o conceito de raça, para englobar também o citado grupo nos grupos amparados pela Lei nº 7.716/89, todavia, em razão de não ter havido uma alteração material da norma, o art. 1º preconiza de maneira expressa os substantivos “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”, que em nada se relacionam à orientação sexual ou qualquer outro grupo de minoria que reconhecidamente sofra discriminação ou preconceito. A orientação sexual de um indivíduo não está relacionada com a sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de modo que ampliar esta interpretação de maneira extensiva significa, em outros termos, introduzir um vocábulo que não foi previsto pelo legislador e que, por este motivo, não está presente na norma.

É cediço que o princípio da legalidade se trata de um princípio fundamental do Direito Penal - nada obstante o processo histórico que demonstrou em algumas ocasiões a legalidade como uma forma de amparar legalmente condutas atentórias à dignidade humana - em um Estado Democrático de Direito o princípio é encarado como uma forma de contenção do poder punitivo estatal, se constituindo um mandamento que não permite quaisquer exceções ou desvios, negado apenas em regimes totalitários (MARTINEZ, Milton Caioli, 1990, p. 99).

Portanto, no sistema democrático brasileiro, o princípio da legalidade representa uma defesa da sociedade de que nenhum indivíduo pode ser submetido a pretensão punitiva estatal sem que haja lei prévia, escrita e estrita que tipifique a conduta como um crime, e que tenha sido previsto a partir de uma construção democrática.

Deriva do princípio da legalidade o princípio da taxatividade – que salvaguarda a segurança jurídica para o sistema penal -, o qual estabelece a necessidade de se descrever, com precisão e exatidão quais são as condutas suscetíveis de punição e as sanções que podem ser atribuídas ao agente que cometê-las. Logo, o tipo penal só pode punir o agente que pratica exatamente a conduta estrita trazida pelo legislador quando da construção da norma, não admitindo qualquer interpretação extensiva que possa trazer qualquer hipótese de prejuízo ao réu.

Assim, quando o legislador originário elaborou a Lei nº 7.716/89, bem como todas as outras alterações sofridas pela referida lei, foram evidenciados e previstos os grupos minoritários que àquele momento foram eleitos para receber a tutela e o amparo penal por parte do Estado, não incluindo naquele rol taxativo (acredita-se que por um equívoco do ponto de vista da política criminal), os LGBTI+.

Todavia, ainda que a ausência de inclusão da discriminação de gênero no rol do art. 1º da Lei nº 7.716/89 se constitua um retrocesso do ponto de vista social, não se pode admitir que um julgador possa considerar como crime condutas que não foram previamente estabelecidas pelo legislador, ou seja, pelo Poder Legislativo, como crime. O legislador tem por obrigação prever as condutas consideradas como crime evitando ao máximo a utilização de expressões vagas, imprecisas ou ambíguas, para que não exista incerteza quando à conduta que é vedada ao indivíduo.

Nesta senda, já destacava Roxin (1997) acerca do risco da “jurisdicionalidade” exercida na interpretação de tipos penais e a sua intromissão na competência do Poder Legislativo, em flagrante violação à doutrina da separação dos poderes:

(...) uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade ou imprecisa, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo. (ROXIN, 1997, p. 169).

Depreende-se a partir desta análise, que não se pode punir condutas que não estejam expressamente previstas no tipo penal, bem como o julgador não pode realizar um esforço hermenêutico para criar interpretações diversas do substrato literal da conduta criminosa tipificada como crime, sob pena de exceder-se em sua competência e suscitar o manto vil do poder (a ditadura).

Assim, quando o tipo penal é claro e preciso e estabelece quais são as condutas tidas por criminosas - como é o caso do art. 1º da Lei nº 7.716/89 – independentemente se o conteúdo material da norma é o mais adequado à realidade social, a única interpretação possível é a literal. Havendo, portanto, na citada lei a descrição de quais os grupos que são objeto de proteção da norma e, não englobando os LGBTI+, não se pode admitir que estes estejam amparados pela referida norma se o legislador não os elegeu e não os estipulou naquele rol.

Do ponto de vista material, ainda que se admita a necessidade de criminalizar a homotransfobia, este tipo penal deve ser formulado pelo legislador, em virtude de um pacto democrático, pois, caso contrário estar-se-ia legitimando uma ditadura do Poder Judiciário, que para além de julgar teria a atribuição também de eleger quais as condutas que seriam alçadas ao status de crime, ou seja, atores do sistema penal que não foram escolhidos democraticamente

pelo povo, teriam a incumbência de determinar quais as condutas que ao seu próprio arbítrio deveriam ser criminalizadas.

Quando se invoca o princípio da legalidade para denotar a violação ao Estado Democrático de Direito, não se intenta criar um mero óbice formal, mas respeitar a segurança jurídica postulada pelos iluministas. A relativização do princípio da legalidade – que como já citado, não pode admitir desvios -, quando convém a um discurso progressista e de salvaguarda de direitos fundamentais, apesar de parecer benéfico, pode representar a abertura de um precedente histórico que pode servir de paradigma para futuras decisões orquestradas por ministros com tendência neoliberais/conservadoras e com discursos punitivistas, possibilitando o estabelecimento de tipos penais e de leis que representem um retrocesso do ponto de vista social e jurídico.

De maneira muito precisa, se manifestou Irti (2017) em relação ao fator antidemocrático na permissão do poder normativo dos juízes:

reconhecer ou aceitar o poder normativo dos juízes significa – como adverte um eminente estudioso alemão, Bernd Rütheres – realizar uma revolução clandestina ou secreta (*Heimlich*), e subverter os princípios da democracia representativa. (IRTI, 2017, p. 26).

Esta relativização “à lá carte” do princípio da legalidade, ou seja, apenas quando se trata de resguardar um direito fundamental, se apresenta como perigoso, em razão da ampla margem de discricionariedade que se dá a julgadores que não foram eleitos pelo povo, em flagrante desrespeito ao pacto democrático, o que pode resultar em uma afronta a outros princípios fundamentais, não havendo, inclusive, a quem recorrer, haja vista que a Suprema Corte é a última instância judiciária e não há, no organismo jurídico interno brasileiro, a quem se possa discutir a legalidade e a constitucionalidade dos atos praticados pelo Supremo Tribunal Federal.

O que ocorre é um ativismo judicial, de os julgadores acreditarem ser um remédio necessário diante da insatisfação pela ausência do enquadramento da homofobia no crime de racismo, o que escancara um autoritarismo desenfreado, subversivo à vontade expressa da norma, invocando-se exatamente o seu sentido contrário. Alguns doutrinadores sustentam, inclusive, que não se trata sequer de ativismo judicial, pois se assim o fosse estar-se-ia admitindo que o julgador estaria extrapolando os limites de decisão em um caso concreto, quando no caso da criminalização da homofobia o que ocorre é verdadeiramente uma usurpação do exercício do poder legisferante pelo Poder Judiciário, violando a doutrina da tripartição dos poderes.

Acerca da atribuição constitucional do Poder Judiciário e da proibição, por evidente, da usurpação de outros poderes, observa-se o citado por Cavalcanti Neto (2019):

O Poder Judiciário, em termos de Estado de Direito, deve ser exatamente o contrário disso: a sua ação não é plenipotenciária, tampouco pode ser imotivada ou usurpadora das outras funções estatais. O Judiciário deve agir apenas quando convocado e, na sua ação, encontra limites explícitos no texto normativo. A tomada da política e das liberdades públicas pelo Poder Judiciário parece uma inversão da Ordem Constitucional tão sabiamente preconizada no art. 2º da Carta da República, afinal, *são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Não é exagero dizer que esse Poder, sobretudo nas Cortes Superiores, procura ser como um ente que perpassa todos os outros, agindo para além da solução de crises jurídicas em manifesta tentativa (e tentação) de se afirmar como um *superpoder*: um Poder acima do bem e do mal, que sente e sabe melhor das dores do mundo do que todos os outros. (CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura, 2019).

Assim, o ativismo judicial – ou neste caso, a usurpação do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário -, consubstanciado no desrespeito à tripartição dos poderes evidencia uma “ditadura” do judiciário que, ao invés de focar no seu espectro de atuação, sentem-se legitimados a fazer justiça social a partir de entendimentos dignos de criação normativa (pois muitas vezes contrárias

ao texto expresso da norma), em resposta às “vozes das ruas”, a despeito de sequer terem sido eleitos democraticamente para tanto.

Fica claro, portanto, que a interpretação da proteção aos LGBTI+ no art. 1º da Lei nº 7.716/89 não pode ser realizada sem que se afronte o princípio da legalidade penal. O que se operou na presente discussão, para ser mais específico, foi uma ampliação do conceito de “raça”, para considerar a homotransfobia como uma espécie de “racismo contemporâneo”, o que do ponto de vista hermenêutico, se apresenta como uma atecnia.

Isto porque, é evidente que o termo “distinção em razão do gênero” ou qualquer palavra semelhante não está presente no rol taxativo do dispositivo que a Suprema Corte enquadrou a homofobia como crime. Nada obstante os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecerem em seus votos a impossibilidade de criarem um tipo penal, admitiram a utilização de um tipo penal existente para considerar como crime elemento essencial do tipo que o legislador não previu.

Em outras palavras, o que o Supremo Tribunal Federal realizou ao “criminalizar” a homofobia, foi praticar uma analogia *in malam partem*, ou seja, utilizou-se de elemento já previsto no tipo penal para, através de uma integração normativa, obter um conceito extrínseco à descrição legal e ampliar o alcance deste elemento já previsto no tipo.

Isto porque, a analogia não pode ser vista como uma forma de interpretação, sequer ser confundida com a interpretação extensiva, já que a finalidade da interpretação “é encontrar a “vontade” da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é suprir essa “vontade”, o que só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade” (BITTENCOURT, 2015), de modo que a ampliação das condutas tidas como crime, constantes do art. 1º da Lei nº 7.716/89 se apresentam não como interpretação extensiva, mas como analogia.

O grande problema é que a analogia neste caso não se adequa ao ordenamento jurídico, haja vista a vedação à analogia nas leis penais incriminadoras, já que essas leis sempre possuem o condão de restringir a liberdade do indivíduo e não pode o julgador acrescentar outras limitações que não aquelas previstas inicialmente pelo legislador, de modo que no processo penal só se admite a analogia quando benéfica à defesa do réu. Este entendimento não é fruto de um formalismo desnecessário, mas uma maneira de evitar o cometimento de arbitrariedades na aplicação do direito penal, impedindo que o Estado elege quem deseja punir e quem deseja estar fora desse âmbito de punição, importando em uma seletividade do julgador.

As normas penais incriminadoras devem obediência à expressão cunhada por Feuerbach e transformada no princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de modo que a analogia jamais pode ser utilizada para cobrir lacunas legais, ainda que materialmente fosse mais adequado o preenchimento da norma, mas que a permissão para ser acolmatada é possível apenas a partir da modificação da norma operada pelo Congresso Nacional.

Conforme a lição de Aníbal Bruno (1967), essa orientação de agir, baseada em razões de política criminal, não se fundamentam em questões pessoais, de sentimento pessoal mas “em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor.

Foi deste modo – guardadas as devidas proporções – que a Alemanha do período nazista abandonou o princípio da legalidade e permitiu a analogia (apesar de ser uma analogia extralegal), para definir como crime aquilo que o “são sentimento do povo” elegea. É evidente que a Alemanha do *nacional-socialismo* não possui qualquer relação material com a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO nº 26, todavia, no aspecto formal, ambos relativizaram e mitigaram

os princípios da reserva legal, da legalidade e da taxatividade, o que deve servir como um alerta para futuras decisões que possam sobrevir caso se tenha um panorama mais conservador.

Desta feita, percebe-se que a afronta ao princípio da legalidade é, em qualquer hipótese, prejudicial aos avanços frutos de grandes revoluções e lutas sociais de contenção do poder punitivo, independentemente de a aplicação da lei penal da maneira violadora estar mais condizente e adequada à realidade social contemporânea, ou mesmo em maior consonância com os direitos humanos, pois a relativização desse princípio é capaz de criar um precedente que, mais à frente, pode dar azo à relativização de outros princípios e garantias fundamentais, precipuamente aquelas que dizem respeito à defesa do réu em um processo penal.

## **DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO (?) QUANDO O ANSEIO PUNITIVISTA CONTRARIA A EXPERIÊNCIA DO DIREITO PENAL**

Em toda a celeuma atinente à possibilidade e a legalidade de o Supremo Tribunal Federal criminalizar a homofobia a partir do provimento jurisdicional exarado no julgamento da ADO nº 26, surgem outros princípios basilares do processo penal brasileiro que se oferecem como um contraponto à referida decisão, o que demanda uma ponderação do ponto de vista dos bens jurídicos e dos valores normativos postos à apreciação na criminalização de uma conduta.

Para além do princípio da legalidade que tem por escopo a contenção do poder punitivo e a limitação às arbitrariedades dos julgadores, subsiste a necessidade de limitar também o que o legislador – ou julgadores, de maneira atípica e ilegítima, como no caso da criminalização da homofobia -, pode prever na norma penal incriminadora, para que não se evidencie no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais desnecessários do ponto de vista da necessidade de repressão através da pena ou, até mesmo tipos penais que tragam sanções que não condizem com um processo penal democrático.

Logo, só pode ser objeto da repressão penal aqueles bens jurídicos que outros ramos do direito ou outros meios de controle social revelem-se insuficientes para a proteção desse bem, o que significa que o Direito Penal é concebido como a *ultima ratio* de um sistema jurídico, isto é, só pode ser utilizado quando não há outras maneiras jurídicas de solucionar aquela demanda sem a aplicação da sanção criminal.

Neste sentido, eis o que assevera Maurach (1962):

na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica (MAURACH, 1962, p. 31).

A razão da existência deste princípio no Direito Penal democrático está intrinsecamente relacionada ao fato de que o castigo penal alça ao perigo a existência e a reputação social daquele que é afetado pelo sistema, colocando-o à margem da sociedade e produzindo uma mácula que o levará por toda a sua existência terrena (ROXIN, 1989).

Da mesma feita, o Direito Penal Mínimo também se apresenta como restrição do ponto de vista quantitativo, ou seja, não diz respeito apenas a salvaguardar os bens jurídicos que merecem a proteção estatal do ponto de vista da repressão penal (ponto de vista qualitativo), mas também de reprimir o crescimento desenfreado de normas penais incriminadoras, já que a expansão do Direito Penal evidencia um outro problema, o que será explicitado mais adiante.

Isto pode ser corroborado também a partir da evolução dos estudos das Ciências Sociais que puseram à evidência a falência do sistema penal que se baseava na pena como escopo de dissuasão do agente, seja através da prevenção geral, seja através da prevenção especial. A

experiência vivida pela evolução da pena evidenciou que a pena não possui o caráter intimidatório e, por conseguinte, o Direito Penal não é o recurso mais eficaz no combate ao delito e esses estudos de efetividade permitiram o entendimento de restringir o Direito Penal a seu mínimo necessário.

Assim, é evidenciado que não é por mero acaso que se defende o Direito Penal como *ultima ratio* ou o Direito Penal Mínimo, mas em razão de só poder se justificar a utilização deste meio repressivo de controle social quando a gravidade da agressão ao bem jurídico e a sua importância não puder deixar o indivíduo agressor convivendo no meio social, de modo que a restrição dos seus direitos se impõe diante da violação ou da ameaça ao bem jurídico tutelado.

É cediço o argumento daqueles que são favoráveis à criminalização da homofobia como uma forma de racismo que a Constituição da República considera como ilegal qualquer forma de discriminação, como resta insculpido tanto no art. 3º, inciso IV, como também no art. 5º, inciso XLI. A racionalidade do argumento acima citado é pautada na existência de um bem jurídico constitucional que merece a guarda e a proteção do ordenamento jurídico. Ocorre que, nada obstante reconhecer-se a importância do bem jurídico a ser tutelado neste caso e que por evidente merece a tutela estatal, não importa necessariamente afirmar que a via da proteção deve ser por intermédio do sistema penal, que como já foi dito, é a *ultima ratio*.

O mandamento constitucional presente nos dispositivos acima elencados não traz a obrigatoriedade de que os atos discriminatórios sejam punidos através de uma sanção penal, mas apenas que estes devem ser punidos, o que significa que a punição não necessariamente deve vir através do Direito Penal, ao contrário daqueles que afirmam “que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais seja punida criminalmente”, que é uma leitura equivocada dos dispositivos constitucionais em comento.

A ausência de necessidade de tutela penal de todos os bens jurídicos pode ser demonstrada a partir de uma análise histórica da evolução do Direito Penal. Karl Binding (1896), um imanentista<sup>1</sup>, acreditava, à sua época, que o fato de o Direito Penal não abarcar todos os assuntos atinentes (fragmentariedade do Direito Penal, derivado do princípio da intervenção mínima) à seara jurídica se tratava de uma falha, ou seja, para aquele, o Direito Penal teria sucesso se conseguisse criminalizar todos os assuntos que fossem relevantes para a seara jurídica.

A fragmentariedade, hoje, é vista como um ponto positivo ao Direito Penal, contrariando a tese de Binding, já que a seletividade nesse ponto de vista, de escolha dos bens jurídicos que merecem a guarda penal, é exatamente a expressão da força do Direito Penal. Logo, a excepcionalidade da intervenção penal é o que o legitima.

Nesta senda, tratar o bem jurídico (compreendido como aquilo que o ordenamento jurídico julgou relevante a sua tutela) como critério para definir o que seria relevante do ponto de vista penal, é flagrantemente insuficiente para limitar a atividade punitiva do estado. Já sustentava GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2000) que a “imprecisão do conceito de bem jurídico” implica em um risco e ainda acrescenta:

seguiria sendo possível a perniciosa ‘fuga ao Direito Penal’ eo conhecido fenômeno da ‘perversão do bem jurídico’. Parece, pois, imprescindível sublinhar outros limites materiais (políticos-criminais) do poder punitivo estatal [...] que afetem não a suas condições ou formas de exercício, senão ao seu próprio conteúdo e extensão (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 249).

---

<sup>1</sup> Dizia-se daqueles que situavam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, imanente à própria norma jurídica, ou seja, os que acreditavam que o bem jurídico não possui existência antes da norma, mas nasce com ela.



O bem jurídico não é precisamente delimitado e, por este motivo, não é seguro definir os bens jurídicos penais a partir dos bens que são protegidos constitucionalmente, por exemplo. Não se pode atribuir uma legitimação insofismável à norma pelo simples fato de estar previsto na Constituição, pois não é garantia de respeito às garantias democráticas de um Estado democrático. Mais uma vez, guardadas as devidas proporções, faz-se um paralelo com a Alemanha nacional-socialista que trazia como bem jurídico relevante o “são sentimento do povo” e a “vontade Hitleriana”.

É por isso que não necessariamente o fato de o bem jurídico estar tutelado constitucionalmente, como no caso da punição a atos discriminatórios contra quem quer que seja, significa que se alça esse bem jurídico a um status de bem jurídico-penal, contrariando o argumento de que há um mandado de criminalização das manifestações homofóbicas e discriminatórias em geral, pela Constituição da República.

Esse anseio pela equiparação do bem jurídico constitucional ao bem jurídico penal – mais especificamente em relação à repressão penal da homofobia –, aliado ao discurso de inoperância do Direito Penal denota o que a doutrina clássica chama de Direito Penal simbólico. Reconhece-se, portanto, que o sentimento de insegurança social pautado no discurso imanentista de que o Direito Penal não consegue tutelar todos os bens jurídicos e por isso estaria falhando no seu dever, serve como um incentivo à população reclamar ao Estado a ausência de proteção a esse(s) bem(ns) jurídico(s), ainda que esta efetivamente venha a ser uma proteção ineficiente do ponto de vista de solução do bem jurídico resguardado (e que a experiência já demonstra que na maioria das vezes se mostra ineficiente).

Deste modo, o Estado responde o anseio social através do legislador promovendo uma suposta segurança que é meramente simbólica, pois apenas causa um efeito psicológico de que a situação será alterada diante da repressão penal da conduta, o que a praxe demonstra exatamente o oposto do que se espera.

De outra feita, outra consequência do advento de um Direito Penal simbólico é a desconfiança e o aumento do sentimento de impunidade pela sociedade. Isto porque, as pessoas ainda acreditam na pena como solução para o problema da criminalidade e, por este motivo, defendem a criação de novos crimes e o endurecimento de penas. Todavia, a experiência prática demonstra que provavelmente esta política repressiva falha, as pessoas acreditam que a “lei é branda” e pedem por mais leis e leis mais duras, alimentando este ciclo que não consegue solucionar.

Esse fenômeno de anseio punitivista causa um indevido expansionismo do Direito Penal baseado em argumentos “apaixonados” – no sentido de defender a sua causa –, que pousam no conceito de “dissonância cognitiva”<sup>2</sup>, olvidando-se dos aspectos dogmáticos e mesmo da eficácia da medida, o que demanda, inclusive um estudo à luz da criminologia e da política criminal.

A partir do estudo da pena – conforme já foi citado anteriormente – percebe-se que o discurso de prevenção geral ou especial, pautado na crença de que a prisão seria capaz de “corrigir” o indivíduo, é patentemente ineficaz e sua falência é notória diante do panorama vivido nos países em que se defende um Direito Penal “inflado”, com maiores índices de encarceramento

---

<sup>2</sup> Segundo compreensão do trazido por SCHUNNERMAN (2013) entende-se por dissonância cognitiva a busca de manter internamente a coerência entre os comportamentos, opiniões, crenças e atitudes, de modo que toda informação recebida em dissonância com aquela sua ideia formulada inicialmente acaba por, invariavelmente, ser rechaçada, para forçar a manutenção daquela ideia inicial e o enfraquecimento de todas as ideias contrapostas supervenientes.

e, de maneira contraintuitiva e contrária à expectativa desta teoria da pena, maiores índices de reincidência.

Neste sentido, Bittencourt (2015) já alertava:

os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos (BITTENCOURT, 2015, p. 55).

É necessário salientar que não há a intenção de afirmar que os que defendem a criminalização da homofobia na acolmatação da Lei nº 7.716/89 acreditam na repressão penal como a solução para erradicar a homofobia e a discriminação contra os LGBTs no Brasil. Todavia, o simples fato de defender esse discurso punitivista, baseado na experiência pregressa de outras condutas humanas que foram criminalizadas e outras medidas repressivas que fracassaram em seu combate (extorsão mediante sequestro; lei de tóxicos; lei de crimes hediondos, regime disciplinar diferenciado) demonstra a iminente falibilidade da criminalização da homofobia como forma de prover uma redução, mínima que seja, da ocorrência dessa modalidade de discriminação.

Não é retórica (no sentido pejorativo do termo) quando se defende que a solução para males repugnantes – como o da homofobia – que assolam um país e motivam crimes violentos contra um determinado grupo, é o processo de prevenção, baseado na implementação de políticas públicas consubstanciadas na mudança pedagógicas dos valores culturais que germinam e fortalecem o discurso discriminatório contra indivíduos em razão da sua orientação sexual. A mudança deve ocorrer com a educação familiar, desmistificando preconceitos que foram por muito tempo passados por gerações, bem como a partir da educação escolar, com a apresentação de cursos e livros didáticos que promovam o respeito, a tolerância e a igualdade em relação as manifestações de sexualidade.

O cárcere não se apresenta como medida eficaz para ter uma sociedade livre de pessoas homofóbicas. As penas serão aplicadas, a prisão ficará ainda mais abarrotada, e os indivíduos que cometeram essa modalidade de crime não terão os seus preconceitos inalterados, ou seja, a proteção do Direito Penal é meramente simbólica. O efeito dissuasório provavelmente não ocorrerá – como mostra a experiência – com a criminalização da homofobia, assim também como a pena não restará eficaz do ponto de vista de reintegração do indivíduo na sociedade.

A compreensão da pena como retribuição ou expiação, mediante a imposição de um mal equivalente (pena) ao cometido pelo autor é extremamente prejudicial não só a este, mas à sociedade como um todo, tendo em visto que os indivíduos que são submetidos às masmorras do cárcere quando cumprem as suas penas dificilmente recebem o amparo adequado do meio social – pelo contrário, são estigmatizados em razão da sua “condição” de ex-recluso do sistema prisional – o que só causa ainda mais exclusão e marginalização destes, contribuindo para que voltem a cometer novos delitos.

Assim, defender a aplicação do uso simbólico do Direito Penal<sup>3</sup> como instrumento de resposta ao anseio social punitivista, sem que se investigue a eficácia e as consequências da

---

<sup>3</sup> Nesse sentido o contraponto é de Paulo Iotti (disponível em <http://www.justificando.com/2017/07/10/pela-logica-do-direito-penal-minimo-homotransfobia-tem-que-ser-criminalizada/>), de quem se discorda com a máxima licença, que afirma “leis penais não podem ser *puramente* simbólicas, mas toda lei tem um simbolismo a si imanente e é notório que a ausência de criminalização específica faz com que muitos(as) considerem ofensas e discriminações homotransfóbicas estariam protegidas por sua ‘liberdade de expressão’. Não estão, já que é contraditório com qualquer direito de liberdade, que supõe condutas que não prejudiquem terceiros, a pretensão de ofender (injuriar)

repressão para fins de resguardar o bem jurídico violado, denota a utilização de um argumento falacioso que não possui o condão de solucionar a celeuma e funciona apenas como uma medida paliativa, desviando-se, ainda, do foco das políticas de prevenção por intermédio da educação e da orientação dos cidadãos.

Essa resposta por parte do Poder Judiciário no caso da criminalização da homofobia – de forma atípica, ressalte-se mais uma vez – ratifica todo o discurso conservador de neocriminalização que fornece “munição” política a partidos que se popularizam com esses discursos de repressão, bem como dá legitimidade também a um Direito Penal extremamente seletivo, que pune notadamente os crimes patrimoniais (influência burguesa) e submetem ao cárcere aqueles que estão mais à margem da sociedade.

Ademais, analisando a criminalização da homofobia sob um prisma criminológico deve-se observar que todo o processo de criminalização secundária naturalmente é atribuída a população que está mais à margem da sociedade. Essa população tem um perfil bastante claro, o que pode ser visto a partir de uma observação das características da maioria dos presos no Brasil, pessoas pobres, negras e desempregadas, apenas contribuindo e retroalimentando esse ciclo vicioso.

Por fim, o Direito Penal simbólico na hipótese concreta debatida também é passível de gerar um discurso de relativização das garantias e direitos constitucionais, o que pode vir a subverter o Estado Democrático de Direito e torna-lo em um estado de exceção, em que deve ser punido aquilo que o Supremo Tribunal Federal decidir, sem qualquer segurança jurídica a resguardar os interesses do réu.

## CONCLUSÃO

A homofotransfobia é um problema endêmico no Brasil – significativo em razão de ser uma sociedade culturalmente patriarcal e heteronormativa – e para o seu combate, faz-se necessário a implementação de políticas sérias e profundas de reparação. A discriminação contra os LGBTI+ deve ser rechaçada diante da atuação do Estado, que não pode ficar inerte e transferir os problemas para soluções paliativas, mas efetivamente arquitetar planos de ação que tenham o condão de reduzir ou exterminar esse preconceito.

Assim, como já foi visto, não deve ser por intermédio da tutela penal que o Estado deve tentar coibir a discriminação contra os LGBTI+, pois esse se mostra ineficiente para a solução do problema, além de desrespeitar todos os princípios norteadores do Direito Penal que por fruto de lutas e revoluções históricas, como o princípio da legalidade e da intervenção mínima, estabeleceram freios ao poder punitivo e que não podem ser relativizados, independentemente da dignidade humana envolta à matéria posta em exame.

A atuação do Direito Penal neste caso seria puramente simbólica, promovendo uma falsa sensação de segurança na sociedade, em resposta a um anseio punitivista e imediatista, sem que esta criminalização pudesse causar um efeito dissuasório no indivíduo ou mesmo na sociedade por meio de um efeito pedagógico, sem erradicar o preconceito e contribuindo ainda mais para a hiperinflação carcerária, escondendo, ainda, o problema da homotransfobia, como se a tipificação de um crime fosse resolver todo um sistema discriminatório.

Portanto, a crítica que se faz à decisão no seu aspecto geral e ao discurso de neocriminalização não diz respeito ao pleito do reconhecimento da homofobia como uma espécie

---

indivíduos e coletividades por menosprezos diversos à sua honra e dignidade. Assim, uma lei penal que isso deixe expresso, quanto aos crimes contra a honra, certamente teria importante função social na luta contra a homofobia e a transfobia”.

de racismo, mas principalmente quanto à expectativa e a esperança da pena como a solução para a discriminação no país (que é um problema muito maior), bem como ao precedente de se violar formalidades estritamente necessárias e garantistas que podem ocasionar um mal severo e uma onda criminalizadora desenfreada de outras condutas humanas que, ao contrário da homofobia, não merecem a tutela jurídica.

Diante do exposto, a partir de todos os argumentos contrários à criminalização da homotransfobia, como coibir a discriminação em razão da orientação sexual sem que seja necessária a intervenção do Direito Penal, que notadamente se denota uma solução frustrada para fins de resolução do problema?

O Estado pode comprometer-se a recrudescer ou até mesmo expurgar as práticas discriminatórias homotransfóbicas se combater o problema “pela raiz”, pois esta é a alternativa mais duradoura, considerando os benefícios a longo prazo, o que pode ser implementado a partir da promoção de políticas públicas educacionais de prevenção. Ademais, o efeito repressivo ou sancionatório também deve ser levado em consideração para coibir práticas discriminatórias, mas não pela via penal, podendo, por exemplo, atribuir-se sanções de cunho administrativo e indenizações na seara cível aos ofensores.

É evidente que a prevenção não possui o condão de resolver o problema da homotransfobia de imediato, pois apenas a educação (não apenas a educação formal, mas a educação familiar) e o respeito é que podem modular os indivíduos, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária, dando por fim a existência de pré-conceitos que servem como força motriz para a ocorrência de práticas violentas contra essas minorias.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 21. ed. rev., ampl. E atual – São Paulo, Saraiva, 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. v. 1 a 3.

CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. **O ativismo judicial como manifestação de um sentimentalismo tóxico: o eterno desejo de mudar o mundo**. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-70-o-ativismo-judicial-como-manifestacao-de-um-sentimentalismo-toxico-o-eterno-desejo-de-mudar-o-mundo>. Acesso em: 10 ago. 2019.

É possível ser contra a criminalização da homotransfobia e a favor dos direitos LGBTI+?. **Justificando**, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/15/e-possivel-ser-contra-a-criminalizacao-da-homofobia-e-a-favor-dos-direitos-lgbti/>. Acesso em: 30 set. 2019.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

IRTI, Natalino. Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica, *In*. Carleo, ALESSANDRA (org.). **Calcolabilità giuridica**. Bologna: Il Molino, 2017.

MARTINEZ, Milton Cairolí. **Curso de Derecho Penal uruguayo**, 2ª ed., 2ª reimpr., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t.1.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ariel. 1962, t.1.

MOTT, Luiz et al. Relatório 2018 sobre mortes violentas de LGBT+ no Brasil. **Grupo Gay da Bahia, 2019**. Disponível em <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997, t.1.

ROXIN, Claus. **Introducción al Derecho Penal**. Barceloa, Bosch, 1975.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.



**Coordenação:**

Carina Barbosa Gouvêa (UFPE)

Jayme Benvenuto (UFPE)

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco (IESP/UERJ)



## ESTADO DE DIREITO E A CRISE DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO USO DO DIREITO ATRAVÉS DA JUSFILOSOFIA DE LUIS ALBERTO WARAT

**Ana Carolina de Oliveira Marsicano**

Mestre em Ciências Sociais (UFJF). Professora de Direito Penal e Processo Penal (UNICSUM).

### INTRODUÇÃO

A história do pensamento jurídico e político do século XX reafirma sua tendência a reivindicar a neutralidade ideológica e a recorrer a um discurso politicamente asséptico que faz o uso do Estado de Direito como instrumento de normatização. Manifestação simbólica e material do uso do poder jurisdicional, afetando as próprias condições de existência em meio ao capitalismo, a referência ao Estado de Direito e a crença na segurança jurídica sustentam uma modernidade esgotada pela perda da experiência histórica e pela experiência do coletivo. Relacionando o direito com as atuais formas de expansão do capitalismo, Warat aponta-o como modelo estático de realização da violência ao propor uma forma de governabilidade sem política e que nega o papel da democracia como mediação da cidadania.

A prática jurídica como produção generalizada de dissuasão da razão, do político e do social, ao invés de ser compreendida sob sua perspectiva jurídico-institucional, deve ser analisada a partir da observação de seu funcionamento simbólico e da crise da cultura que está atrelada aos efeitos do capitalismo. A partir da mediação sócio-histórica do jurídico, ressalta-se o aspecto do direito como gerador da sensação de segurança existencial, ocultando as formas com que se dá o seu exercício. A natureza das instituições modernas está intimamente atrelada aos mecanismos de confiança em sistemas abstratos, assim como na capacidade de prover a segurança ontológica na permanência/continuidade das estruturas sociais. O Estado de direito, através da dominação legal racional e de suas práticas totalitárias, não somente detém o monopólio da coerção como recorre ao campo do saber a fim de monopolizar a narrativa da história.

A partir do entendimento do autor, totalitarismo aqui deve ser compreendido como a reprodução/conservação das estruturas sociais que não levam em conta a relação desejo-saber e o caráter lúdico das verdades. Tecendo uma crítica à razão instrumental, enfatiza a necessidade de um rompimento com toda referência à certeza, buscando uma razão que seja capaz de denunciar o substrato de desumanização, transitando das convicções totalitárias para as incertezas democráticas. A atual concepção jurisdicista da crise do modelo democrático não se faz suficiente, dado que está intimamente relacionada com a própria crise da modernidade. Partindo de uma análise da esfera estética/cultural, Warat baseia-se em uma análise psicanalítica a fim de observar o Estado de Direito como o lugar simbólico que sustenta a lei jurídica, relacionando

subjetividade com modernidade. Dialogando com a teoria crítica da razão moderna, adentra no campo da cultura a fim de compreender esse indivíduo e essa subjetividade, que apesar de estar em permanente tensão dialética com a sociedade, perderam seu autorreconhecimento enquanto sujeitos da história.

O regime democrático, ao invés de funcionar pela via do questionamento das relações de poder e dominação, tornou-se uma prática instituinte do espaço político onde o poder se legitima. A ilusão homogeneizadora cria as representações sociais nas quais espelha-se a imagem de uma ordem e da existência de uma comunidade coesa e organizada. Partindo do pensamento waratiano, analisarei a dimensão do Estado de Direito frente a atual crise democrática, apontando o esvaziamento de sentido das leis e a sua repercussão na perda sistemática da função representativa do Estado.

## **A DEMOCRACIA E AS LUTAS DEMOCRÁTICAS**

### **Os direitos humanos como elemento modelador na reversão do totalitarismo**

Partindo da compreensão da democracia como uma dimensão simbólica da política, o jusfilósofo argentino radicado no Brasil Luis Alberto Warat, em sua obra “Introdução Geral ao Direito III – O direito não estudado pela teoria jurídica moderna” (1997), tece uma importante análise crítica da concepção jurisdicista da democracia, propondo novas condições de estabelecimento da relação entre a sociedade civil e o Estado. A sociedade, ao produzir-se teoricamente e ilusoriamente tendo por base exclusivamente uma forma de vida democrática, convive com a crença, consagrada e preservada pelo direito (imperfeito e em permanente estado de conflito e transformação), de uma sociedade transparente e harmônica.

A democracia como dimensão simbólica da política é sempre um “além” do social, a permanência de um sonho incerto, de um sonho que não pode ser burocratizado, nem pode ficar prisioneiro de uma versão das regras que escondam a abriguidade de suas representações e efeitos. A democracia é um sonho em aberto (WARAT, 1997, p.94).

Dessa forma, parte-se de uma compreensão da democracia não adstrita a condição de garantia, mas sim enquanto um conjunto de idéias que determinam a produção de uma forma de subjetividade autônoma, orientada por um sistema organizado a partir de um imaginário social que aceita a pluralidade e a heterogeneidade de manifestações, desejos, discursos e ações. As práticas de autonomia permitem que a sociedade enfrente suas contradições impedindo o funcionamento de regimes que petrificam opiniões, condutas e crenças (consenso). Orientada pelo sentido de uma transgressão, a democracia permanece sendo uma prática política que se realiza através da busca de suas próprias definições, criando espaços para além dos limites do poder e fora das cláusulas do imaginário social. Confrontar as estruturas que sustentam privilégios sociais, políticos e econômicos é o que irá conferir sentido a democracia enquanto regime que faz frente e resiste, de forma conflitiva, ao totalitarismo.

Com isso a democracia termina sendo entendida como o sentido de uma resistência, como o sentido de uma transgressão permanente dos limites de um futuro e de uma realidade que já foi totalitariamente programada. Como o sentido de uma transgressão, a democracia é uma prática política que se realiza buscando sua própria definição. (WARAT, 1997, p.100)

A democracia, como prática de resistência, se estabelece e se desenvolve à margem do poder estabelecido. No entanto, ao invés de ser apreendida pela capacidade de resistir a regimes totalitários, a democracia foi convencionalmente estabelecida sob um aspecto estritamente normativo, como um regime de consentimento em torno de decisões coletivas, reduzindo-se a um sistema de legalidade onde o consentimento é convertido na necessidade de obedecer



disciplinadamente a lei. Estabelecendo uma forma de consenso disciplinador que se apresenta como homogênea e exclusiva, a democracia fica adstrita a um jogo controlado e burocratizado de argumentos, triunfando uma concepção de Estado e de Direito atrelada a uma racionalidade instrumental que deixa de lado o cotidiano, o irracional, o caos e a insegurança.

Dessa forma, segundo o autor, algumas idéias que giram em torno da democracia servem para o funcionamento de uma ordem simbólica totalitária, estanto a problemática do funcionamento da democracia diretamente identificada com a problemática de um Estado de direito que legitima a ordem existente. Frente a essas práticas de consentimento que giram em torno do estabelecimento de decisões coletivas, Warat evoca a necessidade de práticas de autonomia como uma concepção de subjetividade formada a partir da não alienação dos desejos coletivos e da não preservação da "vontade da maioria" como uma categoria metafísica ou uma fórmula estereotipada.

Chego assim a uma idéia de autonomia que aponta aos processos de resistência que podem ser estabelecidos contra os modos disciplinadores e ou supressores da produção institucional da subjetividade. Estou desta maneira sustentando que, na garantia da produção institucional da subjetividade e das decisões coletivas, se esconde *uma garantia de alienação*. Uma garantia que precisa ser entendida como negação e não como afirmação da democracia (WARAT, 1997, p.104).

Recorrendo a representações abstratas e universais, os juristas constroem, através de categorias míticas, o sentido de uma democracia a margem da história e livre de qualquer contingência. No entanto, questiona-se quais seriam as consequências políticas desta representação abstrata da democracia que reserva a sociedade o lugar de consumidor passivo das significações instituídas. Ao criar um distanciamento entre a democracia imaginada e a democracia em funcionamento, reduzi-se qualquer possibilidade de promoção de práticas de resistência que levem em conta a realidade concreta da democracia, buscando a qualquer custo alcançar a sua realização naquilo que nos é abstratamente apresentado. Nos resta evidente, portanto, que essa conceitualização abstrata e universal da democracia, ao oferecer um princípio absoluto de intelegibilidade, restringe os processos de Interação social dentro de um modelo com poucas oportunidades para interrogar, questionar, interpretar e resistir. Compreendendo o totalitarismo enquanto forma de semiotização da realidade, Warat afirma que

A democracia, como prática de resistência à produção simbólica de uma realidade altamente repressiva e disciplinadora da subjetividade, precisa ser entendida como uma estratégia alternativa de semiotização da realidade. Dessa maneira a democracia passa a ser entendida como um acontecer simbólico; a outra face simbólica do totalitarismo. Assim, a democracia pode ser entendida como a transgressão permanente de uma realidade já dominada e de um futuro antecipadamente interpretado. A democracia não é outra coisa que uma ruptura simbólica do tempo instituído, um território de significações sem garantias. Ou seja, uma forma de semiotização, que, renunciando a uma concepção individualista da sociedade, e descartando as visões congeladas do mundo, possibilite um desenvolvimento ilimitado do homem e da sociedade. Quando falo de democracia como sentido de uma forma de sociedade, quero, sobretudo, ressaltar a possibilidade de uma estratégia de semiotização simultaneamente conflitiva, aberta e criativa (WARAT, 1997, p.106).

Ao analisar a democracia em meio a cultura capitalista, nos cabe questionar como tornar possível o funcionamento de um sistema democrático em meio a uma ordem social irreversivelmente totalitária. Em meio a um regime de bens e valores, a crença democrática acabou sendo convertida em mercadoria, anulando o espaço político onde ela poderia emergir e se consolidar. Segundo o autor, para que uma ordem social democrática possa funcionar, é importante que se institua novas relações com o poder, enfrentando os antagonismos sociais ao invés de se comprometer com a organização ou o aperfeiçoamento de instituições já existentes.

O totalitarismo emerge da democracia a partir da negação do conflito apresentando no seu lugar uma sociedade regida por uma ficção de unidade e harmonia e nessa ficção lei poder e saber se constituem como instâncias indiferenciadas que permitem construir a imagem de uma boa sociedade e de uma comunidade ideal (...) A crise estrutural da democracia se passa sobretudo porque ela carrega em seu seio representações fictícias de unidade entre a lei, o poder e o saber; representações unitárias sobre o social e o político que são atualizadas pelo totalitarismo (WARAT, 1997, p.108).

Para compreender o regime de funcionamento de democracia, é importante que interroguemos acerca das lógicas totalitárias que se instalaram no interior das instituições sociais, e que permanecem sendo exercidas plenamente e mantidas através da organização da lei, do saber e do poder. A partir disso, reconhece-se a necessidade de se estabelecer relações alternativas entre o poder e o saber, de forma a se desenvolver de forma autônoma e conflitiva (contrariando qualquer regime de certeza) direitos e saberes. Estando a crise da democracia atrelada a própria crise da modernidade, faz-se necessário confrontar a cultura instituída, estabelecendo práticas de resistência à ordem social totalitária que nos governa e que gera às condições nas quais se produzem formas alienadas de subjetividade. Como espaço aberto para a interrogação, é importante que a democracia se apresente como um espaço para a criatividade política, um novo direito, uma nova abordagem do político e novas formas de racionalidade que sirvam para anular a eficácia simbólica do poder estabelecido para que criemos novas formas de experiência político-jurídica, um poder que se inventa contra os poderes instituídos e que crie um imaginário apto para transcender ao totalitarismo que vai tomando posição nas diferentes instâncias sociais.

Ao citar Norberto Bobbio, para quem a crise da democracia está atrelada a debilidade no monopólio estatal da coerção física, na determinação por parte do Direito ou nas instituições que visam solucionar conflitos sociais sem recorrer a uma regulação coercitiva, Warat tece uma crítica no sentido de que a democracia precisa ir além do direito e do Estado, transgredindo “os limites de um universo de licitudes consagradas” (WARAT, 1997, p.116). Segundo o autor, a democracia sobrevive justamente através da ampliação do campo do que é lícito, confrontando com uma perspectiva totalitária de democracia que se confunde com o estabelecimento de um “estado de direito”. Ao destacar que as instituições cumprem majoritariamente a função de controlar movimentos sociais e de adequar os socialmente excluídos ao modelo normalizador da subjetividade oficial, ressalta que,

(...) para que uma sociedade possa instituir uma realidade democrática, ela precisa, sobretudo, tornar pensável o que foi decretado como impensável pela instituição simbólica da política. Dessa forma, poderemos entender e transformar os sistemas totalitários de representação” (WARAT, 1997, p.119).

Dentro da compreensão da democracia enquanto prática de resistência, Warat, partindo do mesmo entendimento de Claude-Lefort, nos traz a problemática dos direitos humanos como o elemento modelador de uma permanente ampliação dos espaços democráticos e de resistência às diversas formas de coerções impostas por uma formação social totalitária. Para Warat, os direitos humanos é a instância simbólica que se inscreve no registro social como acesso da sociedade civil ao espaço público, canalizando “as operações de transformação da matriz simbólica das relações sociais, situando-as no seio da própria sociedade” (WARAT, 1997, p.74). Ao propor uma abordagem da política inserida no âmbito da relação entre o Estado e a sociedade civil, nos chama a atenção para um conjunto de sintomas de uma sociedade onde ausenta-se uma prática política dos direitos humanos voltada à preservação da vida.

Tratando sobre as dimensões que estruturam simbolicamente uma forma de sociedade opressora, tece uma crítica a sociedade e ao próprio ensino universitário que através de práticas inquisitivas e arrogantes, voltada para um projeto heterônimo de dominação (de uma ordem

simbólica totalitária), contribui para a formação de um sujeito que oscila entre a paixão alienada e a indiferença como força impositiva. Voltados para uma ordem de pensamento que atrelado ao discurso da neutralidade exclui as incertezas, os sentimentos e os desejos, torna-se cada vez mais distante de se estabelecer uma ordem simbólica democrática, dado que “o sentido democrático de uma forma de sociedade depende da dissolução de toda referencia à certeza” (WARAT, 1997, p.13). Dentro da ordem jurídica, é a dogmática que permite a legitimação do poder no direito, garantindo o seu funcionamento de forma irrestrita a partir da ficção da existência de um limite racional. Sob a garantia da existência de uma suposta segurança jurídica que opera frente a um sistema capitalista que funciona de forma ilimitada e irrestrita, o direito organiza as regras do jogo social tendo por base a própria necessidade de expansão do sistema capitalista. Tendo por base o caráter técnico com que o direito opera, instaura-se um regime de segurança dos indivíduos que acreditam terem uma perspeção de realidade naquilo que lhes é apresentado sob a força de uma ficção, de uma unidade discursiva totalizante.

Trata-se,então, de uma confiança posta nas palavras da lei, como algo semântico que está fora de toda transmutação interpretativa, para poder servir à organização da relação com o outro no laço social e na estruturação dos argumentos interpretativos nos que se definem os sentimentos da lei (a interpretação como a arte de romper com a fantasia da plenitude semântica da lei jurídica) (WARAT, 1997, p.145)

A dogmática jurídica, vendo-se acossada na necessidade de preservar e reproduzir o caráter instituído do direito, passou a tomar o desejo de verdade e o sentido de certeza como princípio orientador na busca por estabelecer o equilíbrio entre a realidade social e as pulsões do indivíduo. No entanto, como muito bem ressalta o autor, o recurso à prática jurídica como critério para validar e atribuir sentido jurídico a uma realidade social desempenha um papel estratégico dentro do processo de expansão do capitalismo, que encontra no direito um “modelo estático de realização da violência” (WARAT, 1997, p.151).

Há que se ter em conta que a expansão do capitalismo multinacional (o capitalismo real do livre mercado) precisa de uma fórmula de governabilidade sem política, e de uma simbologia meramente retórica da democracia. No fundo, uma negação da idéia de democracia, como mediação da cidadania e o direito de todos a viver conforma uma gramática jurídica instituída e respeitada pelo Estado. Em outras palavras, a condição transmoderna da expsao do capital está desejando impor a crença em torno a uma incompatibilidade estrutural entre o desenvolvimento do capital e a radicalização da democracia, através do exercício pleno do Estado de Direito (WARAT, 1997, p.151-152).

Um dos conceitos mais conhecidos do autor é o de “senso comum teórico dos juristas”, onde o senso comum é compreendido como à dimensão ideológica das verdades jurídicas onde há uma dogmatização extrema e a utilização de determinadas convenções linguísticas. Através desse conceito, Warat ressalta o importante aspecto de que através do direito estabelece-se uma relação ficcional com a realidade que oculta o componente política em prol da preservação da noção de que a verdade jurídica se estabelece de forma desvinculada das relações de poder. Dessa forma, o “senso comum teórico dos juristas” pode ser compreendido como um discurso que forja a realidade da prática jurídica.

Para o desenvolvimento de uma racionalidade democrática, faz-se necessário saber jogar dialéticamente com a paixão e com a razão, desenvolvendo uma forma de racionalidade atenta ao substrato desumano que acompanha a razão instrumental. Ao ressaltar a distância entre as incertezas democráticas e as convicções totalitárias, Warat nos mostra que a dimensão política da verdade vem recoberta pela versão militante que retoricamente impõe um exercício de poder de polícia sobre as idéias. Ao contestar a barbárie e o terrorismo instituído, devemos levar em conta que a ordem simbólica vigente produz sujeitos institucionalmente alienados, e que portanto, uma prática política precisa estar comprometida com a tarefa da “libertação e da transformação da

linguagem que fundamenta a heteronomia dos desejos e a ausência de uma práxis política cotidiana” (WARAT, 1997, p.16).

Dessa forma, a prática política dos direitos humanos necessita de uma linguagem que permita a livre circulação dos sentidos, produzindo novas formas de sensibilidade para o político e para o direito, garantindo a pluralidade de desejos e desnaturalizando verdades instituídas. Uma prática voltada a resistência e a transgressão a esses discursos totalitários, somente se faz possível através da recepção dessas leituras múltiplas, ou, segundo o autor ao utilizar como referencial literário o escritor Julio Cortázar, ao promover uma volta à realidade em oitenta mundos. Segundo Warat, a história do direito e a sua circulação simbólica, que extrapola a história do juridicismo ocidental, está ancorada na conflitiva luta pela realização dos direitos humanos, sendo que somente um direito que se desenvolve a luz da sua observância é capaz de promover a autonomia do indivíduo e da sociedade, construindo uma ordem prática e simbólica que instrumentaliza o direito para a supressão das diversas formas de opressão.

## **PRÁTICAS POLÍTICAS E PSICOANALÍTICAS**

### **A psicanálise como ferramenta de análise da política em meio ao desejo**

A teoria psicanalítica para o autor possui grande importância na interrogação a experiência cotidiana em meio a um estado que impõe violentamente a alienação enquanto condição existencial. Para Warat, a modernidade, caracterizada pelo alto fluxo de informação, incita uma cultura do vazio existencial, de desmotivação afetiva generalizada e de indiferença a serviço do lucro, da tecnologia e do exercício totalitário do poder. Colocando em risco uma racionalidade sedimentada nos afetos, torna o indivíduo um sujeito fraco para discriminar a realidade que lhe é exterior, criando a percepção de uma totalidade exterior absolutamente independente desse eu que não se percebe enquanto prolongamento simbólico do mundo. Partindo de uma metapsicologia freudiana, Warat trata da importância de uma psicanálise do vínculo social, como forma de abordagem de uma subjetividade atravessada pelo conflito. Contando com uma instituição simbólica fixada na ilusão homogeneizadora da ordem, de uma comunidade orgânica e coesa, os conflitos e as revoltas passam a ser permanentemente negados sob o argumento da existência de uma harmonia entre leis e saberes que no fim das contas nada mais fazem do que satisfazer ao regime de servidão. Dessa forma, a psicanálise para o autor é considerada

(...) um método que permite perceber as interações dinâmicas dos componentes da estrutura social, que fazem de cada sujeito o lugar de onde se fazem e se desfazem as significações. A sociologia, com o apoio de alguns aspectos do método psicanalítico, pode servir para responder a um interrogante que se torna cada dia mais angustiante: como se podem criar as condições para a formação de uma sociedade satisfeita, democrática, apesar da inevitabilidade da violência e da alienação? (WARAT, 1997, p.26).

Figurando como o lugar onde se constroi uma comunidade de indivíduos autônomos, dialéticamente integrados a sociedade, os direitos humanos é o espaço capaz de evitar com que a sociedade tome a figura de “um estado de autismo generalizado e a uma sucessão de micro-suicídios político-afetivos” (WARAT, 1997, p.34). A partir da perspectiva normativa, o homem torna-se prisioneiro de uma versão pré formulada do seu sentido histórico, desaparecendo um elemento primordial a prática democrática que é a produção de sentido individual e coletivo que não seja pré-designada e sujeita a uma heteronomia instituída. Tratando da democracia como dimensão simbólica da política, Warat nos mostra que essa se constrói a partir de um imaginário social que não se aliena na representação já adquireda de um dever, possibilitando transitar da repressão imposta por essas práticas heterônomas para uma esfera de autonomia simbólica.

Assim, os direitos humanos estão comprometidos com o vital problema ético de integrar o indivíduo no mundo e ajudá-lo a construir uma racionalidade interior que o preserve como singularidade madura diante dos simulacros da racionalidade cultural. Pontos precisos onde se é obrigado a intervir para desfazer as aparências castradoras que, desde a consciência instituída, permite negar-nos a partir de nossa própria interioridade (...) O desejo de um mundo melhor está longe de ser desenvolvido se o vincularmos a versões éticas apriorísticas e a códigos morais, muito mais preocupados pela repressão que pela formação autônoma dos indivíduos (WARAT, 1997, p.37).

Frente a indeterminação dos direitos, das verdades, dos poderes e dos valores, para que uma sociedade se constitua no sentido democrático, faz-se necessário que esteja exposta as suas próprias ambiguidades e incertezas, recusando toda e qualquer modalidade de petrificação social, tendo em vista que é justamente no poder cristalizado e no fechamento do imaginário social que o totalitarismo se assenta. Segundo o autor, a problemática da democracia e dos direitos humanos são pré-determinados pela noção de alteridade e na necessidade de se recuperar o sentimento pelo outro enquanto limite ético e condição epistemológica. Para isso acontecer, faz-se necessário substituir o ponto de vista jurídico-liberal por outra forma de interação entre lei, saber e poder, que leve em conta o “espaço psíquico dos desejos insatisfeitos e assuma o homem como algo muito maior que um mero porta-voz anônimo de um presumido discurso objetivo” (WARAT, 1997, p.39).

O aporte waratiano na obra em questão busca, principalmente, refletir sobre as condições e possibilidades de desenvolvimento de uma sociedade voltada para a autonomia e não submissão a formas discursivas totalitárias ou a uma afetividade mal resolvida. Em um contexto onde a democracia permanece restrita a “identidade social publicitada”, figurativa ou a expressão de uma participação simulada, seu funcionamento de ilusório somente transmutará em real e emancipatório através de uma alteridade afetiva que permita o homem transformar a si próprio e perceber as armadilhas presentes em cada subjetividade institucionalmente produzida. Dessa forma o direitos, em especial os direitos humanos, devem ser encarados para além de sua concepção jurídico-liberal, mas como momentos éticos-políticos que apontam para a formação de um novo indivíduo e para uma diferente forma de organização da sociedade. O ensino jurídico como tecnologia de alienação, ao escamotear através da linguagem técnica as relações de poder, legitima os desvios operados pelo Estado sob a ilusão de um Estado subordinado à lei. Dessa forma, segundo o autor é importante que interroguemos acerca da crise política do ensino jurídico, a sua incapacidade para enfrentar os desafios sociais, e a sua restrição a formação de “androides semiológicos” (WARAT, 1997, p.43) totalmente incapazes de promover uma leitura do mundo.

Tendo em vista que o jurisdicismo compromete as práticas políticas dos direitos humanos reivindicando a neutralidade de suas lutas, Warat ressalta que o ensino jurídico precisa estar comprometido a transformação da linguagem, transgredindo a discursividade instituída e possibilitando resistir frente a todas as formas de violência. Um ensino que se apossa de uma linguagem não alienada e que esteja em sintonia com a instância semiológica das lutas coletivas por melhores condições de existência, deve estar comprometido em rejeitar epistemologias que escamoteiam o lugar e o papel da lei e dos juristas no Estado de direito através de uma semântica disfuncional para os processos de implementação de uma forma social democrática. Um aspecto importante ressaltado pelo autor é que em nome do jurisdicismo desenvolvem-se práticas políticas notoriamente antidemocráticas, apelando para a salvaguarda jurídica e para a função ideológica do princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, cabe ressaltar que estamos imersos em uma forma social totalitária onde o poder, o saber e o direito, convertidos em propriedade do Estado, enclausuram, restringem e controlam as práticas reflexivas no campo da política.

O direito aparece, então, como um lugar tópico e utópico inabalável que justifica a normatização total do tecido social. (...) Desta forma o jurisdiccionismo, como lógica de dissimulação, mostra-se eficiente, dando crédito a uma ficção de neutralidade que escamoteia os abusos de uma dominação jurídico-estatal, decidida nos bastidores (WARAT, 1997, p.86).

Promovendo uma estabilização reacionária do capitalismo, cria-se um vazio político composto por um espaço público sem vínculos sociais, integrado por indivíduos que abdicaram da sua possibilidade de conferir significado ao mundo. Ressaltando a condição de ser um jusfilósofo latino-americano, Warat salienta o nosso convívio continental com uma forma de racionalidade assente no liberalismo de mercado atrelado a uma doutrina de segurança que discrimina a condição humana para sustentar a expansão ilimitada do capital.

Somos filhos de um continente que teve sua identidade invadida, dilacerada por uma brutal intolerância. O imaginário logamento elaborado de nossos ancestrais americanos se perdeu conquistado pela barbárie, entre mentiras prometidas que queriam transformar-se em pátria. Uma herança infeliz dos filhos de um genocídio chamado descobrimento. Desencontros tecidos pela barbárie que precisam virar encontros, diálogo, respeito pela diferença, confiança para manter compromisso e relações sólidas. A América precisa encontra-se em meio a seus sentimentos postergados, ver a história com seus próprios olhos, entender que ela não é feita por príncipe encantado. A história é feita de solidariedades, é o encontro de uns e de outros. A história é o *poymen*. Esta palavra, que pertence a língua mapuche, quer dizer amor, e para um mapuche o amor é, antes de mais nada, minha experiência com o outro (WARAT, 1997, p.233).

A modernidade e o processo de dilaceramento da atividade do pensamento, nos revela a tendência à supressão do homem enquanto significado, tornando-o, através de uma pedagogia da indiferença, um significativo vazio diante das necessidades do mercado. Forjado da sua memória histórica, possibilita-se a produção e a reprodução simbólica de um sistema totalitário que extrai o caráter conflitivo da história. Através da inquietação da linguagem, deve-se recusar qualquer doxa instituída ou tentativa de saqueamento existencial que nos impeça de abrir para as diversas entonações da vida.

(...) a vida unicamente pode revelar a dimensão afetiva de seus acontecimentos, os sentimentos e as intensidades existências inscritas em sua escrita, para aqueles que se encontram amorosamente predispostos a essa leitura. Os significados emocionais emergem desde o interior de uma leitura feita com o coração aberto, vale dizer, disposto para comprometer o corpo com os ardores do mundo. A escritora do mundo, o mundo como texto, pode ser penetrado de afetividade quando o amor é sua leitura, quando a caução do amor faz transparecer, nas aventuras da escritura, toda uma carga de sentimentos que estão na alma daquele que lê. O amor abre os signos, constitui uma gramática vital que permite o trabalho do corpo ligado aos significantes, desde que o corpo, que faz o trabalho, precise encontrar suas amocoes na escrita do mundo. O corpo não é mais que o leitor de suas próprias emoções, é sempre um leitor de si mesmo (WARAT, 1997, p.46).

O que Warat nos apresenta em sua obra, é a necessidade de construirmos a luz da conflitividade, de um direito que preserva a própria existência do conflito, um novo projeto de sociedade que englobe a heterogeneidade dos desejos e que esteja atrelado a um projeto de autonomia social e individual e a um processo de criação política que se realiza de forma situada na história comprometendo-se com esse processo de transformação.

## CONCLUSÃO

Cabe ressaltar primeiramente que esse artigo visou, antes de mais nada, prestar uma homenagem e mostrar a importância de recuperarmos o aporte teórico do professor e

pesquisador Luis Alberto Warat (1942-2010), lançando luz sobre aspectos de sua produção teórica de sua produção, tendo como ponto de partida sua obra “Introdução Geral ao Direito III – O direito não estudado pela teoria jurídica moderna” (1997). Para além do que se apresenta no presente artigo, o pensamento waratiano enfatiza questões referentes a consolidação de uma ordem social democrática que se vê atravessada por um regime capitalista e por um saber regido por uma racionalidade instrumental que serve aos interesses de manutenção da ordem vigente. Dessa forma, acredito que a jusfilosofia waratiana é antes de mais nada, um convite para que não nos contentemos os deslumbres da verdade e que possamos instituir práticas de resistência que permitam ultrapassar a discursividade instituída que retira o sentido vital da existência humana e política.

## **REFERÊNCIA**

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III – O direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

# PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM MONTESQUIEU: RELEITURA OU CRISE?

**Eduardo Marques Mendonça**

Graduando em Direito (UPE-Arcoverde)

## INTRODUÇÃO

A teoria tripartite de Montesquieu (1996) é a teoria sobre separação dos poderes mais tratada nos manuais de Direito Constitucional, algo que a coloca como uma teoria que continua sobrevivendo ao passar do tempo, mesmo com as diversas mudanças nas quais as sociedades passaram em relação as atribuições dadas aos poderes. Ela divide as funções do poder Estatal entre três poderes de modo a não se ter uma concentração de funções de um perante os outros.

Atualmente, o cenário a qual se encontrarmos é um na qual o judiciário está desenvolvendo uma atividade de destaque, devido principalmente ao advento do Neoconstitucionalismo (BARROSO, 2005) e um ativismo judicial (STRECK, 2016), em que o intérprete do direito faz uso de princípios e cláusulas gerais. Justamente em razão disso, e tendo em vista a função do poder judiciário destinada pela teoria tripartite montesquiana, apresenta-se a problemático do presente estudo: ainda é possível mencionar a tripartição dos poderes, em Montesquieu, na atual estrutura do Estado brasileiro? A partir disso, chega-se ao objetivo geral, investigar se ainda é possível mencionar a tripartição dos poderes, em Montesquieu, na atual estrutura do Estado brasileiro.

O primeiro objetivo específico foi compreender o papel do poder judiciário dentro da teoria de separação dos poderes proposta por Montesquieu. Foi o objetivo da pesquisa que proporcionou um aprofundamento sobre a conjuntura a qual a teoria estava inserida, bem como a pretensão de Montesquieu em relação a esse poder. O segundo objetivo específico foi o de entender a mudança de paradigma no direito à vista dos fenômenos do Neoconstitucionalismo e do ativismo judicial. O terceiro objetivo específico foi o que demonstrou o porquê de a teoria ser tão criticada e ao mesmo tempo ainda utilizada pela doutrina brasileira.

O método empregado foi o dedutivo, pois se partiu de uma ideia de que não seria mais possível citar a teoria clássica de separação dos poderes, para, através da leitura de artigos e livros sobre o tema da separação dos poderes em Montesquieu, bem como sobre o papel do poder judiciário nele, se chegar a uma conclusão sobre o tema. A abordagem utilizada foi a de caráter qualitativo, visto que se queria ver as implicações do atual contexto de crise da modernidade sobre a teoria Montesquiana (GERHARDT; SILVEIRA, 2009).

O tipo de pesquisa usada foi a de caráter exploratório-descritiva. Como o tema merecia uma análise mais específica sobre o papel do poder judiciário, assim sendo, buscando se aprofundar sobre a temática em específico, se tem o caráter exploratório. O descritivo vem em razão da necessidade de, para apresentar os resultados, haver uma busca por conceitos pertinente a proposta para depois os explicitá-los no decorrer da pesquisa (GERHARDT; SILVEIRA, 2009).

Dado que foi realizada uma busca por artigos e livros sobre a temática, a técnica de coleta de dados foi bibliográfica. A análise de conteúdo foi a técnica de análise de dados escolhida, uma vez que foi feita uma inferência sobre a diferença entre os contextos na qual a teoria foi pensada e o contexto atual (GERHARDT; SILVEIRA, 2009).



## **A TEORIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES EM MONTESQUIEU E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO À VISTA DELA**

Montesquieu (1996) elaborou a sua teoria da separação dos poderes, no século XVII, quando a Europa estava passando por um processo de estabelecimento do Estado Moderno. Pela pretensão liberal do momento se queria, devido a emergência da burguesia, uma descentralização do poder contido na figura do monarca, característica típica do Estado absolutista. Desse modo, não se pensava em fragmentar o Estado, e sim dividir suas competências em funções, isto é, em atribuições estas que seriam distribuídas nos “poderes”.

O poder do Estado até então indivisível, concentrado na figura do rei, passou a ser distribuído em funções, o Estado ainda é o único detentor de poder, a diferença é que ele é separado em funções para que possa ser exercido. Outrossim, a concepção de poder está muito ligada à linguagem clássica, na qual tem uma significação que perpassa pela ideia de prerrogativa, ou seja, ao poder que os monarcas tinham (SALDANHA, 1987). Assim, surge a teoria tripartite de Montesquieu, para dar uma fórmula que conseguisse atender as demandas de uma burguesia que clamava por liberdade econômica, mas não somente a econômica.

Objetivava-se também que fosse garantida a liberdade ao cidadão, liberdade esta enquanto derivada da política que, para Montesquieu (1996), não significa a possibilidade de poder fazer o que quiser, na verdade, consiste na faculdade de fazer tudo aquilo que a lei permite e, do mesmo modo, não ser obrigado a fazer nada que a lei não lhe obriga. Além disso, o autor ainda coloca, da mesma forma, uma condição para que se tenha ela: só poderia existir em governos moderados, em governos em que não haja abuso de um poder. Assim sendo, é por isso que se tem a necessidade do poder limitando ele mesmo, para que possa haver, de fato, liberdade política.

A moderação é essencial para o sucesso de qualquer governo que busque a liberdade, pois são as práticas moderadas sempre as que mais promovem estabilidade social, visto que se situam num ponto de equilíbrio entre as ações extremistas (KRITSCH, 2011). A moderação, então, se tornou também uma condição para que se haja liberdade. Temos assim dois elementos chaves para a teoria tripartite montesquiana, o primeiro, requisito para esta, a moderação, e o segundo, uma consequência da existência dela, a liberdade política.

No livro XI da sua obra ‘O espírito das Leis’, Montesquieu (1996), trata da estrutura da tripartição, apresentado os poderes e suas respectivas competências. São eles: o poder legislativo, que teria como competência produzir e corrigir as leis; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, correspondendo, pelo que se tem hoje, ao direito internacional, que tinha como função estabelecer políticas de paz e guerra. É o poder responsável por cuidar dos assuntos diplomáticos e dos relativos à segurança do Estado (KRITSCH, 2011); e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Este último ainda se dividiria em dois poderes, o Poder Executivo do Estado e o Poder judiciário. O primeiro trataria do poder estatal de punir os crimes, já o segundo se basearia no poder de julgar, ou seja, de intervir nas disputas ou conflitos entre indivíduos para se chegar a uma solução (KRITSCH, 2011). Visto isso, como o enfoque desse trabalho é a análise sobretudo do poder judiciário, se fará um maior detalhamento enquanto a sua significação dentro da teoria de Montesquieu.

Antes, no entanto, cabe destacar que o autor colocava no poder legislativo uma maior responsabilidade. Para Saldanha (1987), isso se deve ao fato de que o legislativo sempre figurou

como o principal poder dentro das proposituras clássicas de separação dos poderes. Nesse sentido, a igualdade entre os poderes existe, porém, ao legislador é dada uma crença de maior importância, conseqüentemente uma maior responsabilidade é atribuída a ele.

O legislativo corresponde, de certo modo, a uma vontade popular por liberdade, nesse sentido, sendo a lei a expressão máxima desse poder, sua principal função seria a de exercer um controle sobre os outros poderes, que estariam mais afastados do povo. É uma ideia que crê que a atividade legislativa assumiria os ideais iluministas e os irradiaria dentro do exercício de sua função (SALDANHA, 1987).

Além disso, é importante destacar que Montesquieu (1996) acreditava que não seria possível um juiz legislar e a lei produzida por este ser legítima, isso, em razão dele não ter sido escolhido pelo povo. Dessa maneira, o juiz deve se limitar a letra da lei, sua atuação deve estar pautada nela de tal modo que apenas saia de sua boca a própria lei, sem acrescentar ao juízo qualquer tipo de valor, pois, caso ocorra esse acréscimo, não será mais possível dizer se o julgamento foi pautado na lei ou em valores pessoais. Por esse motivo, vê-se, claramente, como o autor tinha um apego ao legalismo, principalmente por colocar o juiz como um ser inanimado, sem nenhum papel de criação em relação ao direito.

A função do judiciário apenas funcionaria como uma ponte entre o legislativo e o fato por ele regulado. Valendo da sua neutralidade, o juiz estaria fora das discussões sobre os valores por detrás das leis, estando unicamente focado na aplicação da lei. Era concebido que todo juiz iria, para um mesmo caso, aplicar a mesma sentença, pois não estariam julgando por valores, e sim pela letra da lei, de modo que o justo era o que a lei dizia. Por essa teoria, os operadores do direito nunca criariam um novo direito, apenas o reconheceriam. O judiciário só poderia agir se provocado e devia ficar limitado ao caso concreto (ADEODATO, 2010).

Entretanto, vale salientar que, justamente devido a noção de moderação entre os poderes, o judiciário, mesmo tendo um papel mais tímido dentro da propositura, não seria um poder que iria ceder a toda pressão dos outros poderes. Tendo em vista principalmente o constitucionalismo inglês, com a adoção do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) tem-se a percepção de como esse controle recíproco entre os poderes ocorreria visando a harmonia. Nenhum poder poderá de modo algum usurpar as competências de outro poder, o que garantia um impedimento de haver uma concentração de atribuições a um poder.

Tinha-se, nesse sentido, um sistema de continência para os excessos governamentais, isto é, um sistema recíproco de limitação da atuação de um poder sobre os outros, o que garantia que não houve a concentração (SALDANHA, 1987). Mesmo que na Constituição inglesa o que se desejava com o sistema de freios e contrapesos era um controle mais específico sobre o poder legislativo, ele foi um mecanismo que com o passar do tempo serviu (e ainda serve) para garantir o equilíbrio entre todos os poderes.

A partir do exposto vê-se, então, a conjuntura na qual o esquema de separação de Montesquieu foi pensado. Era uma época em que a complexidade social era baixa, em que o direito estava passando por um processo de codificação e havia um alto apego aos códigos, portanto, um contexto onde a função do poder judiciário, levando em conta a atuação presente do legislativo, era limitada a dizer o significado da lei que melhor se adequaria ao caso concreto. Foi para esse contexto social que a fórmula de separação montesquiana foi pensada.

Chegando ao século XX, em meio ao final da Segunda Guerra Mundial, a pretensão moderna em relação ao Estado começou a ser questionada de modo mais incisivo, pois agora se questionava o modelo de Constituição que melhor serviria para se evitar as atrocidades do regime nazista (BARRSO, 2005). Começava-se aí um processo de mudança do paradigma constitucional,

resultando num poder judiciário com um maior papel de destaque, principalmente no tocante a tarefa de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Agora se faz necessário caracterizar o paradigma na qual o direito moderno está alicerçado, para posteriormente entender como a crise desse impactou a atividade judiciária, o que conseqüentemente acabou impactando a separação entre os poderes. O direito moderno é formalista, vê na dedução, no silogismo jurídico, a maneira de fazer ciência, logo, é um direito preso aos códigos, não tendo os juízes um papel de participação de criação do direito.

A partir do pensamento cartesiano, inicia-se, na cultura jurídica, uma guinada para o cientificismo e logicismo, isto é, ocorre o que seria a secularização do pensamento jurídico. Através dela, a formalização chega como uma solução para os problemas (SALDANHA, 2005). Imaginava-se que através de uma prática jurídica alicerçada na racionalidade prática o homem moderno seria capaz de solucionar qualquer problema que enfrentasse dentro o âmbito jurídico, desse modo, acreditava-se que o direito era um sistema completo em essência.

A modernidade começou na Europa do século XVII para então ser irradiada por todo o globo devido à expansão do capital. No tocante ao direito, este que também foi pensado a partir de uma lógica racionalista-cartesiana, a mesma que influenciou toda a ciência moderna, tem-se que o Estado é o único detentor da força, e que, a atividade judiciária precisava ser um instrumento garantidor de segurança, ordem e progresso, pautada nos ideais de controle e previsibilidade (FALCÃO, 2010).

Nessa perspectiva, segundo Falcão (2010), em razão da crise da modernidade trazer consigo um aumento da deslegitimação da atividade judiciária, visto que se está diante de fenômenos como a complexização dos fenômenos sociais, crescente individualismo, pulverização de valores sociais, etc., o jurista encontra-se em uma situação de desconforto. A demanda por respostas é altíssima, entretanto, o jurista não pode simplesmente seguir a velha receita típica do modelo estatal moderno, agora precisa dar a devida diferenciação para cada caso, o que implica mais tempo. O magistrado está, desse modo, entre o mito (pacificador social) e a meta (dar conta de crescente demanda por respostas).

Tendo isso em vista, se começa a se questionar o otimismo moderno em relação ao direito e tudo que ele representava. As sociedades estavam se deparando com novos fenômenos, o legislativo começava a se mostrar ineficiente em relação a solução dos problemas que iam se apresentando e se acumulando. Nesse sentido, Saldanha (2005) nos diz que o direito lida com problemas, daí que tentar sistematizar as complexas questões sociais apresenta-se, no fim, como apenas uma redução da visão do jurista sobre o problema. A forma ajuda a tratar deste, entretanto, justamente por essa ajuda, são feitas reduções de complexidade, dessa maneira, muitas vezes, tirando o problema do contexto, este muitas vezes histórico.

Outrossim, ainda é preciso lembrar um dos princípios que rege o direito moderno, mesmo em crise, é do *non liquet*, que diz respeito a obrigatoriedade de o poder judiciário, quando acionado, Sempre dar uma resposta e não pode deixar de resolver um conflito (ADEODATO, 2010). Destarte, o judiciário localiza-se agora em um plano de instabilidade, pois precisa ir além do que lhe foi destinado a realizar, trazendo, dessa maneira, riscos a fórmula clássica da separação dos poderes.

## O ATUAL PARADIGMA: NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Consoante com Barroso (2005), o Neoconstitucionalismo surge enquanto movimento constitucional estabelecido no âmbito do “pós-positivismo”, do novo direito constitucional.

Constata-se por ele a superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, indo, portanto, além da legalidade escrita, entretanto, sem desprezar o direito posto. O que se busca é uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas, tendo como principais ideias a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica e a formação de uma nova hermenêutica constitucional.

O modelo do bem-estar social presente nas constituições contemporâneas trouxe consigo, segundo os defensores dessa corrente, como Luís Roberto Barroso (2005), uma necessidade recorrente de o jurista ir além das suas funções tidas como típicas. Conseqüentemente, para garantir uma efetividade dos direitos fundamentais que fosse de fato fundamentada sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, o intérprete deveria se enxergar como um coparticipante na criação do direito.

Existem as fontes do direito, e a lei positivada é apenas uma delas, tendo os princípios um papel de maior destaque perante estas. Por esse motivo, o processo interpretativo deve levar em consideração uma interpretação que tenha a Constituição como norte, ou seja, toda norma deve ser produzida levando em consideração o texto constitucional, além dos princípios e cláusulas gerais do direito. Há, dessa maneira, uma expansão da jurisdição constitucional, na qual o intérprete assume lugar de destaque, totalmente diferente da pretensa legalista, em que o mesmo apenas ligava a lei ao caso fático.

Dado que as regras possuem um grau de generalização baixa, ou seja, tendem a tutelar pautas específicas, além de possuírem um grau de determinabilidade baixo, e, os princípios possuindo um alto grau de generalização, sendo vagos e indeterminados, pois são eles que servem de fundamentação para as regras, nesse sentido, não possuindo a função de regulamentar e sim de dar as diretrizes do ordenamento jurídico, sendo necessária a utilização de instrumentos de interpretação para utilizá-los (TEIXEIRA, 2012). Como se garantiria que o intérprete se utilizando de princípios, apresentasse a melhor interpretação possível para o caso? Fica o questionamento.

A partir da década de 40, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo de supremacia da Constituição. Dessa forma, coube ao judiciário a função de guardião desta, por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*). No Brasil isso se demonstra pela criação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado, dentre eles, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (BARROSO, 2005). Esses mecanismos, juntamente com um novo modelo de interpretação constitucional, causou e ainda causa uma enorme discussão enquanto ao papel do poder judiciário.

Em razão da alta complexidade dos fenômenos sociais e seus desdobramentos dentro da seara jurídica, os operadores e teóricos do direito se deram conta de um problema, as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização constitucional. Assim sendo, para dar conta disso, precisaria existir uma nova interpretação constitucional, em que, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontrava abstrato no texto de lei, ou seja, precisaria ir muito mais além desta. E, quanto ao intérprete, já não lhe caberia apenas a função de técnico, lhe competiria agora a de complementador do trabalho legislativo (BARROSO, 2005).

O resultado final disso foi a já estabelecida constitucionalização dos diversos ramos do direito, em especial o direito civil. Esse fenômeno coloca a interpretação legítima dos códigos apenas se estiver em consonância com a Constituição Federal. Os defensores dessa visão encaram

o texto constitucional como aquele que mais se aproxima da defesa da dignidade da pessoa humana. Conforme Barroso (2015), o texto constitucional teria seu conteúdo material e axiológico irradiando, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Dessa forma, essa constitucionalização repercute também sobre a atuação dos três poderes. O ativismo judicial se torna algo que começa a ser normalizado dentro da fórmula de separação dos poderes. Como o intérprete precisa muitas vezes ir além do que está positivado pelo Estado, ele acaba esbarrando em um ato não de coparticipação do trabalho do legislador e sim, em alguns casos, de própria criação de um novo parâmetro legal, isto é, cria-se uma lei nova para um caso em específico. Exemplo disso, recentemente se teve a criminalização da homotransfobia, em que o Supremo Tribunal Federal (STF), através do uso de uma analogia *in malam partem* (BITTENCOURT, 2018), equiparou a homotransfobia ao crime de racismo, ferindo, assim, o princípio da reserva legal.

O ativismo judicial ocorre quando um juiz ou um tribunal colegiado decide, interpretando o texto de lei a sua vontade, criando uma norma que se baseia em sua maior parte no seu próprio entendimento pessoal do caso (STRECK, 2016). É um artifício que vem sendo muito utilizado em razão de que se argumenta que as democracias possuem legislativos cada vez mais omissos se tratando da regulação de matérias sensíveis ao clamor público, além de o judiciário estar se deparando cada vez mais com casos em que o raciocínio lógico-dedutivo não é suficiente para resolver. Tratam-se dos casos sem precedentes judiciais, na qual as respostas possíveis se encontram em um mesmo patamar de verdade, os chamados *hard cases*.

Poder-se-ia dizer então que o Neoconstitucionalismo e o ativismo judicial são fenômenos que fazem questionar se ainda estamos usando o esquema clássico de separação dos poderes em Montesquieu. Ambos os fenômenos colocam o poder judiciário em um patamar totalmente destoante do proposto pelo autor, isso, em virtude do intérprete se colocar em uma posição de criação do direito, não apenas de aplicação do direito já posto pelo legislativo. Haja vista que o direito moderno se alicerça na ideia de segurança jurídica, o ativismo judicial, em larga escala, traz à tona um risco iminente de insegurança jurídica generalizada.

Não que o judiciário esteja em uma posição de tentar uma sobreposição em relação aos outros poderes, pois seria ingênuo atribuir a reponsabilidade das decisões ativistas apenas aos magistrados. De acordo com Streck (2016), quando o legislativo cria textos que contenham muitas aberturas para a livre interpretação do julgador sobre o caso, ou seja, quando não são estabelecidos critérios, ritos ou regras para se desenvolver uma sentença em um caso, juízes irão se utilizar mais dos seus valores morais e noções pessoais do fenômeno jurídico do que dos preceitos contidos da legislação.

O que se questiona em relação as decisões ativistas é seu caráter seletista. É comum que em mesmos tribunais, se tratando de casos semelhantes, haja a concepção de vereditos opostos. Isto torna o ativismo judicial uma prática que pode se restringir apenas a um caso particular, restando às semelhantes interpretações tidas como 'a letra da lei'. Tendo em visto isso, percebe-se que o judiciário brasileiro tem uma tradição de incoerência, o que prejudica a segurança jurídica do país, que fica à mercê da vontade do julgador, que em um momento diz interpretar pelos anseios sociais, outrora 'conforme manda a lei' (STRECK, 2016).

A atividade ativista do judiciário não poderia, independente do caso em questão, ter uma valoração de positiva ou negativa para o Estado Democrático de Direito. O juiz não é um político que precisa dar conta das demandas sociais da população, ou seja, ele não deveria levar em conta na hora da decisão se ela vai ser positiva ou negativamente valorada pela população em geral. O seu compromisso é com o texto constitucional, visto isso, a ideia de ativismo bom e ativismo ruim

acaba sendo redutora da complexidade do fenômeno. Destarte, não deveria utilizar-se dela, por mais que uma decisão seja valorada até mesmo pela comunidade jurídica como positiva devido a sua consonância com os direitos fundamentais. A decisão será sempre apenas ativista do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.

Respostas sem a devida fundamentação acabam se tornando, no fim, equivocadas, uma vez que fragilizam não apenas a segurança jurídica, mas também a democracia e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Sem um controle quanto a intensidade do ativismo judicial, nada mais pode se esperar do que um estado de insegurança jurídica generalizado. Assim, é preciso haver um desenvolvimento da argumentação seguida de princípios do direito, em vez da moral ou das ideologias do julgador, para que se possa realmente efetivar a garantia dos direitos fundamentais a todos, sem distinção (STRECK, 2016).

Todavia, vale ressaltar, a decisão judicial no contexto do estreitamento entre política e judiciário, precisa sempre levar em consideração as consequências políticas da mesma. Portanto, o juiz não é livre para decidir, está preso a tomar decisões que agradem a maioria da sociedade, que 'anseia por justiça'. O que se precisa sempre atentar é que a ideia de justo muda constantemente (STRECK, 2016).

Não seria possível, como já exposto acima, encaixar essa nova conjuntura em que se encontra a atividade judiciária no esquema clássico da teoria da separação dos poderes de Montesquieu sem, no entanto, apontar elementos de diferença entre contextos. Atualmente vive-se uma época em que os limites entre direito e política estão se tornando cada vez mais tênues, o que provoca um processo de mal-estar entre os poderes.

Adeodato (2010), por exemplo, elenca três fatores que mudaram a noção de separação entre poderes. A primeira mudança se refere a generalidade das leis, esta que era vista como necessária para abranger uma maior quantidade de casos possíveis, entretanto, dada a crescente dificuldade de o poder judiciário dar respostas aos casos difíceis (*hard cases*), esse elemento se tornou um ponto para se interpretar além da lei. A segunda é decorrente da primeira. Ou seja, trata da criação de normas jurídicas pelo juiz, na qual há um questionamento se o judiciário estaria legitimado para criar normas que tivessem poder de lei. E, por fim, tem-se a questão da dissociação entre texto e norma (decisão), em que há uma discordância entre qual poder, de verdade, estaria efetivamente criando o direito.

Montesquieu é a principal referência quando se trata do assunto nos manuais de Direito Constitucional, a todo momento o seu esquema é trazido à tona sem, todavia, se explicitar as várias nuances que diferenciam este enquanto empregado no contexto do auge do legalismo e o atual. Por isso, torna-se necessário agora problematizar um pouco dois fatores que contribuem para uma postura acríica e não reflexiva sobre o tema.

## **ENTRE A VISÃO PROGRESSISTA DO FENÔMENO JURÍDICO E O ANACRONISMO**

Dentre as pretensões modernas, algo muito peculiar que afetou muito a ciência foi a ideia de progresso e linearidade do tempo. Pensava-se que através das várias descobertas científicas, pelo 'avanço' da tecnologia, o homem ocidental alcançaria a plenitude civilizatória. Essa visão também se estendeu a ciência do direito, trazendo principalmente a noção de progressividade do fenômeno jurídico. Nesta se tem a concepção de que o que vem do futuro é sempre melhor do que o que está posto, isto é, os tidos 'novos' fenômenos jurídicos estariam sempre em consonância com o progresso, com o avanço.

Tem-se, então, a perspectiva etiológica da história, advinda do paradigma racionalista-cartesiano, em que a história é vista como um estudo natural de causas e efeitos (COSTA FILHO, 2018). Retornando ao Neoconstitucionalismo, o que se pode inferir é que é um movimento que corrobora com essa visão, pois acredita-se que um maior ativismo em relação ao poder judiciário é o que se necessita para que haja de fato uma eficácia dos direitos fundamentais. Argumenta-se, a título de exemplo, que a propositura legalista do Estado Moderno não daria conta das novas demandas sociais, destarte, o 'neo' traz algo inovador, algo que precisamos abraçar.

Castro Júnior (2011), por sua vez salienta para a relatividade que essa noção se embasa, uma vez que não existe o centro no qual a Constituição iria ocupar. Por conseguinte, esta, mais do que as funções jurídicas, carrega consigo muito mais funções políticas, desse modo, trazendo consigo também um engajamento ideológico-político por detrás de sua interpretação. Assim sendo, é um fenômeno que almeja uma "colonização do futuro" através das normas jurídicas, o que gera um estado de imprevisibilidade, dado a relativização que a interpretação do texto constitucional poder adquirir.

A adoção dessa postura traz um acômodo em relação ao papel crítico doutrinário, que não enxerga no novo, algo do passado. Assim, o ativismo judicial fica sendo analisado pela doutrina, em maior parte, como uma manifestação positiva do poder judiciário, pois o que se quer com ele é a plena eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, exalta-se os ativismos considerados benéficos e se esquece daqueles que são apenas valorações próprias dos intérpretes ao caso fático, como os proferidos a favor da prisão a partir da condenação em segunda instância. Diante disso, é sempre necessário se ter uma visão crítica, não considerando algo que se diz novo como 'avanço'. Nem sempre o que é novo é inovador, as vezes pode ser apenas uma releitura do passado que está passando despercebida.

Torna-se necessário então uma visão que privilegie uma abordagem mais crítica sobre os fenômenos no transcorrer do tempo, tem-se então a perspectiva sisífica. De acordo com Costa Filho (2018), ela é totalmente oposta a etiológica, pois apreende a história de maneira casuística tendo a linguagem um papel fundamental na definição da realidade, assim, por esse entendimento, tudo seria fruto de circunstâncias e variáveis infinitas, já que ninguém sabe para onde estamos indo, não haveria evolução, nesse sentido, cada tempo histórico se construiria a cada momento.

Atualmente estamos vivendo um período de romantização do direito (SALDANHA, 2001), comum em momentos de crise da razão, na qual se questiona a utilização da formalidade e da racionalidade como solução única para os problemas (COSTA FILHO, 2018). Nesse cenário, a subjetividade e os valores retornam com força dentro da interpretação jurídica, o que faz o neoconstitucionalismo ter uma enorme aceitação perante os operadores da seara jurídica. Todavia, importante salientar que, em relação à separação dos poderes clássica tem um impacto enorme, não podendo, assim, colocar a teoria do século XVII como ainda atual.

O anacronismo se caracteriza pela utilização de algo em um tempo diferente daquele em que ele pertence, só que de modo totalmente estranho ao seu verdadeiro contexto (BARROS, 2017). O anacronismo, dentro do direito, ocorre quando se coloca uma propositura de um autor do passado para o tempo dele só que de maneira atual, ou seja, desconsiderando a diferença de contexto entre o tempo do autor e o tempo do jurista que faz a análise. Ademias, o anacronismo está intrinsecamente ligado ao entendimento evolucionista do fenômeno jurídico.

É justamente uma visão anacrônica do fenômeno jurídico que implica em uma postura acrítica da relação entre teoria da separação dos poderes montesquiana e a nossa atual conjectura de separação. É preciso adotar-se uma postura no sentido de entender as diferenças entre o que

se tinha no século XII, em especial na Inglaterra, e o que se tem hoje no Brasil. Comumente, em decorrência disso, até mesmos as críticas que se fazem em relação a teoria de Montesquieu acabam se tornando anacrônicas, pois não consideram a historicidade da teoria. Ao invés de questionar a necessidade de uma nova propositura de separação, o que se vê são dois extremos. De um lado há aqueles que dizem que a teoria é ultrapassada, logo, ela não serviria mais para o nosso tempo, e, de outro, há aqueles que a tratam como uma panaceia, isto é, uma proposição no sentido de se exaltá-la.

Cabe entender, portanto, a mudança de paradigma que se teve do século XVII para o XXI, na qual houve uma brusca alteração em relação a atividade do poder judiciário, este sendo chamado para assumir responsabilidades que antes não tinha. Tomando a noção de paradigma como um padrão dominante no saber jurídico em determinado tempo (KUHN, 1998), chega-se a um sentido histórico da teoria do direito, na qual a suas categorias são explicadas através de determinados fatores em determinados contextos históricos e culturais.

Além do mais, a sociedade mudou muito daquele tempo para hoje, não se tem mais o ideal de legalismo exegético, o legislativo agora tem de lidar com questões que envolvem uma enorme carga valorativa social, o que torna a sua resposta a essas demandas lenta. Tendo isso em mente, a necessidade de uma visão filosófica do fenômeno jurídico é patente.

Diferentemente da visão dogmática, que privilegia um viés normativista do direito, na qual o direito está para a norma, portanto, se tornando reducionista pois não vê dentro da significação da lei as várias nuances que interferem na produção da norma, a visão filosófica vê a norma para o direito. Assim sendo, ela privilegia as várias interferências de fatores fora do campo forense na própria produção do direito, conseqüentemente, é uma visão que pensa sem reducionismos, a não ser aqueles que provêm da própria configuração temática proposta (SALDANHA, 2005).

A partir disso, pode-se chegar, por exemplo, na discussão sobre quais fatores colocariam o esquema clássico de separação de poderes em um plano de obsolescência. Por sua vez, Adeodato (2010), elenca três fatores conexos entre si. São eles, a progressiva diferenciação entre texto e norma, na qual cada vez mais se tem um distanciamento entre a lei que seria aplicada ao caso concreto e decisão; a crescente procedimentalização formal de decisões, em que a legitimidade das decisões está cada vez mais longe da lei, de modo que se estaria quase que diante de um jusnaturalismo; e, por fim, o aumento de poder do judiciário, que representaria justamente a realizações de funções dos outros poderes por ele, bem como uma interferência em suas atividades.

A teoria clássica da separação dos poderes, quando tratada pela dogmática jurídica, é vista muitas vezes com um dogma, sendo assim, devido aos novos contornos a qual se insere a prática jurídica, seria impossível mencionar ela atualmente. Estar-se-ia, dessa maneira, necessitando de um novo esquema que realmente pudesse ser utilizado perante o cenário de Neoconstitucionalismo e ativismo judicial. Entretanto, seria dessa maneira caso fosse tratada como um dogma, pois, não sendo, isto é, sendo tratada como um princípio, o que existiria é uma necessidade de releitura.

As nossas atuais constituições foram elaboradas a partir do pensamento de autores de séculos atrás, XVII e XVIII mais especificamente, o que significa que estruturas estatais anteriores à contemporaneidade ainda permanecem, mesmo com inúmeras reformas, crises e revoluções. Todavia, dada a exigência por uma efetividade maior em relação a direitos sociais, o esquema clássico da separação se mostra ineficiente. Isso não significa que se deva abandoná-lo, apenas que ele passa por uma crise, isto é, um mal-estar na qual se tem ou um retrocesso em relação a ele (algo não desejado) ou uma releitura dele, no sentido de repensar não o esquema em si, mas a sua capacidade para atender as novas demandas sociais.



O que nos leva a crer que formula clássica ainda permanece, só que agora não mais como dogma, e sim como princípio, e como tal, a sua interpretação vai depender do governo e contexto que se está inserido (SALDANHA, 1987). O esquema da separação dos poderes pensado por Montesquieu para o seu tempo, funcionou muito bem para garantir a liberdade política para a burguesia

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de separação dos poderes de Montesquieu trazia consigo, como toda propositura política, algo do seu tempo, isto posto, era pensada à vista de uma Inglaterra que necessitava de uma liberdade política plena para uma burguesia emergente. No tocante ao poder judiciário, foi pensando para ele um modelo que se aproximada do modelo legalista em sua maior expressão, a qual o juiz era apenas a 'boca da lei', como defendido pela Escola Exegética francesa.

A pretensão moderna em relação ao direito proporcionou um contexto na qual o esquema de separação dos poderes montesquiano pode perdurar plenamente sem ser questionado por um bom período. Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, um paradigma destoante do posto começava-se a se querer instalar. Com ele, o Neoconstitucionalismo veio como uma solução para as exigências contemporâneas, e nisso a atividade judiciária adquiria contornos bem diferentes dos que tinha antes, exemplo disso o ativismo judicial.

Através da pesquisa o que ficou contestado foi que a doutrina jurídica brasileira, em sua maior parte, através de uma visão progressista e anacrônica do fenômeno jurídico toma uma postura de acriticidade diante de fenômenos como neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, o que favorece uma falta de problematização entre os contextos a qual a fórmula clássica foi formulada e o atual.

Cada autor pertence ao seu tempo e isso deve sempre ser levado em consideração, além do mais, não é possível comprovar o 'progresso' do fenômeno jurídico. Assim sendo, tendo em vista que estamos em um tempo totalmente diferente, com diferentes demandas e diferentes cenários, não se trata de jogar pedras em Montesquieu, e sim de identificar e explanar as diferenças contextuais, o que necessita de uma dogmática que não reproduza modelos sem um senso crítico teórico, além de deixar de lado o seu viés anacrônico-teórico.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS, José D'Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre o anacronismo. **LER HISTÓRIA**, v. 71, p. 42-64, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código Civil versus Constituição. In: SILVA, Artur Stamford da. (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. O direito entre a história e a razão: uma perspectiva sisífica. **Revista de Direito Privado**, v. 85, p. 15-26, 2018.

KRITSCH, Raquel. Elementos da política e da teoria do Estado em De o espírito das leis de Montesquieu. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, nº. 117, p. 23-31, fev., 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, Recife: Universidade de Pernambuco, n. 13, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALDANHA, Nelson. Sobre o “direito civil constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 36, p. 87-92, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Joaçaba**, v.17 n. 3, p. 721-732, 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37-57, 2012.

# O DESENHO CONSTITUCIONAL COMO “VELHA POLÍTICA”: O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO MOSTRA A SUA FORÇA

João Paulo Ocke de Freitas

Mestre em Ciências Sociais (UFRN). Doutorando em Ciência Política (UFPE).

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Um eventual “presidencialismo clânico-totêmico” que confrontasse o presidencialismo de coalizão instituído seria capaz de garantir uma boa governança? O presidencialismo de coalizão poderia ser menosprezado ou ser suprimido por mero voluntarismo do chefe do Executivo? Confundir o presidencialismo de coalizão com uma “velha política” essencialmente corrupta não implica reforçar um *ethos* anti-institucionalista que menospreza a própria Constituição?

Um dos aspectos mais discutidos sobre o desenho institucional do presidencialismo de coalizão diz respeito à sua propensão a favorecer práticas patrimonialistas ou, pelo menos, à tendência que a mecânica peculiar de funcionamento do presidencialismo de coalizão apresentaria de “naturalizar” o patrimonialismo como estratégia aceitável de ação política. Dessa forma, o aspecto mais comumente combatido do presidencialismo de coalizão diz respeito a uma alegada “corrupção congênita” desse desenho constitucional. Não resta dúvida de que o patrimonialismo já não detém a exata configuração apontada por Raymundo Faoro (1987, 1993): a captura do Estado por grandes corporações econômicas de alcance global é um dos aspectos que alimentam as práticas patrimonialistas que, por isso, contemporaneamente, assumem marcas distintas daquelas identificadas com o modelo agrário-patriarcal-ibérico.

Nesse sentido, a relação contemporânea entre as esferas pública e privada não adquire uma dimensão diferente apenas no que tange ao tamanho dos agentes públicos e privados que entram em relação patrimonialista. Ocorre também uma alteração de métodos de apropriação do Estado pelo mercado, num movimento orgânico, em que não se verifica uma dicotomização maniqueísta de Estado e mercado, mas um consórcio em que o mercado também pode ser instrumentalizado para favorecer grupos políticos específicos.

Este trabalho examina os critérios definidores do presidencialismo de coalizão, com o fim de avaliar as tentativas de subverter ou suprimir aquilo que pode ser chamado de “sua gramática peculiar”. Ou seja: as tentativas de suprimir o presidencialismo de coalizão só podem ser bem identificadas se estiverem bem esclarecidos os seus elementos particulares. Afinal, o presidencialismo de coalizão possui uma lógica estabelecida, que, ao ser ignorada, pode levar a períodos de crise que, por sua vez, podem provocar graves efeitos institucionais.

A motivação deste trabalho decorre da percepção de que os fundamentos do presidencialismo de coalizão tendem a se impor na esfera da luta política, exatamente por força de estarem assentados na Constituição da República. Cabe reconhecer que o presidencialismo de coalizão não é um “mal institucional em si mesmo”, na medida em que, inclusive, vem exercendo impacto sobre o desenvolvimento socioeconômico do país, no sentido de que as conquistas

---

<sup>1</sup> Este trabalho incorpora análise desenvolvida pelo autor na Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, cujo título é “O presidencialismo de coalizão diante do patrimonialismo e do contrato social da redemocratização”, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em 2018, sob orientação do Prof. Dr. José Antonio Spinelli. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

alcançadas pelo contrato social da redemocratização (definido com base nas inovações de proteção social introduzidas pela Constituição de 1988) dependeram da forma como se estrutura e se organiza o próprio presidencialismo de coalizão. Então, à luz dos conceitos de “instituições inclusivas” e “extrativistas”, desenvolvidos por Acemoglu e Robinson (2012), este trabalho discute as implicações das tentativas de confrontar a formação de coalizões sob o presidencialismo e dimensiona o potencial de tais tentativas para deteriorar o ambiente democrático e para dificultar a governabilidade.

## **A GRAMÁTICA DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO**

No cenário de uma democracia consociativa, de acordo com o modelo desenvolvido por Arend Lijphart (2008), a chamada “lógica do presidencialismo de coalizão” implica considerar que há competição entre os partidos para maximizar o controle de cargos, como forma de os políticos obterem os recursos necessários para conquistar votos, implementar os seus próprios projetos políticos ou os programas partidários. Implica também levar em conta o poder de agenda do presidente, que condiciona o seu movimento para consolidar o apoio da coalizão que lhe dá sustentação ou buscar mais acordos com a oposição. Então, o chefe do Executivo precisa cooptar partidos, com base em negociação e em critérios de recrutamento que proporcionem uma disciplina legislativa mínima no parlamento.

De um lado, pode-se asseverar que o presidencialismo de coalizão não é ineficaz em si mesmo, isto é, não cria obstáculos intransponíveis para a governabilidade e a estabilidade. De outro lado, as lideranças políticas podem encontrar mais (ou menos) dificuldade para garantir a governabilidade, a depender das habilidades dessas lideranças para gerir a coalizão de acordo com a sua mecânica específica ou, de outra maneira, instrumentalizar essa mecânica para aperfeiçoar o próprio sistema político e econômico. O compartilhamento de poder entre o Executivo e o Legislativo passa, portanto, pela distribuição de cargos e ministérios, mas isso não leva, necessariamente, às práticas patrimonialistas; na verdade, pode constituir a melhor estratégia para a execução de políticas públicas relevantes.

Fukuyama (2013) afirma que a boa governança até pode incorporar práticas patrimonialistas para ser mais eficiente que um Estado meritocrático. Todavia, esse ponto de vista não elimina a presunção de que o Estado de direito democrático reúne elementos mais bem definidos para o desenrolar estável do processo decisório, com maior propensão para assegurar a previsibilidade da formulação e da implementação de políticas públicas, bem como para permitir mecanismos mais eficientes de controle e responsabilização dos agentes políticos.

A governabilidade, portanto, está intimamente relacionada ao desafio do aprimoramento contínuo do contrato social da redemocratização, que deve ser entendido de acordo com a perspectiva esboçada pelo economista Samuel Pessôa (2011), segundo quem tal contrato estimulou a política de valorização do salário mínimo, contribuindo efetivamente para a elevação do bem-estar material da população e para a redução das desigualdades sociais. Tais efeitos, por óbvio, melhoraram a qualidade do tecido social e afetaram positivamente o funcionamento da democracia. Mas há desafios importantes para o aprimoramento do contrato social da redemocratização, que remetem às manifestações de junho de 2013 e às suas reivindicações difusas, que incluíam, no seu início, a melhoria dos serviços públicos urbanos, notadamente o de transporte.

Quanto à relação entre a governabilidade e um eventual “hiperpresidencialismo” brasileiro, deve-se esclarecer que não há “abuso de poder” por parte do presidente. Andrea Freitas (2016) e Marcus Melo (2017) reconhecem que o Executivo exerce um relativo papel

centrífugo no sistema político, mas, sendo competitivo o ambiente político, a delegação de poderes ao Executivo pode ser controlada de forma bastante efetiva e as tentativas de abuso de poder podem ser eficazmente coibidas. Isso porque são eficazes os poderes também delegados a instituições autônomas e de *checks and balances*. Por isso, não está correto avaliar que, no Brasil, o presidente consegue manejar unilateralmente a coalizão que o apoia.

Além disso, segundo Andrea Freitas (2016), a formação de coalizões implica a existência de governos de maiorias coordenadas, que, por si mesmos, não inibem o exercício do contraditório e da competição política nos termos do regime democrático. Daí que o presidencialismo de coalizão no Brasil não é um arranjo autoritário, mas realiza um projeto político posto na própria Constituição de 1988 de incluir mais atores políticos no processo decisório. Então, não é possível afirmar que o presidencialismo de coalizão degrada esse projeto ou que, fatalmente, institucionaliza as práticas patrimonialistas na arena política.

Noutra perspectiva, para Fabiano Santos (1997), há duas estratégias básicas e necessariamente complementares para formar e manter uma coalizão de apoio ao Executivo: a utilização da patronagem e o poder de agenda. Tais estratégias derivam da pressuposição de que os legisladores possuem preferências e capacidade para definir encaminhamentos específicos relativos à agenda pública, tendo-se em vista que os políticos e os partidos almejam ampliar o seu patrimônio de votos para melhor poder influenciar o processo legislativo e definir a própria agenda pública.

Num cenário como o brasileiro, multipartidário e em que há relativa indisciplina dos políticos em relação à orientação partidária, pressupõe-se também uma distorção entre o peso parlamentar de um partido e o seu efetivo poder de barganha. Observe-se que, no sistema político brasileiro, o poder eleitoral de um partido não é necessariamente proporcional à sua influência no Legislativo, mas nos sistemas multipartidários são fundamentais deter poder parlamentar e ter acesso aos cargos no Executivo, que, afinal, alocam recursos públicos e regulam as atividades dos agentes econômicos e sociais.

Uma coalizão por similitude ideológica ou por afinidade programática não tem boa probabilidade de durar no tempo num cenário de multipartidarismo. De outro lado, uma coalizão vinculada ao controle de cargos perdura enquanto o valor dos cargos ocupados pelos aliados for igual ou superior ao valor dos cargos que poderiam ser ocupados se os aliados integrassem outras possíveis coalizões. Nesse contexto, passa a ser elevado o custo de informação para o presidente, dado que é difícil calcular o quanto a coalizão manifestará apoio formal e sistemático à sua agenda política, por causa dos baixos índices de coesão partidária. Isso pode revelar um equilíbrio instável entre o bloco de partidos aliados e o de partidos de oposição se os membros da coalizão não se sentirem suficientemente recompensados pela patronagem, diante do poder que os partidos de oposição eventualmente conseguirem controlar.

Nessa mecânica de funcionamento do presidencialismo de coalizão, o fator tempo não pode ser desconsiderado, na medida em que a manutenção da coalizão se torna mais instável com a aproximação do fim do mandato presidencial e ainda: à medida que o mandato do parlamentar se aproxima do fim, a patronagem atual pode perder valor para a patronagem potencial, decorrente de coalizações eleitorais alternativas – nesse sentido, todos os partidos acabam por redefinir os seus cálculos de cooperação ou conflito diante do Poder Executivo.

Qualquer que seja a situação, com maior ou menor poder de agenda do presidente, a base da coalizão presidencial é a distribuição de cargos ministeriais, sendo variável a natureza dos partidos beneficiados. Quanto menor o poder de agenda do presidente, maiores serão os movimentos para a busca de acordos com a oposição formal; de outro lado, quanto maior for o

poder de agenda do governo mais consistente será a iniciativa do presidente para buscar entendimentos com os partidos que manifestam maior afinidade programática com a agenda do Executivo.

Como, no Brasil, nessa perspectiva de Fabiano Santos (1997), a agenda política é mais imposta que compartilhada, a governabilidade é conquistada pelo apoio estável de uma maioria parlamentar à agenda do Executivo, sustentado, então, por votos disciplinados, expressos, por sua vez, pela proporção favorável de votos dos membros do partido que seguem o voto do líder afinado com o Executivo. Daí contorna-se a viscosidade do Legislativo, que se instala quando os parlamentares tentam resistir às tentativas do Executivo de lhes impor uma agenda.

Wanderley Guilherme dos Santos (2015) adverte que tal viscosidade não é um produto necessário de um multipartidarismo que só produza resultados negativos. Até porque os chamados partidos “nanicos” não desempenham os mesmos papéis nas esferas federal, estadual e municipal e quase sempre conquistam cadeiras nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais; atuam em esferas onde os grandes partidos estão ausentes ou têm presença reduzida; tendem a organizar o conflito distributivo em regiões onde o Estado está ausente; exercem papel na formação de novas lideranças políticas; e contribuem para o incremento da competição eleitoral, essencial numa democracia de massas.

Mesmo assim, continua Wanderley Guilherme dos Santos, nesse contexto multipartidário, a dinâmica específica do presidencialismo de coalizão implica a constante necessidade de realizar negociações internas entre os partidos que integram a coalizão, entre o governo e o parlamento, até que haja condições para apresentação de propostas legislativas no Parlamento, onde novas negociações são realizadas, inclusive com partidos da oposição. Inerente às democracias é o fato de que as maiorias costumam ser constituídas pela soma de submaiorias com sinais remanescentes de insatisfação, sendo que, geralmente, as propostas aprovadas não correspondem ao plano original das submaiorias.

O cientista político Amorim Neto (2000) também definiu alguns importantes critérios gerais para a caracterização do presidencialismo de coalizão. Saliente-se que a nomeação de políticos para cargos na burocracia é um dos instrumentos mais visíveis, debatidos e controversos referentes à formação da coalizão e à governança que se projeta para além do momento da formação da coalizão. As práticas patrimonialistas são comumente denunciadas ou debatidas quando são evidenciadas as negociações de bastidores para a definição do corpo de ministros e outros cargos de alto escalão que expressa a fisionomia do governo e anuncia o modelo de governança que poderá ser adotado.

Nesse sentido, segundo Amorim Neto (2000), não basta saber o número de partidos que compõem um ministério presidencial para caracterizar uma coalizão; é preciso considerar as estratégias de cooptação e de negociação utilizadas na relação entre o presidente, os partidos políticos e outros atores sociais, além de ser necessário identificar os critérios de recrutamento dos ministros. Assim, para desvendar a natureza de uma coalizão, há que se considerar os partidos que compõem o ministério, o controle sobre os parlamentares e o modo como os partidos estão representados no ministério. Não se podem descartar os efeitos decorrentes da possibilidade de o presidente compor um ministério multipartidário que não reflita o peso proporcional dos partidos no parlamento, mas a condição de existência da coalizão é dada pela alta correspondência entre a proporção das legendas no ministério e os pesos dos partidos no Congresso.

Dessa forma, um ministério de coalizão é o que inclui ao menos dois partidos e garante alto grau de proporcionalidade entre a cota ministerial dos partidos e o seu peso parlamentar, ou ainda: é o que se baseia em um acordo entre o presidente e mais de um partido para a nomeação de ministros. A coalescência, por sua vez, comporta-se como uma variável contínua, de tal forma

que, quanto maior a proporcionalidade entre as cotas ministeriais dos partidos e os seus respectivos pesos parlamentares, mais coalescente será o ministério. Complementarmente, a disciplina legislativa reflete o grau de unidade da condução dos partidos nas votações nominais. Ou seja, de acordo com Amorim Neto (2006), quanto mais alta a taxa de coalescência do ministério, mais disciplinado será o apoio legislativo obtido pelo presidente; a quota de ministros afeta a durabilidade dos ministérios e a taxa de coalescência afeta a estabilidade ministerial; e, de outro lado, os poderes legislativos do presidente afetam sobremaneira a forma como os ministros são escolhidos e como os ministérios são distribuídos aos partidos.

Sob o presidencialismo, a montagem do ministério revela como o presidente pretende governar diante das forças políticas atuantes num dado contexto, quais interesses ele pretende prestigiar e desprezar, e quais são as bases da estabilidade da relação dos Poderes Executivo e Legislativo com os partidos políticos. Além disso, haveria a necessidade de formação de alianças interpartidárias para o exercício do governo, condicionada pela “cadeia delegativa” típica de sistemas presidencialistas: os eleitores designam como agentes o presidente, os deputados e os senadores; o presidente delega poderes aos ministros e à burocracia; e o Congresso delega poderes ao presidente, à burocracia, aos partidos e às comissões, num complexo sistema de delegações cruzadas que promovem altos custos de transação (AMORIM NETO; TAFNER, 2002; AMORIM NETO, 1994).

Segundo Amorim Neto (1994), a relação entre o presidente e os ministros é fortemente hierarquizada e o presidente tem que delegar autoridade aos ministros para resolver três problemas básicos de coordenação enfrentados pelo Executivo: execução de políticas públicas, integração da burocracia governamental e obtenção de apoio político de atores individuais e coletivos, como parlamentares e partidos políticos. Daí a necessidade de mobilizar o modelo mandante-agente.

O modelo mandante-agente (*principal-agent model*) permite esclarecer, segundo Amorim Neto (1994), questões de controle hierárquico em contextos em que se verificam assimetria de informações e conflito de interesses. O mandante não tem garantias de que o agente por ele indicado agirá de acordo com o esperado ou com o combinado. O agente pode usar o seu posto para implementar os seus próprios projetos pessoais em detrimento dos objetivos do mandante. É a isso que se dá o nome de “assimetria de informações”. Daí que o mandante constrói uma rede de interações para tentar se proteger de ações dos agentes que provoquem resultados inesperados e indesejados – vale dizer, para tentar reduzir as “perdas por agenciamento”, evitar maiores “custos de transação” e impedir a abdicação (quando o mandante não exerce autoridade sobre as ações do agente).

Amorim Neto (1994, 2006) reconhece que o mandante pode fornecer incentivos para que o agente atue da forma esperada, possibilitando a troca de benefícios (influência, prestígio, recursos de patronagem) por apoio político. Então, a seleção de ministros pode ser efetivada com base em dois critérios: os de natureza partidária e os de natureza não-partidária, sendo que os ministros nomeados pelo critério não-partidário podem ser ligados ao presidente por laços pessoais de lealdade ou ter perfil técnico ou representar grupos de interesse. A relação aí é do tipo “cobertor curto”: membros de partidos que ocupam ministérios podem ter agendas e interesses incompatíveis com os projetos do presidente; tais ministros podem levar a um enfraquecimento do controle exercido pelo presidente sobre a burocracia do Executivo. Contudo, se o presidente nomear apenas pessoas a ele ligadas por relações de lealdade pessoal, pode perder o capital político necessário para lidar com o Legislativo e os partidos políticos.

Dessa forma, um ministério de coalizão resulta da combinação entre o critério partidário de seleção de ministros e a presença de mais de um partido político. Daí que o estreitamento da

relação entre o presidente e os partidos que compõem o ministério implica alguma perda de autonomia do presidente; contudo, a formação do ministério é o instrumento para a consolidação de acordos entre os partidos e o presidente, de tal forma que os partidos presentes no ministério formam a base de sustentação legislativa do presidente.

Amorim Neto (1994) concorda com a tese do consociativismo da democracia brasileira e de que isso implica a dispersão do poder institucional entre os seus atores relevantes. Nesse caso, a formação dos ministérios é incentivada pela alta fragmentação da legislatura, pela indisciplina partidária e por uma presidência dotada de fortes poderes legislativos que não deixa de ter que exercer algum confronto com o poder de veto do Legislativo. Disso decorre a necessidade de o presidente realizar acomodações entre os partidos políticos para conseguir aprovar as suas propostas legislativas e as negociações inerentes a tais acomodações envolvem tratar os ministérios como moeda de troca.

Diferentemente de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001), Amorim Neto (1994) identifica uma indisciplina partidária no Legislativo, o que aumenta o chamado “efeito-incerteza” (*information effect*), porque não garante qualquer compatibilidade direta e imediata entre a ocupação de postos ministeriais e o apoio às propostas legislativas enviadas pelo Executivo no Parlamento. Portanto, a formação de coalizões é uma tentativa de resposta do presidente ao efeito-incerteza e, segundo Amorim Neto, esse fator gera uma tensão entre a necessidade de o presidente maximizar apoio político e o esforço para minimizar concessões com o intuito de preservar as suas prerrogativas.

Ademais, não seria um despropósito pensar na hipótese de o presidencialismo brasileiro constituir um desenho institucional que fortaleceria os mecanismos de *checks and balances* ou como uma interação do Executivo com o Legislativo, numa dinâmica em que o Legislativo exerceria controle sobre o Executivo exatamente por meio da formação de coalizões ou por meio de uma compatibilização de incentivos políticos entre os membros das maiorias parlamentares e o presidente (AMORIM NETO; TAFNER, 2002).

Não muito distante da perspectiva de Amorim Neto, para Mariana Batista (2013, 2016), uma coalizão não se estabiliza facilmente, mesmo porque o presidente precisa avaliar os custos de transação decorrentes da escolha entre uma maior centralização ou uma maior delegação da formulação de políticas para a burocracia. A opção pela centralização está associada aos casos em que as informações provenientes de uma ampla burocracia não são confiáveis e são obtidas com custo elevado; em que a burocracia é confiável e os custos da obtenção da informação diminuem; em que há urgência na implementação de propostas; em que a proposta trata de tema completamente novo; e em que a burocracia é pouco especializada. A delegação tende a ocorrer diante da complexidade da política a ser adotada e da necessidade de conhecimento especializado, e quando a maioria do parlamento é ideologicamente próxima do presidente.

Nessa seara, Mariana Batista (2016) chama a atenção para a importância de também considerar as diferenças entre os ministérios e as diferentes preferências que os partidos apresentam por esses diferentes ministérios, de acordo com as expectativas dos seus respectivos eleitorados e com base na atuação mais destacada do próprio partido. É uma observação relevante para que não se pense que basta uma proporção matemática ou aritmeticamente definida entre a presença dos partidos no ministério e o número de cadeiras por estes ocupadas no parlamento para que se alcance um equilíbrio perfeito numa coalizão de governo.

Considerando o modelo de governança desenvolvido por Michael Laver e Kenneth Shepsle no campo de análise sobre o parlamentarismo europeu, Mariana Batista (2016) destaca o argumento de que o partido que ocupa um dado ministério tem efetivo poder de agenda e controle sobre as decisões relacionadas à execução e implementação de políticas. Os partidos



conformam expectativas que fundamentam a formação da coalizão e tais expectativas contribuem para o entendimento do que pode ser considerada uma “economia política dos governos de coalizão”: cada ministro controla parcela do orçamento de tal forma que tende a deslocar benefícios para o seu eleitorado específico.

Essa tendência pode gerar problemas orçamentários graves quando se examina o conjunto e o tamanho do ministério diante da necessidade de manter em equilíbrio as contas do governo. É possível observar, contudo, que a autonomia ministerial é relativa e limitada pelas decisões tomadas em conjunto por todo o ministério, seguindo a lógica de que todos os partidos da coalizão de alguma forma se tornam responsáveis pela atuação de cada ministro tomado individualmente – portanto, é o controle interno mútuo, definido já no momento de formação da coalizão, que tende a gerar equilíbrio. Isso pode ser complementado por regras e procedimentos externos que controlem os parceiros da coalizão e inibam a expansão dos gastos públicos para níveis que não possam ser sustentados. Ainda segundo Mariana Batista (2016), cabe distinguir, no presidencialismo de coalizão, as arenas decisórias formais e informais do Poder Executivo que garantem a implementação do poder de agenda do presidente, ou seja, cabe identificar a distribuição formal do ministério e também a capacidade de influência e de decisão dos apoiadores e da assistência direta do presidente.

Como se vê, as análises sobre o presidencialismo não prescindem da discussão sobre disciplina e coesão partidária. Não é fácil distinguir um caso do outro, mas é possível considerar que a coesão partidária depende da distribuição das preferências, isto é, de acordo com Figueiredo e Limongi (2001), quanto mais homogêneas as preferências dos parlamentares de um dado partido, maior é a coesão; e a disciplina partidária depende da alteração do comportamento diante de ameaça ou aplicação de sanção.

Formar uma coalizão e administrá-la são tarefas com pesos bem diferentes, porém o desenho dos acordos de coalizão influi na efetividade do governo e quanto mais proporcional a relação entre as cotas ministeriais e o peso parlamentar dos partidos, mais disciplinados tenderão a ser os parlamentares, no sentido de corresponder às expectativas do Executivo. Portanto, atender ao critério da proporcionalidade permite equilibrar as soluções para os problemas de negociação que surgem durante a vigência da coalizão. Geralmente, os presidentes que têm forte apoio partidário tendem a executar políticas seguindo os trâmites legislativos normais. Quanto aos presidentes com baixo apoio parlamentar, a tendência é a de instrumentalizar os ministérios para recompensar aliados ou recrutar especialistas. Os presidentes que têm poder de decreto prescindem de níveis elevados de coalescência no ministério.

Dessa forma, considerando o período do governo de Fernando Henrique Cardoso, Amorim Neto (2003) analisou quatro aspectos da democracia brasileira: o critério de recrutamento ministerial, a escolha de instrumentos legiferantes pelo Executivo, a formação da agenda legislativa do Congresso, e a estabilidade governamental:

1. Quanto à questão do recrutamento ministerial, não é possível encontrar soluções institucionais aceitáveis se não se desvenda a natureza dos arranjos multipartidários do presidencialismo brasileiro. No Brasil, é possível ocorrer a formação de coalizões sólidas ou frouxas ou ainda não haver coalizão alguma. Fato é que a coalizão implica a presença de ministros partidários no governo, tanto assim que o critério partidário de seleção de ministros condiciona um apoio legislativo mais sólido ao presidente.

2. Quanto aos instrumentos legiferantes do Executivo, é válida a tese de que a solidez da coalizão condiciona a prevalência dos instrumentos ordinários de legislação sobre os

extraordinários. Isso decorre da possibilidade de o Executivo obter maior cooperação por parte do Legislativo.

3. Quanto à formação da agenda legislativa do Congresso, constata-se que a solidez de uma coalizão implica que as matérias consensuais é que serão votadas em plenário. É importante negociar demoradamente com os aliados para que estes se sintam integrados ao governo ao participarem da elaboração da agenda legislativa do Executivo. O tamanho da representação do partido no governo leva a uma maior participação nas negociações relativas à agenda legislativa do Executivo.

4. Quanto à estabilidade governamental, vale notar que o grau de rotatividade dos ministros indica a consistência e a eficiência com que os programas de governo são executados. Sendo majoritário e estável um governo de coalizão, o bloqueio de propostas provenientes do Executivo tende a ocorrer mais por dissensões internas à coalizão do que por obstruções promovidas pela oposição.

Portanto, de acordo com Amorim Neto (2003), a formação de coalizão é a melhor saída para a combinação entre representação proporcional e presidencialismo. O maior dilema com que os partidos têm que lidar diz respeito ao fato de serem levados a cooperar na esfera governamental e, ao mesmo tempo, competir na esfera eleitoral. Sendo fracos os partidos diante do eleitorado, tanto mais agudo se torna esse dilema. É uma situação relevante na medida em que a competição eleitoral tende a se tornar mais agressiva exatamente porque os partidos não apresentam ao eleitorado uma identidade programática evidente ou marcante. Assim, quanto mais forte a identidade programática dos partidos, mais eficaz e estável tende a ser a coalizão governamental e menos personalista e turbulenta tende a ser a competição eleitoral.

Nesse contexto, avaliar a relação entre formação de maiorias e poder de barganha implica identificar o nexos entre o poder de agenda do Executivo e o comportamento parlamentar, sem perder de vista, inclusive, o papel das lideranças partidárias. Então, admite-se que os parlamentares delegam poderes para essas lideranças e reduzem o poder das comissões legislativas de controle sobre a agenda legislativa. É o que propõe Fabiano Santos (2002).

O Executivo exerce elevado poder de barganha sobre os parlamentares, num cenário institucional com poucas fontes alternativas para obtenção dos benefícios que os parlamentares desejam distribuir para os seus redutos eleitorais. Além disso, como o partido político funciona no Congresso como uma entidade coletiva, os parlamentares investem no valor da legenda partidária como meio para barganhar mais vantajosamente com o Executivo. Essa ação coletiva, com base numa entidade coletiva, bem como posições políticas homogêneas tendem a conferir maior poder de negociação aos parlamentares. Daí decorre a postura de os parlamentares delegarem muitos poderes aos líderes partidários, o que favorece a disciplina partidária. De outro lado, o presidente precisa contar com um ambiente institucional minimamente estável para efetivar políticas públicas de alcance nacional e para garantir o fluxo legislativo no Parlamento.

Tanto assim que o Executivo pode formar coalizões de segurança máxima ou coalizões de segurança mínima, mas, em ambos os casos, ainda deve gerir a atuação do “parlamentar carona”, segundo a tipologia estabelecida por Wanderley Guilherme dos Santos (2015). Uma coalizão de segurança máxima ocorre quando o governo busca o apoio do maior número possível de parlamentares. É o tipo de estratégia que tem um custo muito elevado, por causa dos benefícios antecipados que devem ser distribuídos entre os múltiplos partidos com variados interesses a serem administrados. Considere-se que muitos desses interesses sequer são compatíveis, o que torna a coordenação de demandas dos membros da coalizão uma tarefa extraordinariamente complexa. A “coalizão-baleia” é a que assume uma configuração enorme e heterogênea, que, se coordenada de maneira frouxa, tende a propiciar que cada grupo de apoio, a cada votação,

aumente as suas demandas específicas dirigidas ao governo, o que pode agravar os conflitos no interior da coalizão e fragilizar o próprio governo. Uma coalizão de segurança mínima é aquela em que o governo busca garantir uma maioria simples (50% mais 1). Uma coalizão menor pode ser melhor administrável, ter um grau maior de estabilidade e custos menores para o governo. Nesse caso, o índice de lealdade seria maior porque maior seria o peso da aplicação de medidas coercitivas, incluindo-se aí a redistribuição de benefícios.

Relacionada a essas estratégias possíveis, Wanderley Guilherme dos Santos (2015) indica que há uma dificuldade adicional na coordenação dos partidos que integram uma coalizão de segurança máxima, que é a de prever o comportamento do “parlamentar carona”, o que tende a se ausentar das votações em plenário para não contrariar um seu bem particular (representado especificamente pelos interesses do seu eleitorado) ao apoiar o bem coletivo (representado pela proposta do governo ao qual se aliou). Quanto maior a coalizão, maior a tendência para a existência do “parlamentar carona”, que calcula que a sua ausência da votação não fará diferença diante de uma grande coalizão, considera a sua ausência um bônus e foge do ônus de apoiar a proposta do governo. O comportamento do “parlamentar carona” deve ser reprimido e punido, especialmente se o governo perder a votação; mesmo que saia vitorioso, o governo deve se importar e o “parlamentar carona” deve ser punido. Para esses casos, não se deve menosprezar a importância da coerção e da ameaça do seu emprego para incentivar aliados desobedientes a cumprirem com os seus compromissos para o bom funcionamento da coalizão. Defecções não punidas estimulam o comportamento do “parlamentar carona”. É fundamental, portanto, que o governo seja cuidadoso com os acordos feitos e com a articulação entre as suas lideranças e os partidos aliados – não basta crer singelamente no caráter meritório das propostas levadas para votação no Legislativo.

Carlos Pereira, Frederico Bertholini e Samuel Pessôa (2016) entendem, ainda assim, que compartilhar poder implica distribuir cargos e ministérios de forma o mais proporcional ao peso relativo de cada partido da base no Congresso e aceitar o menor protagonismo do partido do presidente no ministério. Num governo de coalizão sob presidencialismo multipartidário, o ideal é que o poder seja compartilhado de forma proporcional, de acordo com o peso político de cada parceiro no Legislativo. Quanto mais distante desse ideal estiver a coalizão, menor será a formulação de políticas e maiores serão as chances de derrotas do Executivo no parlamento.

De acordo com esses autores, as divergências entre os parceiros da coalizão afetam o processo de elaboração de uma agenda política capaz de unificá-los, sendo que o custo da coordenação da coalizão tende a ser diretamente proporcional ao número de partidos que a compõem. O desafio, portanto, é criar uma coalizão que expresse um nível geral médio das preferências dos parlamentares, já que a política no Brasil gira em torno de tais preferências e não da ideologia do partido do presidente, isto é, a força do Executivo não garante que os seus projetos e políticas públicas serão aprovados e implementados. Dessa forma, uma má gestão da coalizão por parte do presidente pode gerar crises políticas. Assim, uma crise política tende a ocorrer por causa de uma coalizão formada por parceiros ideologicamente heterogêneos, com grande concentração de poder e má distribuição de poder entre os membros da coalizão. A má gestão da coalizão piora a governabilidade em termos muito mais graves do que a necessidade de construir coalizões mais amplas. A boa gestão da coalizão significa propiciar um ambiente de baixa resistência às propostas do presidente no Legislativo e com baixos custos de governabilidade. Afinal, a alta fragmentação partidária não impede que a coalizão seja bem gerida.

Para gerir a coalizão, segundo Pereira, Bertholini e Pessôa (2016), o presidente pode compartilhar poder de fato e atuar no “atacado” (estratégia de benefícios coletivos) ou no “varejo” (estratégia de benefícios privados). Há evidências de que as duas estratégias não são

complementares, e, sim, substitutas – o uso de uma implica menos uso da outra. Em teoria, o melhor para o Executivo é delegar poderes para aliados ideologicamente mais próximos e utilizar a estratégia do “varejo” para os aliados ideologicamente mais distantes. Dessa forma, quanto mais heterogênea a coalizão e quanto menor o compartilhamento de poder, maior é o custo da governabilidade, principalmente por causa do maior uso do “varejão” como estratégia de negociação.

Avançam esses autores para definir métricas que permitam aferir a gestão do presidencialismo de coalizão: o Índice de Heterogeneidade Ideológica da coalizão, que pode ser obtido por meio de *surveys* com os próprios parlamentares; o Índice de Coalescência do Ministério, que revela a proporcionalidade da cota de ministérios dos partidos pertencentes à coalizão em relação ao número de cadeiras efetivamente ocupadas por cada um dos partidos da aliança; o índice de Custo de Governo (ICG), que considera como variáveis o tamanho do governo (número de ministérios), valor monetário das emendas executadas de autoria dos parlamentares pertencentes aos partidos da coalizão e os gastos dos ministérios destinados aos partidos aliados; e, por fim, o Índice de Necessidade de Coalizão, que pode ser obtido pela multiplicação do tamanho relativo do partido do presidente no parlamento pelo número efetivo de partidos.

Como ressalta Carlos Pereira (2017), a gestão da coalizão governamental importa, isto é, para coordenar os aliados importa maximizar o apoio político com o menor custo possível, ainda mais num sistema político multipartidário em que o presidente não dispõe de maioria no Legislativo. Do contrário, aumentam os riscos de haver paralisia decisória, conflitos entre os Poderes e problemas de ingovernabilidade. A gerência da coalizão, portanto, implica definir quantos e quais partidos integrarão a coalizão, a posição ideológica dos parceiros, a quantidade de poder e de recursos a serem compartilhados, e não prescinde de uma avaliação sobre a compatibilidade entre as preferências dos integrantes da coalizão e do Parlamento. Daí que, de acordo com Carlos Pereira, aumentam os custos da governabilidade na medida em que aumentam o número de partidos na base, a heterogeneidade programática entre esses partidos, a desproporcionalidade na distribuição de recursos, e a diferença entre as preferências da coalizão e do Congresso.

A regra é que, no Brasil, os presidentes têm que montar e gerenciar coalizões majoritárias após as eleições e, nesse contexto, é controversa a tese de que os poderes constitucionais e de agenda do presidente da República são suficientes para montar e gerir eficazmente a coalizão, bem como para a redução dos custos da governabilidade (aprovar leis de iniciativa do Executivo e bloquear as iniciativas da oposição). Afinal, de acordo com Carlos Pereira (2017), as taxas de sucesso legislativo do presidente e o custo de governabilidade variam bastante.

Ocorre que gerir a coalizão tem um custo que pode ser medido, segundo Carlos Pereira (2017), por meio de três variáveis: a quantidade de ministérios, os recursos destinados a cada um dos ministérios, e o montante das emendas orçamentárias dos parlamentares que o presidente executa. Daí se extrai o referido Índice de Custos do Governo (ICG), que permite comparar o nível de recursos destinados aos integrantes da coalizão que sustenta o Executivo e ao próprio partido do presidente. Sem desmerecer outras estratégias capazes de serem manejadas pelo presidente, tais como a concessão de empréstimos subsidiados e o refinanciamento de dívidas. Para Carlos Pereira o ICG é um instrumento de medida adequado para avaliar os custos da governabilidade, que deve ser aplicado de maneira relativa aos diversos governos.

Dessa forma, Frederico Bertholini e Carlos Pereira (2017) confirmaram três hipóteses a respeito da dinâmica de funcionamento do presidencialismo de coalizão: a de que coalizões grandes, com grande número de partidos, exigem mais recursos para serem mantidas ao longo do tempo; a de que coalizões heterogêneas exigem maiores esforços de coordenação e de

gerenciamento e, por isso, são mais custosas; e a de que a desproporcionalidade na distribuição vantajosa de recompensas a algum integrante da coalizão implica a destinação de recursos adicionais para satisfazer os demais membros.

Sob esse aspecto, não há como descartar que o equilíbrio alcançado pelo presidencialismo de coalizão assume sempre uma configuração dinâmica, sendo impactado por fatos externos e internos, que tendem a provocar rearranjos de expectativas, de decisões políticas e de práticas por parte dos integrantes da coalizão. O desenho do presidencialismo de coalizão tende a um equilíbrio ao qual corresponde uma específica matriz de custos, cuja administração está na dependência das decisões e do estilo de gerência adotados pelo chefe do Executivo: “Não existe piloto automático institucional no presidencialismo brasileiro. Isso nos leva inevitavelmente a uma discussão sobre estilos, estratégias e o espaço da decisão presidencial” (BERTHOLINI e PEREIRA, 2017, p. 536). Assim, na dinâmica da formação e da gestão da coalizão, os resultados eleitorais definem uma dada distribuição de poder entre os partidos e suas respectivas preferências ideológicas. Os termos de troca manejados pelo presidente da República são, de um lado, bens políticos e financeiros e, de outro lado, apoio político. A partir daí, finalmente, o presidente encontra a possibilidade de ampliar a sua margem de governabilidade, sem perder de vista que o contexto em que isso deve ocorrer é o de equilíbrio dinâmico.

## **AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E ECONÔMICAS: ENTRE A INCLUSÃO E O EXTRATIVISMO**

Diante de todo esse complexo arranjo institucional, fica claro que o processo decisório não é necessariamente determinado pelos interesses patrimonialistas dos atores políticos, como se não houvesse possibilidade para uma relação não predatória entre as esferas pública e privada. Contudo, é preciso compatibilizar o conceito de patrimonialismo com os efeitos deletérios decorrente de instituições políticas e econômicas extrativistas, tal como concebidas por Daron Acemoglu e James Robinson (2012). Essa perspectiva de análise cria condições para a tessitura de uma fértil relação entre a concepção de “patrimonialismo” de Raymundo Faoro (1987, 1993), por exemplo, e o presidencialismo de coalizão no Brasil.

Segundo Acemoglu e Robinson, é preciso explicar as causas das desigualdades entre as nações rejeitando preliminarmente três hipóteses: a do determinismo geográfico, a da ignorância e a cultural. Examinando detidamente o percurso histórico de nações dos cinco continentes, esses autores consideram dois tipos básicos de instituições em estreita relação: as econômicas e as políticas, que podem assumir uma configuração extrativista ou inclusiva.

As “instituições políticas inclusivas” são as suficientemente centralizadas e pluralistas. Se não houver apenas uma dessas características, haverá, então, “instituições políticas extrativistas”, que, por sua vez, tendem a concentrar poder nas mãos de uma elite, que extorque recursos do restante da sociedade. As instituições políticas inclusivas buscam dificultar a usurpação do poder por parte de um ditador, facção governista ou mesmo por um presidente bem-intencionado; além disso, sacramentam a noção de estado de direito, o princípio da igualdade de todos perante a lei e perante o sistema político. Ademais, visam o fortalecimento e a racionalização dos direitos de propriedade, o aprimoramento constante dos mercados financeiros, o enfraquecimento dos monopólios, o desenvolvimento de uma infraestrutura eficiente e a expansão da indústria.

As “instituições econômicas inclusivas” são as que favorecem a participação da grande massa da população nas atividades econômicas, em que os indivíduos têm oportunidades reais de usar os próprios talentos e habilidades num ambiente de liberdade de escolha. Tais características implicam um contexto em que há segurança para a propriedade privada, uma ordem jurídica imparcial, bom nível de competição econômica e serviços públicos que contribuem para uma boa

qualidade de relações sociais e negociais entre os cidadãos. As instituições econômicas inclusivas tendem a incentivar a atividade econômica e o aumento da produtividade e a criar as condições para novos investimentos, aumento da produtividade, inovações tecnológicas e para a expansão da educação.

As “instituições econômicas extrativistas” têm, basicamente, a finalidade de extrair renda e riqueza de um segmento da sociedade para benefício de outro, tanto quanto as instituições políticas extrativistas tendem a criar mecanismos para concentrar poder nas mãos de uma elite extorsionária.

Segundo Acemoglu e Robinson, mesmo considerando-se que os rumos da história não estão previamente estabelecidos, a configuração das instituições políticas e econômicas, em geral, surge com base em importantes conflitos entre elites que resistem a mudanças contra outros segmentos sociais que pretendem mudar um dado modelo vigente de práticas políticas e econômicas. Dessa forma, a convivência de instituições políticas inclusivas com instituições econômicas extrativistas gera graves instabilidades que dificultam um desenvolvimento social que seja sustentado. Por decorrência lógica, também é gravemente instável a situação inversa, em que ocorre a convivência de instituições políticas extrativistas com instituições econômicas inclusivas. Por isso, inclusive, a inteligibilidade da esfera política implica o exame do processo decisório, do comportamento dos agentes políticos e das razões pelas quais as decisões políticas são formuladas. A análise econômica não pode ignorar a esfera política porque é a resolução de problemas políticos básicos que interfere radicalmente nos índices de desenvolvimento socioeconômico.

De que forma, então, o resultado das reflexões elaboradas por Acemoglu e Robinson concerne à dinâmica do presidencialismo de coalizão no Brasil e se articula à discussão sobre o patrimonialismo? Uma possibilidade de resposta encontra-se num recente trabalho de Marcos Lisboa e Zeina Latif (2013), em que são estabelecidas relações entre o desenvolvimento econômico e a democracia e com base no qual é possível estender os conceitos de instituições políticas e econômicas inclusivas e extrativistas.

Desde já, é possível estabelecer uma conexão entre o extrativismo das instituições e as práticas patrimonialistas, conformada por alguns elementos decisivos: baixo grau de segurança jurídica e de competição econômica por força de altas doses de intervenção estatal na economia, baixa qualidade dos serviços públicos e reduzida eficiência do setor de infraestrutura, baixo índice de produtividade e de inovação tecnológica, fraca base educacional, e tendência de privilegiar segmentos sociais específicos em detrimento de outros. Tais características favorecem fortemente a diluição das normas que eventualmente buscam preservar a especificidade da esfera pública e da esfera privada, de tal forma que uma elite predatória (ou “extorsionária”) tende a se utilizar do acesso aos recursos públicos para favorecer interesses privados próprios ou de terceiros.

Todavia, de acordo com Lisboa e Latif, não se pode atribuir uma relação direta e necessária entre tamanho do Estado e eficiência econômica ou entre o grau de intervenção estatal na economia e desenvolvimento econômico ou qualidade da democracia. Os agentes políticos no Brasil tendem a aceitar a tese de que o essencial para garantir investimentos e o crescimento econômico é a intervenção econômica do Estado, conduzida por meio de políticas públicas implementadas por agências governamentais. Assim é que, tomando como base o termo *rent-seeking* para designar a prática (muitas vezes não transparente) de privilegiar grupos específicos, pode-se melhor sopesar o quanto essa intervenção econômica do Estado contribui para a constituição de segmentos privilegiados, para a captura de agências públicas por minorias organizadas (*reverse capture*) e para determinar o quanto a implementação de políticas públicas levam à constituição de grupos de interesses específicos.

Ainda de acordo com Lisboa e Latif, a dificuldade para dimensionar o impacto político e o custo social das diversas modalidades de intervenções governamentais decorre da sua natureza difusa e, quase sempre, pouco transparente, apesar de gerarem benefícios bem tangíveis para os grupos que são escolhidos para serem destinatários de privilégios. Destaque-se que, nesse processo, a oferta de privilégios e benesses (*rent-seeking*) pelo Estado não passa pelos mecanismos institucionalizados de representação e de deliberação política mais ampla. Daí é que, de forma pouco transparente, são viabilizados o complexo sistema de impostos e transferências, regras e isenções, subsídios (inclusive no mercado de crédito), controles de preços, protecionismos, alocações obrigatórias de recursos, definição de barreiras comerciais. Claro está que essas modalidades constituem expressões de *rent-seeking* quando não integram de forma transparente o orçamento federal e constituem causa de importantes distorções que geram elevados custos sociais.

Vale dizer que as práticas patrimonialistas não encontram correspondência com as melhores regras de funcionamento da democracia. Mesmo sabendo-se que os regimes democráticos demandam mais tempo de negociação, a experiência histórica demonstra que a construção de instituições democráticas sólidas garante desempenhos econômicos mais consistentes ou sustentáveis com menores custos sociais.

A reflexão desenvolvida por Faoro (1987, 1993) repercute ainda hoje nas considerações a respeito do papel do Estado na melhoria das instituições democráticas, associada às políticas voltadas para a inclusão e o desenvolvimento social. O fato é que a relação entre o Estado, a democracia, o mercado e o desenvolvimento social não assumem uma configuração predeterminada e fatal – daí que a obra de Faoro não deve ser instrumentalizada nem para recusar definitivamente o relevante papel social que o Estado pode exercer, nem para exaltar o papel do mercado como fator superior ou exclusivo de desenvolvimento. Mesmo no Brasil, não se encontra uma correlação absoluta entre democracia e crescimento econômico (ZEINA; LATIF, 2013). E, além disso, não se pode menosprezar que “[...] o desenvolvimento da América Latina e, em especial, do Brasil, entre os anos 1960 e 1990, evidenciou ser possível o aprofundamento do capitalismo, uma maior integração ao mercado internacional e a extensão das relações capitalistas para o campo” (SPINELLI, 2014, p. 42).

A partir dessas observações, pode-se inferir que a qualidade das regras de funcionamento das instituições importam: tendem a ser menores as chances de as práticas patrimonialistas prevalecerem onde maior for a transparência e mais eficientes forem os mecanismos de fiscalização e de controle (bem como de punição pelos desvios em relação ao uso dos recursos públicos) e onde as instituições estão menos sujeitas a rupturas.

## **CONCLUSÃO: O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO COMO INSTITUIÇÃO POLÍTICA INCLUSIVA**

A esfera “da” política é continuamente enriquecida pela “vida ordinária das instituições”, no dizer de Rosanvallon (2010); por isso não é um despropósito identificar uma conexão entre a necessidade de incrementar o contrato social da redemocratização e o substrato institucional que torne possível a consecução desse incremento num contexto político democraticamente consolidado. A gestão do presidencialismo de coalizão implica algum compromisso das lideranças políticas e partidárias com as práticas democráticas, exatamente porque esse arranjo institucional está em boa medida inscrito na Constituição de 1988. Assim, o menosprezo à democracia pode ensejar o espriamento de um *ethos* anti-institucionalista que torne menos eficazes os instrumentos próprios do aparato burocrático para incrementar o contrato social. Disso podem decorrer crises sociais e políticas num país já marcado por graves desigualdades.

Entende-se aqui que o presidencialismo de coalizão expressa uma gramática peculiar – para retomar a expressão cara a Edson de Oliveira Nunes (2017) – e não levou a retrocessos institucionais. Além das normas formais de funcionamento do presidencialismo de coalizão inscritas na Constituição de 1988, há também normas informais capazes de coagir o chefe do Executivo, como, por exemplo, as que orientam a montagem do ministério. E mesmo as normas informais concernentes à formação de coalizões são afetadas pela Constituição. Recusar a formação de coalizões, a não ser estrita e exclusivamente com base no apelo a uma racionalidade técnico-instrumental, tem potencial para desqualificar ou desacreditar a própria atividade política ao desmerecer a complexidade das negociações de conflitos de interesses num contexto democrático.

Ocorre que o presidencialismo de coalizão pode ser aperfeiçoado, não está imune a ajustes, especialmente diante da sobrevivência de práticas patrimonialistas, deletérias para um adequado e eficiente funcionamento da burocracia estatal e para um consistente e sustentável desenvolvimento socioeconômico. Ressalve-se que a categoria “patrimonialismo” é válida e eficaz para a análise das instituições políticas do país, na medida em que permite mensurar o desempenho das suas instituições e tem implicações sobre o atendimento de demandas sociais básicas.

Sobre esse aspecto, é possível afirmar que a Constituição de 1988, ao criar os mecanismos definidores do presidencialismo de coalizão, não reforçou práticas patrimonialistas pré-existentes e tampouco inovou a constelação dessas práticas. Assim, não se está a negar a possibilidade de haver aperfeiçoamentos do presidencialismo de coalizão, com base nos quais seriam asseguradas, por exemplo, maior agregação de interesses, redução do clientelismo e maior eficácia decisória da máquina pública.

Não há elementos intrínsecos que tornem esse arranjo institucional mais propenso a gerar práticas patrimonialistas – observa-se, inclusive, um robusto aprimoramento das instituições e dos mecanismos de controle dos agentes públicos, por parte do sistema judicial, verificado exatamente sob o presidencialismo de coalizão, a partir de seus órgãos de decisão específicos e com base nos acordos que lhe dão sustentação. De outro lado, sob o presidencialismo de coalizão, desde, pelo menos, 1988, está sendo consolidada a democracia e vêm ocorrendo relevantes avanços no campo social, tais como: aumento da renda média dos brasileiros, diminuição da desigualdade social, maior escolaridade, maior expectativa de vida, garantia da liberdade de imprensa e condições mais favoráveis para a afirmação da igualdade de gênero. Assim, o presidencialismo de coalizão não está condenado a tornar um Brasil um país de instituições políticas e econômicas extrativistas e nem é uma manifestação desse tipo de instituição.

Assim, os avanços socioeconômicos que ocorreram no país são inegáveis, apesar de não terem sido alcançados sem percalços. Restam demandas a serem atendidas, especialmente no que se refere aos serviços públicos mais básicos; tais demandas vêm se acumulando e se adensando e, sob o presidencialismo de coalizão, nada indica que não seja possível atendê-las. A análise da mecânica do presidencialismo de coalizão permite concluir que a formação das coalizões e a busca pela governabilidade podem ser instrumentos para garantir que sejam estabelecidas melhores condições estratégicas para o desenvolvimento do país.

Por óbvio, não há como avaliar se o Brasil estaria muito melhor caso tivesse adotado qualquer outro desenho institucional, considerando-se a trajetória histórica do Brasil, bem como o seu específico contexto político, econômico e social. Qualquer tentativa nesse sentido, seria um exercício retórico. Daí a importância de levar em conta a realidade específica do país e as suas peculiares características institucionais, mesmo que sejam operacionalizadas categorias sociológicas surgidas e desenvolvidas em outros países.



A inclusividade das instituições traduz as condições que identificamos como a qualidade das instituições encontra forte dependência da concretização dos princípios do Estado de direito, especialmente o sistema de liberdades civis e políticas, a transparência do setor público, a força dos mecanismos de controle e de responsabilização dos agentes do Estado, a liberdade de imprensa e a igualdade de tratamento dos cidadãos perante o sistema judicial. Quanto mais distantes das características definidoras dessa “inclusividade”, maiores são as possibilidades de as instituições estarem sujeitas às práticas patrimonialistas e, por decorrência, são também maiores as oportunidades para que as interações humanas estejam pautadas por incertezas, num contexto em que a rede complexa de restrições geradas pelas instituições não leva a uma maior estabilidade e eficiência ao sistema político.

A consolidação de instituições políticas inclusivas é um processo em andamento no Brasil, sendo que essas instituições tendem a se firmar como um princípio ordenador de promoção da responsabilização e de controle democrático sobre o Estado. Isso implica a concomitante aceitação de um desenho institucional que não seja concentrador de poder. Dessa forma, a competição política no Brasil já incorporou as ações do sistema judicial na equação que define o cálculo eleitoral, a dinâmica partidária e a busca por legitimidade política. Há um desafio a ser enfrentado: o grande poder de agenda do Executivo vem sendo confrontado com o poder de agenda que o sistema judicial vem exercendo. E a compreensão do presidencialismo de coalizão ainda não incorporou devidamente o sistema judicial para definir, por exemplo, como aprimorar os mecanismos de accountability direcionados para o próprio sistema judicial. Dessa forma, deve-se ter em mente que mudanças estruturais no presidencialismo de coalizão podem trazer a oposição de grupos que se consolidaram no poder com base nas regras desse específico desenho institucional e, de outro lado, podem afetar negativamente a manutenção da eficiência possível na resolução dos conflitos de interesse próprios da arena decisória.

Assim, a governabilidade pode ser incrementada por reformas institucionais no contexto do presidencialismo de coalizão – a questão que subsiste é se as reformas possíveis exigem um ritmo e condições que são dadas institucionalmente pelo próprio presidencialismo de coalizão. Vale dizer: não há elementos para negar que seja factível reformar o sistema político e econômico por meio da subversão da lógica do presidencialismo de coalizão e tampouco deve-se negar definitivamente que seja possível reformar o presidencialismo de coalizão, por meio da sua própria lógica de funcionamento. Esse também é um grande “dilema institucional”, em cujo horizonte está firmada a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AMORIM NETO, Octavio. Formação de gabinetes presidenciais no Brasil: coalizão versus cooptação. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 9-34, nov. 1994. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2292/1233>. Acesso em 23 out. 2019.

AMORIM NETO, Octavio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-5258200000300003>

AMORIM NETO, Octavio. O presidencialismo de coalizão revisitado: novos dilemas, velhos problemas. In: TAVARES, José Antônio Giusti (Org.). **O sistema partidário na consolidação da democracia brasileira**. Brasília-DF: Instituto Teotônio Vilela, 2003, p. 83-98.

AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: FGV; Konrad Adenauer Stiftung, 2006. E-book.

AMORIM NETO, Octavio e TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das Medidas Provisórias. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582002000100001>

BATISTA, Mariana. O poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 127-155, mar. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1678-987316245705>

BATISTA, Mariana. O poder no Executivo: uma análise do papel da presidência e dos ministérios no presidencialismo de coalizão brasileiro (1995-2010). **Opinião pública**, Campinas-SP, v. 19, n. 2, p. 449-473, nov. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762013000200009>

BERTHOLINI, Frederico e PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 528-550, jul.-ago. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612154969>

FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 14-29, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25950/27681>. Acesso em: 23 out. 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

FREITAS, Andréa. **O presidencialismo da coalizão**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

FUKUYAMA, Francis. What is governance? **Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions**, New York: Wiley Periodicals, Inc., v. 26, n. 3, p. 347-368, jul. 2013. Disponível em: <https://tsengcollege.csun.edu/sites/default/files/programs/MPA-What-is-Governance-Fukuyama.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. Democracy and growth in Brazil: revised version. **Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa**, 2013. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/working-papers/working-papers-2013/democracy-and-growth-in-brazil/>. Acesso em: 23 out. 2019.

MELO, Marcus André. A *malaise* política no Brasil: causas reais e imaginárias. **Journal of Democracy. Plataforma Democrática**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 69-95, out. 2017. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v6\\_n2\\_04\\_A\\_malaise\\_Politica\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v6_n2_04_A_malaise_Politica_no_Brasil.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. 5. ed. Rio de Janeiro-RJ: Garamond, 2017.

PEREIRA, Carlos. Temer é o presidente mais eficiente na relação com o Congresso desde 1995. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 29 out. 2017. Ilustríssima. Disponível em: <http://www1.folha.uol>

com.br/ilustrissima/2017/10/1930813-temer-e-o-presidente-mais-eficiente-na-relacao-com-o-congresso-desde-1995.shtml. Acesso em: 23 out. 2019.

PEREIRA, Carlos; BERTHOLINI, Frederico e PESSÔA, Samuel. Métricas para o presidencialismo multipartidário. **Folha de S. Paulo**, 09 out. 2016. Ilustríssima. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/10/1820803-metricas-para-o-presidencialismo-multipartidario.shtml>. Acesso em: 23 out. 2019.

PESSÔA, Samuel de Abreu. O contrato social da redemocratização. *In*: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (Org.). **Brasil: a nova agenda social**. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 204-211.

ROSANVALLON, Pierre. **Por uma história do político**. São Paulo: Alameda, 2010.

SANTOS, Fabiano. Em defesa do presidencialismo de coalizão. *In*: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Reforma política no Brasil: realizações e perspectivas**. Fortaleza-CE: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 19-38.

SANTOS, Fabiano. Partidos e comissões no presidencialismo de coalizão. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 237-264, 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582002000200003>

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000300007>

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **À margem do abismo: conflitos na política brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SPINELLI, José Antonio. **Mudança social e crise no capitalismo: leituras sociológicas**. Natal: EDUFRN, 2014.

# A SEPARAÇÃO DOS PODERES ENTRE FEDERALISMO E DEMOCRACIA: A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR NO PLANO SUBNACIONAL

**Renata Gonçalves Perman**

Graduada em Direito (UNICAP). Advogada. Mestranda em Direito (UNICAP).

**Maria Ivanúcia Mariz Erminio**

Mestra e Doutoranda em Direito (UNICAP). Advogada. Especialista em ciências políticas (UNICAP). Professora (Uninabuco- Recife; UFPE).

## INTRODUÇÃO

Naquilo que nos interessa imediatamente, indaga-se: como conciliar a interpretação que o STF tem dado sobre a produção legislativa, ou seja, qual é a interpretação da Suprema Corte quando examina conflitos de leis estaduais com leis federais referente ao tema do direito do consumidor. Qual é a interpretação do STF quando julga inconstitucional lei estadual colidindo com a lei federal, para saber se o Supremo privilegia ou não a competência dos Estados membros para legislar sobre tal direito.

Em um segundo momento, o presente artigo se propõe a analisar qual o papel que o STF tem desempenhado na definição da interpretação do Federalismo baseando-se na repartição de competências legislativas entre União e Estados no que diz respeito ao tema em exame. Por conseguinte, irá examinar a jurisprudência do Supremo examinando as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que julgam inconstitucionais leis estaduais e por quais motivos envolvendo o tema em questão. Para efetivação de tal propósito, faz-se necessário o exame da bibliográfica sobre o tema para melhor fundamentação a respeito da temática analisada.

No começo da década de 90 as conquistas mais significativas em matérias de direitos tinham sido estabelecidas predominantemente em decisões tomadas no poder judiciário e também na via legislativa. No plano legislativo, foi expressiva a aprovação do CDC (Lei 8.078\90), nesse mesmo período instituiu-se uma jurisprudência protetiva ao consumidor. É perceptível a centralização do Supremo como conservador das liberdades, pois, quando se estuda aplicação jurídica dos direitos fundamentais do consumidor, o STF é o principal personagem na sua proteção (PEREIRA,2016, p.50).

## PARADIGMA INTERPRETATIVO DO STF QUANDO SE EXAMINA CONFLITOS DE LEIS

A defesa do consumidor foi levada a norma constitucional em 11 de setembro de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. A Constituição privilegia os consumidores, nas relações de consumo, pois entende que nos conflitos o lado mais vulnerável é o consumidor. Consequentemente, se tem uma jurisprudência vantajosa ao consumidor nas controvérsias judiciais (ALVES JR, 2012, p.20).

O STF tem uma jurisprudência defensiva no conhecimento das questões de direito do consumidor. No julgamento da ADIN 2.591, o STF decidiu pela aplicação do CDC às instituições financeiras e companhias seguradoras. Nessa ação, o Supremo foi pressionado pelas instituições financeiras que almejavam uma interpretação baseada na Carta Magna, com o fundamento de que os clientes das instituições financeiras e das empresas seguradoras não poderiam ser

confundidos com consumidores de outras empresas. A Suprema Corte decidiu que o CDC se aplica integralmente às relações financeiras e securitárias, estando o §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor livre de vícios.

Referente ao julgamento da ADIN 1.980, quando houve o conflito da lei federal com a lei estadual, a Suprema Corte decidiu favoravelmente às legislações paranaenses (legislação estadual), com o fundamento de que a legislação estadual não usurpava a competência normativa da União, pois, nesse caso, havia competência concorrente sobre o direito do consumidor. A legislação estadual assegurava ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, a procedência e a qualidade dos produtos comercializados no Estado do Paraná (ALVES JR, 2012, p.60).

Relativo ao julgamento da ADIN 855, quando houve conflito da lei federal com a lei estadual sobre o direito do consumidor, a Suprema Corte entendeu que a lei estadual era inconstitucional (que abordava sobre os estabelecimentos que comercializavam gás liquefeito e petróleo) deveriam, a presença do consumidor, pesar os botijões de gás. O fundamento utilizado foi que o Tribunal entendeu que houve violação à competência privativa da União Federal para legislar sobre energia e petróleo, bem como violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por conter exigência demasiadamente onerosa para a atividade empresarial (ALVES JR, 2012, p.15).

Nesse interim, no julgamento da ADIN 2.359, o Tribunal privilegiou a competência legislativa estadual mantendo a vigência da legislação capixaba impugnada que cuidava da requalificação dos botijões de GLP. O STF entendeu que a lei capixaba não se apoderou da competência normativa da União Federal, pois o tema versado é de competência concorrente entre Estados e a União, bem como a citada lei tornava real o disposto no art.170, V, CF, que ocasionava a defesa do consumidor.

Dessa forma, nas questões relativas à competência constitucional, assim como na interpretação de conflitos de leis estaduais com leis federais sobre o direito do consumidor, o STF tende a ter uma interpretação centralizadora na figura da União, não favorecendo à intervenção normativa dos Estados nas matérias relativas aos direitos dos consumidores.

## **O STF DEFINE A INTERPRETAÇÃO DO FEDERALISMO COM BASE NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS ENTRE UNIÃO E ESTADOS**

O estado federal ansiava criar um governo nacional forte para exercer poderes gerais, mas não muito poderoso que pudesse intimidar liberdades individuais. A resolução federativa que predominou na Convenção de Filadélfia foi uma alternativa eficiente de conferir eficácia às instituições de governo, quanto distanciar os medos do autoritarismo (ALMEIDA,2013, p.90).

A Constituição como fundamento jurídico, é uma das vantagens do estado federal, ou seja, a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição. Concernente, ainda, ao estado federal referente a repartição de competências a grande novidade do Federalismo está na previsão de dois níveis de poder, um poder central e outros periféricos (ALMEIDA, 2013, p.95).

Dessa forma, a federação é um grande sistema de repartições de competências, e elas é que dão substância à descentralização em unidades autônomas. A autonomia do estado membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa (ALMEIDA,2013, p.85).

Para José Afonso da Silva, competência é a possibilidade conferida a um órgão ou agente do poder público para enviar decisões, um dos pontos fundamentais do Estado Federativo, uma

vez que estamos diante de um poder central que limita os poderes periféricos de cada ente (JONH, 2015, p.25).

Dessa forma, só haverá autonomia quando tiver a possibilidade legislativa desvinculada da intervenção de outro ente autônomo. Cada centro de poder autônomo na federação deverá ser munido de competência de criar o direito aplicável a respectiva órbita. Não necessariamente o fato de se outorgar privativamente à União a competência legislativa quer dizer que só ela possa praticar a competência material correspondente. Essas atividades também poderão ser realizadas, pelas demais unidades da federação (LOPES NETO, 2014, p.65).

Caberá à União as matérias de interesse geral, aos Estados, as matérias de interesse regional, e aos municípios as matérias de interesse local. É possível à União, por meio de lei complementar, delegar aos Estados competências legislativas sobre questões específicas de matérias cuja competência lhe cabia de forma privativa. Aos Estados cabe também uma competência privativa residual (SOARES, 2013, p.85).

Para Ana Cândida da Cunha, é possível por meio de lei, seja atribuída aos estados a competência para legislar referente a matérias de competência privativa da União. Porém, não é obrigatório que a delegação seja feita. Como a repartição de competências é assunto muito importante a federação e por isso interpreta que se deve resolver no âmbito da CF, salvo por motivos estudados para deslocar à legislação infraconstitucional isso (FERRAZ JR,1995, p.257).

O poder constituinte tem a prerrogativa de dizer o que compete a cada entidade federativa, deixando claro de que forma essa competência será feita. A Constituição Federal de 1988 é clara ao admitir que se atribua aos estados competência apenas para legislar sobre questões específicas das matérias do artigo 22 da CF\88, encarregando a lei complementar dizer os pontos sobre os quais os estados poderão legislar (LOPES NETO, 2013, p.46).

O constituinte admite a União transferir aos estados a competência para legislarem questões pontuais de matérias de plano federal. Dessa forma, as matérias de competência exclusiva da União são delegáveis aos estados, mas não é possível conferir a regulamentação total da matéria.

A competência concorrente, assim denominada, pois referente a um só assunto concorre a competência de mais de um ente político (artigos 23 e 24 da CF\88). Todos os entes políticos são chamados para uma ação comum. Na competência concorrente não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder, deve haver um esforço comum, sem preferências, e a lei complementar irá dizer as normas para ação conjunta entre pessoas políticas e administrativas (ALMEIDA, 2013, p. 96).

Portanto, para Fernanda Dias Menezes de Almeida, a exploração de competências concorrentes é uma alternativa para atingir uma descentralização maior que o federalismo brasileiro precisa. Diante do exposto, objetiva-se um federalismo de equilíbrio possibilitando uma diminuição da centralização política que é o ponto central da federação brasileira.

## **ANÁLISE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF EXAMINANDO AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE JULGAM INCONSTITUCIONAIS LEIS ESTADUAIS SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR**

De início, antecipo que o STF tem uma jurisprudência defensiva no conhecimento das questões relativas ao direito do consumidor. No julgamento da ADI 3.959 do Estado de São Paulo, a Lei estadual nº 12.239\2006 obriga as companhias operadoras de telefonia fixa e móvel a constituírem cadastro especial de assinantes do serviço interessados no sistema de venda por

meio de telemarketing. Compete à União Federal legislar privativamente sobre o serviço de telecomunicação (CF, art. 22, IV) bem como a sua exploração (CF, art. 21, XI, CF).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.649 do Estado do Rio de Janeiro, interpôs pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços e Telecomunicações (TELCOMP), tendo como objeto o art. 1º, caput e S1º, da Lei 5.934, de 29 de março de 2011, do Estado do Rio de Janeiro. A lei estadual, ao referir-se sobre da possibilidade de acúmulo de franquias de minutos mensais ofertadas pelas operadoras de telefonia, violou o art. 22, inciso IV, da Lei Maior, que confere à União a competência privativa para dispor sobre telecomunicações (TOFFOLI,2016).

Os ministros do STF por unanimidade de votos, julgaram procedente o pedido julgado na Ação Direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.934, de 29 de março de 2011, do Estado do Rio de Janeiro, sobre o fundamento que o citado ato normativo impugnado seria inconstitucional, por violar os preceitos insculpidos nos arts. 21, inciso XI, 22, inciso IV, e 175, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal. Aduz, o Min Dias Toffoli, in verbis:

O Estado do Rio de Janeiro, por meio dos preceitos normativos impugnados, acabou por alcançar as prestadoras de serviços de telecomunicações, cujas obrigações só podem ser definidas pela União (Anatel) e assumidas pelas empresas nos atos de outorga dos serviços delegados. A lei fluminense ora impugnada cria obrigações (art. 1º c/c parágrafo primeiro) para um universo de empresas dentre as quais se encontram as empresas concessionárias e autorizatárias de serviços de telecomunicações. Ocorre que, seja por força do art. 22, IV, seja por força da conjugação dos arts. 21, XI, e 175, parágrafo único, I e II, da CF (...) somente a União, que é o poder concedente ou autorizador dos serviços de telecomunicações, pode estabelecer obrigações relacionadas à atividade objeto de delegação, bem como sanções correlatas. Com o transbordo dos limites territoriais das diversas Unidades Federadas, seria simplesmente impossível e inviável criar tantos regimes de obrigações e direitos para os prestadores quantos fossem os Estados da Federação. A insegurança jurídica seria total e haveria ruptura inarredável do pacto federativo que subjaz em qualquer assunto de interesse nacional, ao arripio do art. 1º da Carta da República (TOFFOLI,2016).

No julgamento da ADI 3.402, sobre a relatoria do Ministro Dias Toffoli, aduz que a Lei nº 11.265, de 14 de novembro de 2002, do Estado de São Paulo que instituiu a obrigatoriedade de contratação de seguro de acidentes pessoais e coletivos em eventos artísticos e culturais, desportivos e recreativos. A lei estadual foi declarada inconstitucional, pois ao obrigar a contratação de seguro pessoal coletivo em eventos artísticos, culturais, desportivos e recreativos, não observou o comando Constitucional dos incisos I e VII do artigo 22 da Carta Magna, que determinam a exclusividade da União para legislar sobre direito civil e seguros (TOFFOLI,2015).

É evidente, que não seria possível compreender a matéria como pertencente ao âmbito legislativo concorrente dos estados membros, sob o argumento de tratar-se de legislação concernente à proteção dos consumidores (CF, art. 24, incisos VII, §§ 1º e 2º).

Isso porque a lei impugnada não se limita a regular as relações entre os consumidores e os prestadores de serviço, nem a dispor sobre responsabilidade por dano ao consumidor. Desse modo, o diploma questionado não está a regular a relação consumerista, sendo forçoso entender-se que a matéria disciplinada é de cunho civil e securitário, temas esses que escapam à competência legislativa do Estado (TOFFOLI,2015).

No julgamento da ADI nº 2.615, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, o STF entendeu ser procedente o pedido da Ação Direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.908\2001 do estado de Santa Catarina que fixava as condições de cobrança do valor da assinatura básica,

pois compete à União legislar sobre telecomunicações, bem como, explorar direta ou mediante autorização, concessão ou permissão os seus serviços (GRAU,2015).

Para embasar a inconstitucionalidade, foi alegado que a referida legislação estadual ao estabelecer dispositivos direcionados à estipulação do valor da assinatura básica residencial nas empresas de telefonia fixa, estaria em confronto direto com os artigos 21, inciso XI e 22, inciso IV, da CF, que dispõem sobre a competência legislativa federal. É pertinente destacar o trecho da emenda confeccionada nos autos da ADI 1435-MC\DF, Relator e ministro Francisco Rezek de 06\08\99

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88. LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei.

Diante do exposto, fica evidente a desarmonia com a Lei nº 11.908, uma vez que os artigos 21 e 22 da CF, são categóricos ao estipularem a competência da União para legislar sobre o tema em análise.

No julgamento da ADI 4.701, cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso, aduz sobre a Lei estadual de Pernambuco que fixa prazos máximos segundo a faixa etária dos usuários, para a autorização de exames pelas operadoras de planos de saúde. Por mais ampla que seja, a competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor (CF\88, art. 24,V e VIII) não autoriza os Estados-membros a editarem normas acerca de relações contratuais, uma vez que essa atribuição está inserida na competência da União Federal para legislar sobre direito civil (CF\88, art 21,I) (BARROSO,2014).

Os artigos 22, VII e 21, VIII, da Constituição Federal atribuem à União competência para legislar sobre seguros e fiscalizar as operações relacionadas a essa matéria. Tais previsões alcançam os planos de saúde, tendo em vista a sua íntima afinidade com a lógica dos contratos de seguro, notadamente por conta do componente atuarial (BARROSO,2014).

Concernente ao julgamento da ADI 2.818 do Rio de Janeiro, tem por objeto a Lei nº3874 de 24 de junho de 2002, a qual dispõe sobre a comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis.

O Supremo, nesse caso, privilegiou a competência da Lei estadual do Rio de Janeiro para disciplinar sobre a matéria em análise, sobre o fundamento de que a competência legislativa concorrente entre União e estados membros, prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art.24, não encontra limites na norma federal geral (que é o caso em análise); e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado a respectiva suplementação (TOFFOLI,2013).

Dessa maneira, não existindo norma geral da União regulando a matéria em questão, os estados-membros poderão legislar supletivamente no caso, como o fez o Rio de Janeiro, até que advenha legislação geral por parte da União (TOFFOLI,2013).

No julgamento da ADI 3.343 do Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto, a lei estadual nº 3.449\04 do Distrito Federal proibia a cobrança e a assinatura básica nos serviços



de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia. O STF entendeu que a Lei estadual era inconstitucional, pois a competência é da União para legislar e prestar serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, art.21, XI e XII, b, E, 22, IV). É afastada a competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre o consumo (CF, art. 24, V e VII) (BRITTO,2011).

O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 toma inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV) (BRITTO,2011).

No julgamento da ADI 3.735/MS, sobre Relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 08/09/2016, entendeu pela inconstitucionalidade da lei estadual que exija Certidão negativa de violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais. “Esta lei é inconstitucional porque compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art.22, XXVII, da CF/88) (ZAVASCKI,2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concernente a aplicação judicial realizada pelo STF na solução de conflitos que lhe são submetidas e que têm o direito do consumidor como parâmetro normativo, podemos chegar a algumas conclusões.

Nas questões relativas à competência Constitucional, fica evidente, que quando há um conflito da Lei Estadual com a lei Federal relativo ao direito do consumidor, o STF, na maioria dos casos, tem uma interpretação centralizadora na figura da União, privilegiando a competência da mesma em detrimento dos Estados membros.

O fundamento utilizado, na maioria dos casos, é que a lei estadual invade a esfera de competência privativa da União insculpida nos artigos 21 e 22 da Carta Magna e conseqüentemente afasta a competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre a matéria em análise.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição Federal de 1988**. São Paulo Atlas, 2013.

ALVES, Luís Carlos. **A proteção constitucional do direito do consumidor na dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal**. Artigo publicado em outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591**. Plenário. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 7 de junho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1980**. Plenário. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2832**. Plenário. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 7 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.359**. Plenário. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 27, de setembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3322**. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.645**. Plenário. Relatora : Ministra Ellen Gracie. Brasília, 13 de março de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.959**. Plenário. Relator: Ministro Roberto Barroso, 20 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.649**. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli, 1 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.402**. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli, 7 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.615**. Plenário. Relator: Ministro Eros Grau, 11 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.701**. Plenário. Relator: Ministro Roberto Barroso, 13 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.818**. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli, 9 de Maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.959**. Plenário. Relator: Ministro Roberto Barroso, 20 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.649**. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli, 1 de Julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.343**. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto, 1 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.735**. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki, 8 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855**. Plenário. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 6 de março de 2008.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 90, 245-251.

JAHN, Marcela. **A competência legislativa no âmbito do direito do consumidor**- análise de casos de legislações municipais à luz do texto constitucional. Pós-graduação em direito do consumidor. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

JR, Luís Carlos Alves. **A proteção constitucional do direito do consumidor na dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal**. Goiás.Artigo publicado em outubro de 2012.

LIMA, Tauã. **A aplicação da mediação no direito do consumidor**: a cultura do empoderamento no tratamento de conflitos. Artigo publicado na edição nº 1134 em 15\01\2014.

NETO, Francisco Lopes. **Os limites da competência legislativa concorrente e a efetividade do direito fundamental do consumidor enquanto usuário de serviços públicos no âmbito do Distrito Federal**. Dissertação (Pós-graduação em direito) - Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais**. Goiás, 2016.

SOARES, Marina. **Competência Legislativa Municipal**: A expressão “ interesse local” e a complexidade da repartição de competências. Tese de mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2013.

# RECRUDESCIMENTO SOCIAL E RECESSÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ESTUDOS DE STEVEN LEVITISKY, DANIEL ZIBLATT E DAVID RUNCIMAN

**Teófanés Carnaúba dos Santos**

Mestrando em Direitos Humanos (UFPE). Especialista em Direito Público (Estácio). Advogado.

**Marcelo César Vital de Barros**

Mestrando em Direitos Humanos (UFPE). Especialista em Direitos Humanos (UNICAP). Bolsista (FACEPE).

## INTRODUÇÃO

A democracia representativa, fundamental à superação do pensamento absolutista, é a grande conquista civilizatória da humanidade após as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Entretanto, no início do século XXI sua resiliência começou a ceder. Com o fortalecimento da tecnologia informacional e a ascensão das redes sociais como ferramentas de manifestação, a percepção “antidemocrática” conquistou maior adesão ao redor do mundo, especialmente na segunda década do referido século.

No caso do Brasil, o apoio aos ideários “antidemocráticos” podem ser observados nas manifestações populares difusas que ganharam as ruas em 2013 e na campanha eleitoral à Presidência da República do ano seguinte, tendo ambas supostamente funcionado como um “gatilho” à difusão de “ideais” tidos até então como retrógrados e inaceitáveis, mesmo nas cercanias do dito senso comum. Nutria-se o germen para discursos autoritários, repressivos e preconceituosos que viriam a ganhar as ruas entre os anos de 2016 e 2018 e que culminariam na eleição de um Presidente da República que simboliza parte expressiva destes “ideais”.

A investigação proposta pelo presente trabalho tem como lastro os estudos dos cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, que buscaram compreender a ascensão destes ideais “antidemocráticos” especialmente no círculo do poder dos EUA e nos prognósticos levantados por David Runciman, também com um olhar direcionada à realidade norte-americana, e pretende verificar se seus diagnósticos e prognósticos podem ser aplicados à conjuntura brasileira atual.

Sendo assim, o objetivo geral do trabalho é verificar se é possível compreender a situação fática brasileira através das análises propostas por Levitsky, Ziblatt e Runciman. Como objetivos específicos encontram-se: investigar se o processo histórico-político brasileiro difere do passado pelos EUA e pelo Reino Unido e identificar as particularidades da agenda “antidemocrática” no Brasil (país de democracia em formação) e dos EUA (nação de democracia consolidadas).

A abordagem de pesquisa do trabalho se deu através do método hipotético-dedutivo, munindo-se de uma revisão de literatura – livros, artigos científicos e matérias jornalísticas.

## A ASCENSÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA LIBERAL NO OCIDENTE

Antes de adentrarmos à realidade do Brasil contemporâneo e verificarmos alguns dos pressupostos teóricos utilizados por Steven Levitsky, Daniel Ziblatt e David Runciman, parece-nos prudente trabalhar o desenvolvimento do que se convencionou como democracia representativa.

Contraproposta a todas as formas de governo autocrático, a democracia moderna, ou seja, a democracia representativa<sup>12</sup> é compreendida como o modelo de regime de governo mais adequado no âmbito dos Estados liberais ocidentais, tendo sido central nas disputas políticas do último século (SANTOS, 2019, p. 14), pois representou a superação do regime absolutista e deu vazão a concepção de direitos naturais imbrincados à dignidade humana.<sup>3</sup>

Tanto a democracia representativa quanto a concepção moderna de Estado possuem raízes no século XVIII, sendo que a alcunha Estado Democrático de Direito implica a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores (DALLARI, 2013, p. 145).

Enquanto Dalmo de Abreu Dallari (2013, p. 150) aponta como “exigências da democracia” a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, o saudoso professor Sahid Maluf assim compreende a ideia por trás da democracia moderna:

Reunindo-se ambos os conceitos – formal e substancial<sup>4</sup> –, temos que a democracia consiste em um sistema de organização política no qual: 1º) todo poder emana do povo, sendo exercido em seu nome e no seu interesse; 2º) as funções de mando são temporárias e eletivas; 3º) a ordem pública baseia-se em uma constituição escrita, respeitado o princípio da tripartição do poder de Estado; 4º) é admitido o sistema de pluralidade de partidos políticos, com a garantia de livre crítica; 5º) os direitos fundamentais do homem são reconhecidos e declarados em ato constitucional, proporcionando o Estado os meios e as garantias tendentes a torná-los efetivos; 6º) o princípio da igualdade se realiza no plano jurídico, tendo em mira conciliar as desigualdades humanas, especialmente as de ordem econômica; 7º) é assegurada a supremacia da lei como expressão da soberania popular; 8º) os atos dos governantes são submetidos permanentemente aos princípios da responsabilidade e do consenso geral como condição de validade (MALUF, 2016, p. 317).

Já estabelecendo a conexão da figura do Estado a uma Carta Constitucional, Lênio Streck e José Bolzan de Moraes apontam que o Estado Democrático de Direito:

[...] representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 105).

Streck e Moraes também informam como “conteúdo mínimo” da democracia, no sentido de mecanismo fundamental da regra da maioria, a garantia dos direitos de liberdade, os partidos políticos, as eleições, o sufrágio e as decisões por acordo ou por maioria com debate livre (2014, p. 115).

---

<sup>1</sup> A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade (BOBBIO, 2018, p. 73).

<sup>2</sup> Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando (DALLARI, 2013, p. 157).

<sup>3</sup> O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana (DALLARI, 2013, p. 147).

<sup>4</sup> Em sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo as convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. [...] Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana (MALUF, 2016, p. 315).

Interessante destacar a distinção feita por Norberto Bobbio acerca das particularidades do Estado liberal e do Estado democrático:

[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais (BOBBIO, 2018, p. 38).

Bobbio acredita que há interdependência entre Estado liberal e Estado democrático e que quando caem, a queda é em conjunto (BOBBIO, 2018, p. 39).

Já na década de 1980 Norberto Bobbio comentava que a democracia (representativa liberal) foi concebida no âmbito de uma sociedade menos complexa que a contemporânea, destacando o “perigo” de suas “promessas não cumpridas” (BOBBIO, 2018, p. 59) e o fantasma sempre presente dos discursos autoritários (BOBBIO, 2018, p. 65) – ou seja, o não cumprimento das promessas objeto-fruto da democracia alimenta o pensamento “alternativo” autoritário.

Boaventura de Sousa Santos se reconecta ao pensamento de Bobbio e reflete acerca das limitações do modelo de democracia representativa em razão das tais “promessas não cumpridas”, defendendo sua articulação a estratégias e instrumentos de democracia participativa:

[...] os limites da representação só são superáveis na medida em que a democracia representativa se articula com a democracia participativa; [...] a democracia não se reduz ao procedimentalismo, às igualdades formais, e aos direitos cívicos e políticos, pois por via deles nunca foi possível estender as potencialidades distributivas, tanto simbólicas como materiais, da democracia às classes populares que mais poderiam beneficiar-se delas; daí a necessidade de conceber a democracia como uma nova gramática social que rompa com o autoritarismo, o patrimonialismo, o monolitismo cultural, o não reconhecimento da diferença; tal gramática social implica um enorme investimento nos direitos econômicos, sociais e culturais (SANTOS, 2019, p. 18).

O sociólogo português apresenta uma visão ainda mais radical, trazendo o conceito de democratização da democracia, que seria dada com o avanço dos instrumentos de participação popular na estrutura representativa do Estado democrático:

*Democratizar* significa dispensar a naturalização da democracia liberal-representativa e legitimar outras formas de deliberação democrática (demodiversidade); procurar novas articulações entre democracia representativa, democracia participativa e democracia comunitária; e, sobretudo, ampliar os campos de deliberação democrática para além do restrito campo político liberal que transforma, como indiquei, a democracia política numa ilha democrática em arquipélago de despotismos: a fábrica, a família, a rua, a religião, a comunidade, os mass media, os saberes etc. (SANTOS, 2019, p. 145).

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, a democracia ganhou centralidade desde seu preâmbulo,<sup>5</sup> sendo destacado que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

Para Luís Fernando Barzotto, partindo de uma leitura aristotélica, o Estado Democrático brasileiro dado pela Constituição “[...]” expressa a estrutura jurídico-política de uma comunidade

---

<sup>5</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

que, sob um Estado de Justiça, delibera sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum” (BARZOTTO, 2005, p. 207), sendo que sua finalidade (busca do bem da pessoa humana e do bem comum) é determinada pela Constituição (BARZOTTO, 2005, p. 205).

É com esta ideia de Estado Democrático abraçada e oferecida pela Constituição da República de 1988 que passamos a descrever e a analisar alguns dos eventos ocorridos no Brasil a partir de 2013, quando é possível verificar a ramificação de uma nova forma de expressão política a “influenciar” sobremaneira a sociedade brasileira.

## **AS JORNADAS DE 2013 E O GÉRMEN DO RECRUDESCIMENTO SOCIAL NO BRASIL**

É evidente que o Brasil passou por avanços importantes no âmbito econômico e social desde a promulgação da Constituição da República de 1988, especialmente através do saneamento monetário-financeiro através da implementação bem-sucedida do Plano Real e do grande investimento de políticas sociais compensatórias, como o Bolsa Família.

Entretanto, outros avanços não foram obtidos ao longo das décadas, especialmente a plena promoção da saúde,<sup>6</sup> o combate efetivo à violência e o resgate da educação pública.<sup>7</sup> Ao mesmo tempo, especialmente após o “boom” das *commodities*<sup>8</sup> durante a gestão de Luís Inácio Lula da Silva, a decisão política de alocar recursos (públicos e privados, diretos e indiretos) em grandes eventos esportivos a serem sediados no Brasil, como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas (no Rio de Janeiro), em detrimento da aplicação de parte destes recursos em projetos relacionados a saúde, segurança ou educação começou a gerar certa insatisfação popular, que, em conjunto ao mal-estar de fruto dos escândalos de corrupção ocorridos nas entranhas do governo (do dito Mensalão a incipiente Operação Lava-Jato), levou parte expressiva da população às ruas no ano de 2013, levantando a bandeira difusa do “contra tudo que está aí”.

É certo que a movimentação popular foi primeiramente pautada pelas marchas contra o aumento da tarifa de transporte público (ônibus) no município de São Paulo – articuladas pelo Movimento Passe Livre –, mas o que nutriu sua “metamorfose” (e acabou por virar a pauta difusa) foram os acontecimentos supra destacados. Curiosamente a “bomba” de insatisfações explodiu justamente em um período de bonança econômica e de plena redistribuição de recursos (aos andares de cima e de baixo da sociedade). Todavia, a insatisfação e o mal-estar aparentemente já vinham de décadas, muito em razão das tais “promessas não cumpridas” da democracia, que no caso brasileiro foram escancaradas pela Constituição cidadã de 1988.

Rosana Pinheiro-Machado e Adriano de Freixo atestam esta percepção ao apresentarem como dois dos principais atributos das demandas difusas fruto das jornadas de junho de 2013 a “desilusão com a democracia de matriz liberal” e a “falência dos modelos clássicos de representação política”, assim como o esgotamento da política distributivista do “modelo petista” ou “lulista” (PINHEIRO-MACHADO; FREIXO, 2019, p. 11).

---

<sup>6</sup> A implantação do Sistema Único de Saúde – SUS representou um grande avanço em relação as políticas públicas de saúde implementadas até então no Brasil, no entanto até hoje sua execução carece de efetividade nos termos propostos pela Constituição e pela Lei Orgânica da Saúde.

<sup>7</sup> Mesmo o melhoramento dos índices de analfabetismo e a tentativa de aumentar o número de crianças e jovens nos bancos das escolas não foi suficiente para alterar de maneira sustentável os baixos índices da educação básica no Brasil.

<sup>8</sup> A alta do preço das commodities e os três pilares de crescimento descritos acima – distribuição de renda, expansão do crédito e investimentos públicos – explicam a melhora no desempenho da economia brasileira em relação às duas décadas anteriores (CARVALHO, 2018, 192 p., p. 32).

Com relação a desilusão democrática, no sentido de ser este o sistema mais agregador e viável ao convívio entre os diferentes em sociedade e sua incapacidade de proporcionar maior igualdade<sup>9</sup> aos brasileiros, Fábio Konder Comparato faz uma interessante reflexão, que parece reforçar tal sentimento, mas cuja direção parece apontada para o alvo errado. Ou seja, no afã de “mudar tudo isso que está aí”, o clamor social se dirigiu não apenas aos agentes supostamente responsáveis pelos desmandos (o mensageiro), mas também para o sistema democrático, como se a razão dos desmandos fosse o próprio sistema:

[...] A autêntica democracia, como frisou Aristóteles, é o regime em que o povo soberano goza de relativa igualdade de condições de vida; ou seja, é o regime de preponderância da classe média. Ora, o Brasil é um dos países de população mais desigual do mundo, e essa desigualdade vem se acentuando nos últimos anos (COMPARATO, 2017, p. 234).

Há desilusão também em relação aos partidos políticos, ou seja, há dificuldade de reconhecimento da representação política, conforme intui Fernando Henrique Cardoso:

As pessoas não se reconhecem em seus representantes. Percebem o sistema político como um mundo à parte, fechado em si mesmo, desconectado da vida da população. Há dificuldade em se vislumbrar uma saída para a crise, para a reconstrução do sistema partidário e dos elos entre sociedade e política (CARDOSO, 2018, p. 40).

Esta mistura de sentimentos, anseios e percepções extravasadas a partir de 2013 frutificaram nos últimos anos, mais detidamente em 2018, quando da eleição de um “outsider-insider” para a presidência da República. Tal fenômeno não é unicamente brasileira, haja vista que, com maior ou menor abrangência, diversos países passaram a contar em sua linha de frente com líderes de verve supostamente autoritária, cujos valores teriam certa representatividade em seus ambientes domésticos. Recep Tayyip Erdoğan, na Turquia, Viktor Orbán, na Hungria e Donald Trump, nos Estados Unidos, parecem representar este “anseio social” em seus respectivos países.

Esgotada esta contextualização inicial, passemos à análise das discussões propostas por Steven Levitsky, Daniel Ziblatt e David Runciman, cujos estudos enfatizam a questão democrática nos Estados Unidos.

## **RECESSÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL E O ALINHAMENTO ÀS IDEIAS DE LEVITSKY, ZIBLATT E RUNCIMAN**

As democracias de todo o mundo sofreram vários danos em meados do século XX, seja com as duas grandes guerras mundiais, que tiveram como marcas a ascensão do fascismo e do nazismo, seja com as ditaduras na Europa, América Latina e central. No século XXI, os cientistas políticos norte-americanos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt questionam sobre a possibilidade – especialmente após a crise econômica de 2008 – se, assim como em meados do século XX, a democracia encontra-se novamente ameaçada. Sendo assim, passemos a analisar o fenômeno estadunidense trabalhado por Levitsky e Ziblatt na obra *Como as Democracias Morrem*, comparando-o à situação fática brasileira.

Como enxergamos que eventos pontuais da história humana são frutos de um processo, é importante apontar para o fato de que no Brasil, já em 2013, as famosas manifestações de julho, que iniciaram pelo aumento das passagens de ônibus, já demonstraram passada essa demanda e ao se intensificarem, um caráter difuso, dotado de uma insatisfação geral com a qualidade de vida e dos serviços oferecidos no país, alto viés apartidário e críticas ao modelo político vigente, somado aos escândalos de corrupção, devidamente “novelizados” em horário nobre na televisão

---

<sup>9</sup> Desigualdade ainda é a palavra-chave para compreender o desenvolvimento histórico, político, econômico e social do Brasil.

brasileira, elevaram e muito a temperatura do país, culminando no *impeachment* da Presidente da República Dilma Rousseff e dando maior margem para um discurso nacionalista de forte aproximação com a dita extrema direita, dotado de um sentimento antidemocrático manifestado de maneira mais nítida através da ascensão das redes sociais digitais como Twitter e Facebook.

Uma similaridade perceptível nos Estados Unidos e no Brasil se dá na intensa participação das redes sociais como motor para ascensão de projetos de “extrema direita”. O filme *Privacidade Hackeada* (*The Great Hack*, EUA, 2019),<sup>10</sup> demonstra como a Cambridge Analytica, através da coleta de dados no Facebook, montou verdadeiros “quartéis” de disseminação de conteúdo falso (“fake news”), bem como informações que utilizavam gostos pessoais dos usuários, as curtidas, que associassem essas preferências, muitas de aspecto íntimo, como opção religiosa, orientação sexual, com determinados projetos políticos.

Esse fenômeno foi utilizado em grande escala pelo WhatsApp no compartilhamento de correntes e vídeos em todo mundo, tendo como primeiro grande resultado a questão do Brexit no Reino Unido, com parte expressiva da população optando pela saída do agrupamento de países da União Europeia.<sup>11</sup>

Os resultados obtidos na questão do Brexit, capitaneados pelo analista político estadunidense Steve Bannon, foram importantes para a adesão do projeto político de Donald Trump e aqui no Brasil para o hoje Presidente da República Jair Bolsonaro. Ambos obtiveram orientações estratégicas de Bannon na construção de suas campanhas, como mostraram os jornais *O Globo*, em 26 de outubro de 2018<sup>12</sup> e o jornal português *Diário de Notícias*, em 9 de outubro de 2018,<sup>13</sup> marcando a criação da técnica da “guerra híbrida” hoje discutida intensamente na mídia e na academia.

A questão das “alianças fatídicas”, conforme tratam Levitsky e Ziblatt, é um marco importante para a ascensão desses projetos tanto no Brasil como nos Estados Unidos. Quanto ao Brasil, o apoio de políticos e movimentos da chamada “direita democrática”, cujo grande exemplo pode ser o então Governador de São Paulo, João Dória, cuja campanha chegou a usar o slogan “Bolsodória” em suas propagandas, de movimentos de rua como o Movimento Brasil Livre, grupos empresariais como a Havan, parte da grande imprensa como os Grupos Jovem Pan e Record, além de líderes religiosos relevantes no cenário nacional como Silas Malafaia, Edir Macedo, que capitanearam o crescente movimento evangélico neopentecostal, foram importantes para dar mais “seriedade” e respeitabilidade para o até então deputado do “baixo clero” – hoje, Presidente – Jair Bolsonaro.

Nos Estados Unidos, o apoio dos “insiders”, membros veteranos do Partido Republicano, também foi muito importante para a ascensão de Donald Trump. Além do caráter populista de que gozava, a mudança nas estruturas partidárias no Partido Republicano o ajudou, já que não contava mais com uma “elite fechada” dentro do partido, o que apesar de pouco democrática, por muito tempo manteve os demagogos, usando um termo dos autores, isolados, preservando assim a democracia.

---

<sup>10</sup> Documentário produzido pela Netflix, dirigido por Karim Amer, que aborda a participação da Cambridge Analytica na saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit) e na eleição de Donald Trump como o 45º Presidente dos Estados Unidos. Para maiores informações, consultar: <[https://en.wikipedia.org/wiki/The\\_Great\\_Hack](https://en.wikipedia.org/wiki/The_Great_Hack)>.

<sup>11</sup> No momento em que este artigo foi produzido ainda não havia sido divulgada a resolução do caso, visto que, apesar da vitória do grupo pró Brexit, o Parlamento ainda não formalizou a saída da União Europeia.

<sup>12</sup> A chamada da matéria do jornal *O Globo* publicada em outubro de 2018 é: Steve Bannon, ex-assessor de Trump ligado à extrema direita, declara apoio a Bolsonaro.

<sup>13</sup> A matéria assinada por Maria João Caetano para o *Diário de Notícias* foi assim intitulada: Depois de Trump, Bannon ajuda na campanha de Bolsonaro.



Sobre isso Levitsky e Ziblatt comentam:

Primárias vinculantes eram certamente mais democráticas. Mas não seriam democráticas demais? Ao colocar as indicações presidenciais nas mãos dos eleitores, as primárias vinculantes enfraquecem a função dos partidos como guardiões da democracia, eliminando potencialmente o processo de revisão por pares e abrindo a porta para outsiders (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 57).

Porém, é importante dizer que houve resistência de alguns líderes republicanos importantes. Matéria publicada no jornal *O Globo*<sup>14</sup> mostra que o “Clã Bush” se manteve ausente e até fez duras críticas ao então candidato, como fica claro na fala da ex-primeira-dama Barbara Bush à CBS: “Eu não sei como as mulheres podem votar em alguém que disse aquilo sobre Megyn Kelly”. Barbara fez referência aos insultos do candidato republicano à mediadora da Fox News.

O jornal *O Globo* também traz na mesma matéria que o Republicano moderado Chris Shays, atuante no Congresso até 2008, foi além e endossou a candidatura de Hillary Clinton, segundo ele “com convicção”. Ele escreveu ainda no processo eleitoral par a CNN “Acho que vários republicanos sabem que Trump poderia causar danos ao nosso país e ao mundo, e mesmo assim vão votar nele. Eu, não”.

De uma maneira mais instrumental e didática podemos observar também quatro grandes pontos (“sinais de alerta”) levantados por Levitsky e Ziblatt que servem de parâmetro para similaridades entre o fenômeno estadunidense narrado no livro e o caso fático brasileiro.

O primeiro ponto é a rejeição as regras democráticas do jogo, em ambos os países observa-se esse processo, já que em ambos os casos há, em alguns momentos, uma rejeição a constituição, bem como uma disposição a violá-la “caso seja necessário” como podemos exemplificar no Brasil por declarações dadas pelos filhos do presidente, além de jornalistas de grupos de comunicação que apoiam o atual governo, como o R7, no qual a Revista Fórum em matéria feita por Plínio Teodoro em 19 de agosto de 2019, mostra que em artigo publicado em setembro de 2019 pelo jornalista Carlos Graieb pelo R7, o mesmo apoia a declaração feita pelo vereador e filho do presidente Carlos Bolsonaro (PSL/RJ), que tinha sugerido que a falta de celeridade nos resultados do governo era devido ao regime democrático, dizendo que “para fazer as coisas rápido, a ditadura é o melhor regime”, o veículo de comunicação teve que retirar o artigo do ar após denúncias.

Outro fato importante desse ponto é uma tentativa de criminalizar a mídia e a oposição, tentando colocar para os seus eleitores a posição de “verdadeiros patriotas” e que o único canal de informações verídicas pertencem não a mídia profissional, nem a canais de comunicação de linha editorial de oposição, mas a os canais, e na atualidade também pode-se falar de “YouTubers” do seu espectro político ideológico, colocando a mídia e a oposição numa posição de inimigos da pátria e da verdade que devem ser eliminados, fechados ou presos. O interessante nesse ponto é que muitas vezes esse tipo de discurso é realizado por grandes grupos de comunicação, ou pessoas relevantes no universo virtual, no caso estadunidense a rede de TV Fox News, o radialista Rush Limbaugh e o site Breitbart foram e são muito importantes como apoio do governo desde período eleitoral, como mostra a matéria da Revista Época de 15 de novembro de 2016.

Nas palavras de Levitsky e Ziblatt:

“populistas são políticos antiestablishment – figuras que, afirmando representar “a voz do povo”, entram em guerra contra o que descrevem como uma elite corrupta e conspiradora. Populistas tendem a negar a legitimidade dos partidos estabelecidos,

---

<sup>14</sup> A matéria publicada pelo jornal *O Globo* possui a seguinte chamada: Fogo amigo: os republicanos que não apoiam Trump.

atacando-os como antidemocráticos e mesmo apatrióticos. Eles dizem aos eleitores que o sistema não é uma democracia de verdade, mas algo que foi sequestrado, corrompido ou fraudulentamente manipulado pela elite. E prometem devolver o poder “ao povo” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 34).

Finalizando esse ponto podemos destacar para o fato que em ambos os países, a legitimidade do processo eleitoral foi muito atacada pelos grupos políticos hoje vigentes, gerando no caso brasileiro uma desconfiança com a urna eletrônica, desconfiança essa que era intensa caso o grupo vitorioso fosse o oposto.

O segundo grande ponto destacado por Levitsky e Ziblatt é a negação da legitimidade dos oponentes políticos, e aqui também podemos encontrar muitas similaridades em ambos os projetos e países, já que o discurso que coloca os adversários como subversivos, como uma ameaça, seja a segurança nacional ou a um aspecto mais moral, como a um modo de vida foi e é bastante presente na atualidade desses dois países americanos.

Nos estados unidos, a questão migratória, mulheres democratas de origens diversas e discussões comportamentais além de pautas como saúde gratuita foram importantes na instrumentalização de um pensamento de extrema direita. No caso do Brasil, esse fenômeno pode ser visto, por exemplo, como mostra matéria do Estadão (21/05/2018),<sup>15</sup> no atual fortalecimento de pautas de criminalização dos movimentos sociais, em especial os que lutam por acesso à terra e moradia, como o movimento dos trabalhadores sem-terra e o dos sem teto, que tem sido duramente reprimido, resultando em muitas prisões e mortes dos ativistas, essa agenda se estende de maneira mais intensa também na questão comportamental, principalmente no tocante as mulheres e a população LGBTQI+ como fica claro em matéria publicada em 12 de outubro de 2018 pela Folha de São Paulo.<sup>16</sup>

Levitsky e Ziblatt comentam que “o enfraquecimento de nossas normas democráticas está enraizado na polarização sectária extrema – uma polarização que se estende além das diferenças políticas e adentra conflitos de raça e cultura” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 20).

A sugestão conspiratória de que adversários políticos estejam trabalhando em prol de um grupo, governo, de maneira secreta também é marca desse processo histórico mais recente passados seja pelos estados unidos seja pelo Brasil.

O terceiro ponto que os autores trazem como marca de um comportamento autoritário é a tolerância ou encorajamento a violência, no caso dos dois países em questão, ambos já têm uma história de violência muito presente em suas formações, ambas escravistas, com muitas guerras e conflitos internos, muitas marcadas por questões de raça, classe e gênero.

Os autores apresentam a aproximação do Trump com grupos xenofóbicos e racistas, além de declarações anti-imigratórias, como a construção de um muro na fronteira com México ou como o livro trata de ameaças a deputados de origens diferentes de deportação, no caso do Brasil o atual presidente já tinha uma relação com as forças armadas, por mais controversa que fosse muito antiga, depois houve o desenvolvimento de uma relação com os policiais militares e atualmente se desnuda uma relação de sua família com as chamadas “milícias” do estado do rio de janeiro, que são grupos de profissionais da segurança pública que tomam os pontos do tráfico de armas e drogas e passam a controlar determinadas localidades.

---

<sup>15</sup> A matéria escrita pela jornalista Roberta Pennafort para o Estadão se chama: Bolsonaro sobre MST e MTST: “invadiu é chumbo”.

<sup>16</sup> A matéria intitulada Organizações repudiam fala de Bolsonaro contra ativismos foi publicada na coluna Poder, da Folha de S.Paulo.

Muitas vezes essa relação não se dá com o apoio explícito como já aconteceu e acontece atualmente nos dois países, o livro demonstra que muitas vezes, essa relação se dá com uma condescendência com violências de grupos apoiadores, seja no presente ou no passado, como a celebração de ditaduras civis militares na América Latina no caso do grupo político vigente no Brasil ou movimentos xenófobos como no caso estadunidense. Levitsky e Ziblatt concluem que “Muitos autoritários podem ser reconhecidos com facilidade antes de chegarem ao poder. Eles têm histórico claro” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 31).

O último ponto defendido pelos autores e que também podemos abarcar como sendo um fenômeno estadunidense que se assemelha com o Brasil é a propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia, em ambos os países nos últimos anos, e especialmente, com os dois projetos políticos atuais a uma verdadeira “guerra” contra a mídia e a liberdade de imprensa, com declarações e medidas com o objetivo de restringir a atuação de grupos de comunicação que eventualmente ou não tecem críticas aos projetos políticos vigentes.

No caso do Brasil a chamada grande mídia, em especial a Rede Globo, tem sido alvo das mais diversas tendências políticas desde a ditadura civil militar, a qual manteve relações estreitas por longo período, vindo a anos depois lançar editorial onde lamenta e se arrepende do apoio ao regime de exceção nos anos 60, atualmente não só a Globo como a Folha, para citar mais um exemplo tem sido lidos como inimigos do governo que inclusive estimula a seus adeptos a não consumirem esses veículos, no caso dos Estados Unidos, o prestigiado jornal *The New York Times*, bem como a revista britânica *The Guardian* tem sido os alvos preferidos do atual presidente, como nos mostra o livro e a matéria da Revista Época publicada em 15 de novembro de 2016.

Dessa primeira ideia dos autores tiramos o que eles defendem muito que é a retomada da importância dos partidos políticos para a preservação da democracia nas palavras dos autores “a responsabilidade de separar o joio do trigo está, antes, nas mãos dos partidos e dos líderes partidários: os guardiões da democracia”.

Levitsky e Ziblatt nos lembram que:

um elenco de outsiders políticos, incluindo Adolf Hitler, Alberto Fujimori no Peru e Hugo Chávez na Venezuela, chegou ao poder da mesma maneira: a partir de dentro, via eleições ou alianças com figuras políticas poderosas. Em cada caso, as elites acreditaram que o convite para exercer o poder conteria o outsider, levando a uma restauração do controle pelos políticos estabelecidos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 24).

Essa responsabilidade, segundo os autores pode ser exercida de três maneiras, primeira, os partidos devem manter os autoritários em potencial fora das chapas eleitorais em época de eleição, para isso devem pôr a democracia e a credibilidade do partido em primeiro lugar e resistir aos autoritários, mesmo que sejam populares.

Levitsky e Ziblatt alertam para isso:

em qualquer democracia, políticos irão às vezes enfrentar desafios graves. Crise econômica, insatisfação popular crescente e declínio dos partidos políticos estabelecidos podem pôr à prova o discernimento até mesmo dos insiders mais experientes. Se surge um outsider carismático, ganhando popularidade ao desafiar a velha ordem, é tentador para os políticos do establishment, que percebem que seu controle está se desfazendo, buscar cooptá-lo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 2).

Outra maneira de evitar autoritários defendida na obra é erradicar extremistas nas bases de suas fileiras, isso daí já controla muitas vezes um problema que poderia ficar maior, antes do mesmo se fortalecer. Os autores sugerem também, como medida para evitar autoritários que os partidos democráticos evitem toda e qualquer aliança com partidos e candidatos

antidemocráticos, além de isolá-los ao invés de legitimá-los, para não normalizar ou dar respeitabilidade a figuras autoritárias.

Levitsky e Ziblatt discorrem sobre o último pleito eleitoral estadunidense:

os estados unidos fracassaram no primeiro teste em novembro de 2016, quando elegemos um presidente cuja sujeição às normas democráticas é dúbia. A surpreendente vitória de Donald Trump foi viabilizada não apenas pela insatisfação das pessoas, mas também pelo fracasso do Partido Republicano em impedir que um demagogo extremista em suas próprias fileiras conquistasse a indicação (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 19).

Sugerem os autores algo que, pelo menos no Brasil tem sido discutido para as próximas eleições majoritárias do executivo que é a formação de uma frente única para derrotar os autoritários mesmo que sejam com tradicionais adversários políticos, pessoas de ideologia muito diferente.

Levitsky e Ziblatt (2018, p. 35) advogam que “em tempos extraordinários, a liderança partidária corajosa significa pôr a democracia e o país à frente e explicar claramente aos eleitores o que está em jogo”.

Em suma, o a veia autoritária é presente tanto nos estados unidos como no Brasil há muito tempo, acredito que a formação dessas ex-colônias foi e é até hoje autoritária, porém como defendem os autores que “a verdadeira proteção contra autoritários em potencial não foi o firme comprometimento da população com a democracia, mas, antes, os guardiões da democracia - os nossos partidos” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 44).

Por fim, é importante rememorar o alerta de que as “democracias ainda morrem, mas por meios diferentes. Desde o final da guerra fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 16).

Ao contrário de Levitsky e Ziblatt, o cientista político David Runciman tem uma percepção um tanto distinta do citado “colapso democrático”. Ele acredita que a democracia (representativa) está passando por uma “crise de meia idade” e que, por isso, são necessários ajustes, um “amadurecimento”, um aprimoramento, sendo que para isso é necessário perceber que “[...] O que nos puxa para a frente é nosso anseio por coisas melhores. O que nos puxa para trás é nossa relutância em abrir mão do que nos trouxe até aqui” (RUNCIMAN, 2018, p. 12).

Para ele, “[...] A grande questão do século XXI é saber por quanto tempo poderemos manter os arranjos institucionais em que estamos habituados a confiar, a ponto de nem notar mais quando param de dar resultado” (RUNCIMAN, 2018, p. 10).

Runciman compreende que as mudanças democráticas são substanciais, porém passíveis de acomodação, de realinhamento. Enquanto Levitsky e Ziblatt trazem diagnósticos e apontam categorias identificadoras do problema, Runciman adota uma postura de prognóstico, reconhecendo a “falha no sistema” e apontando que, apesar de ter todas as possibilidades de sobreviver, a democracia não será a mesma daqui por diante. Isto não quer dizer que será melhor ou pior, apenas diferente. Seu exercício encaminhará seu status.

Para David Runciman:

[...] O problema da democracia no século XXI é que suas virtudes positivas estão se esgotando. Evitar o desastre, por si só, não basta. Para a democracia florescer, ela precisa preservar sua capacidade de combinar resultados benéficos com reconhecimento pessoal, o que não está mais acontecendo. Ainda há benefícios e ainda há o reconhecimento: só não ocorrem ao mesmo tempo (RUNCIMAN, 2018, p. 228).

Por fim, munido de sua estratégia prospectiva, Runciman traça algumas lições para que tentemos compreender o ponto exato em que nos encontramos em relação à democracia hoje. Ele informa que a democracia ocidental madura está em declínio, ela já passou do seu apogeu; que não podemos nos permitir uma preocupação constante com sua morte, o que precisamos é reconhecer que, se ela ainda está viva, precisamos viver junto a ela. Ou seja, não é eficaz desperdiçar o período que ainda nos resta preocupados com seu fim; a força da democracia reside em sua capacidade de dismantelar os problemas de maneira a torná-los administráveis, o que significa que a democracia deverá ser capaz de dismantelar sua própria morte. E de poder adiá-la, peça por peça; a democracia não somos nós, sua morte não significa nossa extinção; a história da democracia não terá um ponto final singular, a menos que também seja o fim de toda a vida humana. As democracias ocidentais maduras precisam parar de se mirar em outras nações para entender o que ocorrerá com elas: o Brasil não é a nova Grécia. Não podemos viver através dos outros, assim como não podemos morrer através dos outros. Precisamos atravessar tudo isso nós mesmos (RUNCIMAN, 2018, p. 230-233).

Tal interpretação é cabível para qualquer nação, até por que cada uma delas elaborará alternativas particulares para seu amadurecimento democrático, de acordo com suas culturas democráticas e de formação cidadã. Neste sentido, o Brasil é capaz de encontrar sua saída. Começemos a construí-la.

## CONCLUSÕES

É certo que, apesar dos abalos democráticos vividos nos últimos anos por diversos países ao redor do globo serem distintos, cada um destes países possuem características, vivências e desenhos institucionais próprios, o que torna inaplicável uma solução única e definitiva às diversas realidades fáticas. Todavia, apesar de centrados no paradigma norte-americano, os trabalhos desenvolvidos por Steven Levitsky, Daniel Ziblatt e David Runciman trazem alguns diagnósticos e instrumentos teóricos possíveis de serem utilizados, com as devidas adaptações, a outras nações, o que inclui o Brasil.

Os “sinais de alerta” (rejeição às regras democrática; negação de legitimidade aos adversários políticos; o encorajamento estratégico da violência; indicativos de restrição de liberdades civis e tentativa de tutela e censura aos órgãos de imprensa) podem funcionar como um chamamento inicial a uma situação político-social de conotação antidemocrática. Ou seja, verificar a presença destes alertas em casos concretos pode ajudar a constatar a existência ou não de perigo à manutenção do sistema democrático.

Certo é que palavras de ordem e “profecias” de fim de mundo não ajudam a compreender o fenômeno de recrudescimento social e de recessão democrática no Brasil e no mundo. Sendo assim, a sociedade e o círculo intelectual, assim como a imprensa (livre) devem manter-se vigilantes e atentas a quaisquer tentativas de alteração antidemocrática das regras do próprio jogo democrático. Como aponta Runciman, mudanças podem e devem ser feitas e devemos aprender com elas, todavia o marco democrático – mesmo que de lastro liberal e essencialmente baseada na representatividade – deve manter sua base essencial, sob pena de dormirmos sob as luzes democráticas e acordarmos sombreados por aparatos repressores, autoritários e, por que não, iliberais.

A priori as análises traçadas por Steven Levitsky, Daniel Ziblatt e David Runciman parecem cabíveis a caminhada trôpega do Brasil dos últimos anos. Há elementos de aproximação. Mas não é possível descartar certa miragem nesta aproximação – conforme dito, cada país possui características e vivências próprias, sendo equivocado generalizar conceitos e estudos sem as

devidas adaptações e correções –, devendo a pesquisa manter-se contínua, de forma a que, além do diagnóstico apropriado, possamos apontar soluções e estratégias para o estaque do recrudescimento social e o reavivamento do sentimento democrático no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.
- CAETANO, Maria João. **Depois de Trump, Bannon ajuda na campanha de Bolsonaro**. Diário de Notícias, 9. out. 2018. Mundo. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/depois-de-trump-bannon-ajuda-na-campanha-de-bolsonaro-9972152.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CARDOSO, Fernando Henrique; OLIVEIRA, Miguel Darcy; FAUSTO, Sérgio. **Crise e reinvenção da política no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- CARVALHO, Laura. **Valsa brasileira: do boom ao caos econômico**. São Paulo: Todavia, 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERRARI, Bruno; VARELLA, Gabriela. **A mídia militante que ajudou a eleger Donald Trump**. Revista Época, 15/11/2016. Mundo. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/mundo/noticia/2016/11/midia-militante-que-ajudou-eleger-donald-trump.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.
- MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PENNAFORT, Roberta. **Bolsonaro sobre MST e MTST: “invadiu é chumbo”**. Estadão, 21/5/2018. Política. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-e-melhor-perder-direitos-trabalhistas-que-o-emprego,70002317744>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (org.). **Brasil em transe: bolsonarismo, nova direita e desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2019.
- Sem autor. **Organizações repudiam fala de Bolsonaro contra ativismos**. Folha de São Paulo, 12/10/2018. Poder. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/organizacoes-repudiam-fala-de-bolsonaro-contra-ativismos.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- Sem autor. **Fogo amigo: os republicanos que não apoiam Trump**. O Globo. Mundo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/fogo-amigo-os-republicanos-que-nao-apoiam-trump-20241163>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- Sem autor. **Steve Bannon, ex-assessor de Trump ligado à extrema direita, declara apoio a Bolsonaro**. O Globo, 26/10/2018. Brasil. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/steve-bannon-ex-assessor-de-trump-ligado-extrema-direita-declara-apoio-bolsonaro-23187643>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEODORO, Plinio. **Ex-secretário de Alckmin defende Carlos Bolsonaro**: “Para fazer as coisas rápido, a ditadura é o melhor regime”. Revista Fórum, 19/9/2019. Política. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/politica/ex-secretario-de-alckmin-defende-carlos-bolsonaro-para-fazer-as-coisas-rapido-a-ditadura-e-o-melhor-regime/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.



**Coordenação:**

Evilasio da Silva Salvador (UNB)

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua (USP)

Maria Lúcia Barbosa (UFPE)

Maria Raquel Lino de Freitas (PUC-MG/USP)





## **PROJETO REFLETIR: O RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA EM CURSO PARA A FORMAÇÃO DOS CONSELHEIROS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS NO ESTADO DE GOIÁS**

**Anna Carla Duarte Chrispim**

Mestre em Direito Público (PUC-Minas). Professora Assistente (PUC-Minas). Pesquisadora (ESAF). Procuradora da Fazenda Nacional.

**Patrícia Souza Oliveira Ramos**

Graduada em Serviço Social (PUC-GO). Analista do Seguro Social.

### **INTRODUÇÃO**

Este artigo tem como objetivo relatar uma experiência de formação de conselheiros de políticas públicas no estado de Goiás e registrar os resultados parciais da iniciativa. Para tanto, descreve o processo de concepção, planejamento e execução do projeto REFLETIR até o primeiro semestre de 2019.

A higidez do planejamento e da execução das políticas sociais depende do aperfeiçoamento dos meios de controle, especialmente, do controle social, dada a legitimidade do sujeito controlador que, em última análise é o financiador e ao mesmo tempo o destinatário destas políticas.

A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu um Estado Democrático de Direito Socioeconômico-cultural e tentou estabelecer uma ancoragem deste sistema sobre uma política de gestão democrática dos recursos públicos, sobretudo, mediante a implementação dos Fundos Públicos destinados ao planejamento e à execução das políticas sociais, numa forma de reação à condução autoritária destas políticas no período que antecedeu à redemocratização do Brasil, após a ditadura.

### **A CONSTITUIÇÃO FISCAL BRASILEIRA DE 1988 E CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO SOCIOECONÔMICO-CULTURAL**

O Estado contemporâneo se estrutura, se constitui não mais de três, mas de quatro elementos: povo, território, poder e finalidade. Estes elementos são, via de regra, alinhavados em

um documento (único ou não)<sup>1</sup> chamado Constituição. Tais documentos são assim chamados porque declaram, alinham e formalizam os elementos constitutivos do Estado e dizem a qual finalidade sua existência se destina.

É importante observar que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) embora nomine textualmente a criação de um Estado Democrático de Direito, adota substancialmente a forma de um Estado Democrático de Direito Socioeconômico- cultural (CANOTILHO, 1993) no qual se destacam como instrumentos integrantes do conceito os princípios da segurança jurídica (estado de direito), da participação popular (estado democrático), da liberdade e da solidariedade (estado socioeconômico) e da igualdade (estado cultural). (CHRISPIM, 2013)

Tal arquitetura se evidencia na simples observação do índice sistemático daquele documento político que: i) do art. 1º ao 4º apresenta a República e os seus princípios fundamentais; ii) do art. 5º ao 17, adota a concepção de Marchall<sup>2</sup> sobre cidadania para descrever os direitos e deveres individuais e coletivos do cidadão; iii) do art.18 ao 43 trata da distribuição político-administrativa do território nacional, iv) do art. 44 ao 135 estrutura os poderes correspondentes às funções essenciais da República; v) do Art. 136 ao 144<sup>3</sup> e do Art. 170 ao 232<sup>4</sup> cuida de relacionar as finalidades para as quais a República foi constituída; e vi) após essa cuidadosa arquitetura, do art. 145 a 169, a CRFB descreve os meios necessários a que tudo se realize, determinando como vai ser planejada a operação do Estado (Orçamento) e como ele vai obter meios materiais (Arrecadação) para realizá-la. (CHRISPIM. 2009, p. 38)

A posituação desta complexa estrutura fundou-se num debate político amplo e reativo que procurou romper definitivamente com a ditadura que antecedeu à reconstituição do Estado Brasileiro e restabelecer uma base forte e popular para o recomeço da experiência democrática. Deste debate surgiu um dos mais avançados textos constitucionais do mundo ao qual se atribuiu o festejado título de Constituição Cidadã.

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu um Estado Democrático de Direito Socioeconômico-cultural e buscou estruturar, para o planejamento e a execução das políticas públicas sociais, um aparato de gestão democrática dos recursos públicos que foi ancorado não só na posituação constitucional destas políticas, mas também na instituição dos seus respectivos Fundos Públicos geridos e/ou fiscalizados de forma paritária pelo Estado e pelos cidadãos: os Conselhos de Políticas Públicas e Defesa de Direitos. (CHRISPIM, 2013. p. 20)

Embora tímida, a atuação do constituinte de 1988, neste quadrante erigiu-se como uma reação concreta, no âmbito fiscal, à condução autoritária estabelecida sobre estas políticas públicas durante as décadas que sucederam ao golpe militar de 1964.

Contudo, o estudo das democracias contemporâneas tem reforçado a insuficiência da representação e da participação popular na feitura da lei e da Constituição para garantir a criação, a manutenção e a promoção de um estado laico, plural e solidário.

---

<sup>1</sup> No Direito chamado consuetudinário a Constituição é composta por documentos que – embora esparsos – compõe a descrição dos princípios e dos elementos daquele Estado. Não são documentos expedidos de um jato só, sofrem mutações contínuas e dificilmente se sujeitam a grandes reformas.

<sup>2</sup> Para Marchall, o conceito de cidadania só se completa com a conjugação de direitos e obrigações civis (Art. 5º), direitos sociais (Arts. 6º ao 11) e direitos políticos (Arts. 12 ao 17).

<sup>3</sup> É de se reparar que aqui estão alinhavadas as finalidades típicas do Estado Liberal, quais sejam: Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas.

<sup>4</sup> Por outro lado, aqui estão alinhavadas as finalidades típicas do Estado socioeconômico-cultural: a) ordem econômica e financeira (composta pelos dos princípios gerais da atividade econômica; da política urbana; da política agrícola e fundiária e da reforma agrária; do sistema financeiro nacional); b) da ordem sociocultural (composta pela seguridade social; educação, cultura e desportos; ciência, tecnologia e inovação; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente, jovem e idoso; índios e minorias como as comunidades quilombolas).

Nesse sentido, é importante frisar que a legitimidade estatal não se encontra mais apenas na gênese normativa, mas na concreção do Direito. Neste ponto, adverte Luiz Moreira (2007) quanto à necessidade de se alertar para a distinção entre a norma (em seu momento de criação e aplicação) e o fato (enquanto ocorrência e acomodação social), sob pena de “facultar ao Direito uma hegemonia que reduz a sociedade a uma única dimensão” a dimensão jurídica, invalidando a dimensão política, econômica e social (MOREIRA, 2007, p. 101).

É somente quando a lei atua em espaços concretos e diante de problemas concretos é que se torna viva, eficiente e eficaz na realização dessa vontade. Daí a importância de reconhecer a atividade estatal vinculada ao discurso participativo, não só na gênese, mas também na aplicação. (CHIRSPIM (2013, p. 9)

Segundo MULLER (2003, p. 132) só assim, “um estado democraticamente constituído pode(ria) tornar-se uma república, no sentido enfático da palavra: uma *res publica*, coisa pública – quer dizer, segundo a etimologia do latim arcaico, uma *res populica*: uma coisa do povo.”

## **OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA**

Mesmo com os importantes avanços que trouxeram significativas mudanças especificamente no setor das políticas públicas sociais, ainda no Brasil consta expressivo quadro de apatia e desigualdade social que assola a vida de muitos cidadãos pertencentes a diversos territórios. No pós-Constituição, essas mudanças foram responsáveis por introduzir inovações no campo da formulação e fiscalização das políticas públicas sociais em atendimento as diversas áreas, como saúde, educação, assistência social e criança e adolescente.

No conjunto dessas importantes mudanças, destaca-se o novo modelo de gestão que se apresenta no âmbito da formulação e implementação das políticas públicas sociais, institucionalizando novos espaços de participação da sociedade no planejamento para o enfrentamento dos problemas colocados no rol das prioridades, execução e avaliação das ações, processo no qual a participação social deve ser garantida e sobretudo, respeitada como princípio constitucional e fruto da conquista da sociedade brasileira.

Essa perspectiva deve ser reconhecida como uma das maneiras mais avançadas de garantir a democracia participativa em que nova forma determina a relação entre o Estado e a Sociedade. Nessa dinâmica consta como característica principal a prática da negociação entre governo e representantes da sociedade, uma vez que a legitimidade da representação ocorre quando os indivíduos interagem nos mesmos contextos que os caracterizam no conjunto das adversidades. Com isso, nesse novo modelo se evidencia a necessidade da participação de atores sociais, capazes de influenciar para transformar a velha gestão centralizada e autoritária em descentralizada e participativa, nova forma de fazer gestão e proporcionar a ruptura com as políticas clientelistas, dar lugar para as políticas inclusivas e de redução da desigualdade social.

Ocorre que, a afetividade desta participação implica necessariamente na compreensão por todos os envolvidos na implementação das políticas públicas sociais do que venha ser de fato, a corresponsabilidade na gestão democrática.

## **A PREPARAÇÃO DOS ATORES DO DISCURSO NO ÂMBITO DOS CONSELHOS**

Para Habermas (1997), a democracia participativa realiza-se e consolida-se não só pela feitura (processo legislativo) e pela aplicação da lei (por ação do executivo e do judiciário), mas pela participação do cidadão em todas as fases deste permeável processo intersubjetivo, no qual o

direito se legitima não só formalmente no discurso normativo, mas também no seu discurso de justificação e de aplicação, somente quando “válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” (Habermas, 1997, 142). Mas para o autor, um discurso racional só ocorre em uma situação ideal de fala.<sup>5</sup>

A teoria discursiva de Habermas recupera a Teoria da Solidariedade Organicista de Durkeim, na qual o sentimento de pertença dos indivíduos de uma sociedade decorre da consciência de sua interdependência dentro da esfera social. Aqui, o consenso parte da crença dos indivíduos de que fazem parte de uma mesma engrenagem. O indivíduo não se perde no todo social nem é conduzido a um processo de isolamento do qual decorre a anomia.

Esta mutação é bem resumida pela análise feita por Cruz (2006, p.43), sobre a obra de Habermas:

“concebe um sistema composto por indivíduos dotados de capacidade de aprendizagem, no qual o Direito passa a ser o sistema que possibilita a organização da sociedade em bases legítimas. Esta nova concepção do direito, faz com que o princípio da democracia seja entendido exatamente como a abertura do direito a influxos externos, ao emprego de argumentos pragmáticos e ao uso ético-político da razão comunicativa, elementos que ele reelabora de forma a permitir que a sociedade se reorganize sob bases legítimas e diferentes da base formal e neutral sob a qual se assentou a democracia formal representativa do estado liberal, maior das vezes utilizada como forma de preservação da hegemonia das elites político-econômicas.”

É neste contexto que, alguns conselhos de políticas públicas no Estado de Goiás, identificaram no curso da sua atuação a necessidade de capacitar os atores envolvidos nesta experiência discursiva que é o Conselho de Políticas Públicas Sociais.

A corresponsabilidade dos conselhos no âmbito das respostas dadas às mais variadas necessidades e demandas apresentadas no bojo da sociedade capitalista, perpassa pelo crescente protagonismo e a resistência por parte dos conselheiros em intervir na destinação dos recursos públicos e na decisão do governo sobre a sua redução, sobretudo, exige destes novos agentes um olhar minucioso no que refere o alcance da efetividade destes recursos, ou seja, a qualidade da oferta pública e a redução dessa desigualdade.

Porém esse exercício da sociedade controlar a ação estatal, dispositivo esse muito significativo assegurado na Constituição Federal de 1988, se encontra ameaçado pela influência do ultra liberalismo, atualmente predominante na conjuntura política brasileira, concepção clara, formuladas ainda pelos economistas políticos do século XIX, que comungam da ideia de que a igualdade e a prosperidade na sociedade, ocorrem com a pavimentação máxima da liberdade de mercado e, o mínimo de intervenção estatal sobre ela.

Esse contexto político deve se tornar o centro das atenções dos cidadãos e principalmente recaia sobre os ombros dos agentes do controle social o compromisso da atuação em defesa da manutenção deste direito constitucional e reconhecido no cenário internacional como importante avanço da sociedade brasileira organizada. Visto que a luta de classes sempre esta em prevalência numa sociedade capitalista, como a do Brasil, mas que de outro lado se constitui como democrática de direito na qual prega em todo seu ordenamento jurídico, a função de garantir a proteção social aos seus cidadãos, sobretudo, diante da Emenda Constitucional 95.

---

<sup>5</sup> Situação na qual se crie um contexto ótimo de comunicação, pressupondo que todos aqueles que tenham um interesse legítimo em participar da discussão de um tema tenham o direito de expressar livremente suas opiniões, que a influência das desigualdades de poder seja eliminada, que haja uma busca sincera do entendimento, que não ocorra comportamento manipulativo, e que todos sejam obrigados a argumentar racionalmente em defesa de suas posições, para que os resultados da discussão e da deliberação decorram apenas da força dos melhores argumentos.

Ocorre que, antes mesmo do congelamento da despesa pública recém implementado pela EC 95, a literatura já apontava problemas relevantes em relação à gestão do orçamento público na área das políticas sociais, dentre eles, a baixa execução orçamentária dos gastos discricionários, especialmente nas áreas de habitação, saneamento, urbanismo e direitos da cidadania (SALVADOR, 2010, p. 187).

O trabalho de PERSOTO (2005, p. 42) denuncia uma situação crônica de despreparo e de apatia ou de impotência que permeia a atuação destes atores aos quais incumbe o importante papel de concreção do direito e das políticas sociais. Embora aquele estudo tenha se operado no Estado de São Paulo, não se pode dizer que em Goiás a situação se apresentasse de forma diferente.

Embora, segundo SALVADOR (2012, p. 12/13), “cerca de ¼ dos recursos liquidados nas funções saúde, previdência e assistência social não passem pelos respectivos fundos sociais” não é possível deixar reconhecer a importância do papel dos conselheiros destas políticas sociais. É que, conforme admite o mesmo autor:

“Os fundos sociais têm sua origem no Brasil na luta contra a ditadura e no processo constituinte para aprovação de uma legislação que, com base na Constituição Federal, assegura-se a ampliação dos direitos sociais (ROCHA, 2002). Nesse sentido, o modelo de fundos públicos buscado foi aquele com conselhos de composição paritária entre os representantes governamentais e não governamentais para acompanhar e fiscalizar políticas públicas, apesar de ainda hoje prevalecer um montante elevado de recursos que ficam “fora dos fundos” em relação às respectivas políticas, pois ao criar um fundo vinculam-se receitas para a execução de determinados programas de trabalho.”

Assim, neste pujante contexto ultra liberal que passa o país, fortalecer a participação social é outra grande e prioritária responsabilidade que requer dos agentes do controle social estratégias para a manutenção das decisões democratizadas com os representantes dos grupos sociais integrantes da sociedade. Porque a defesa da democracia participativa, assegurada em muitos dispositivos constitucionais, a exemplo daqueles expressos nas Leis: nº 8.142/90 (que regulamenta os Conselhos e as Conferências de Saúde) e a de nº 7.842/93 (que organiza a Política Nacional de Assistência Social e as instâncias deliberativas), na atual conjuntura política, exige mais ainda, dos envolvidos medidas que asseguram os direitos de cidadania já conquistados ao longo das lutas sociais empreendidas.

Torna urgente que estes agentes do controle social, quando necessário for defender seus direitos ameaçados, que recorram aos instrumentos legais e aos guardiões das Leis, além de buscar a aglutinação dos mais variados movimentos sociais organizados para estabelecer pressão popular sobre o Poder Legislativo e ao Executivo. Pois a Constituição Federal de 1988, no parágrafo único de seu artigo 1º, apregoa: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", deixando bem claro que a transferência de Poder não é absoluta e que a sociedade continua com uma carga de participação nas decisões sobre as políticas públicas sociais de interesse coletivo. Mecanismos que destacam nitidamente as competências e atribuições destas instâncias, como importante e significativo reconhecimento do direito da participação social na gestão do sistema de garantias e de proteções, onde se reconhece o lugar do controle social como parte legítima na sociedade democrática de direito.

Essa concepção de estado de direito, traz novo olhar para a construção das políticas públicas sociais, evidencia-se prevalência dos valores e do respeito às diferenças no conjunto da diversidade humana e as garantias fundamentais individuais e coletivas aos direitos sociais e políticos. Os quais preponderantemente devem ser protegidos pelo Poder Judiciário e, sempre deverão ser assegurados pelo Estado democrático de direito brasileiro.

Nessa perspectiva, entende-se que as definições dos papéis frente à política pública social, tanto pelos conselheiros e quanto pela gestão, deve ser apontado e priorizado no diálogo entre as partes, pois os governos fazem suas escolhas, principalmente quando estão sob o argumento da necessidade de se estabelecer limites de investimento público em razão da ótica de ajuste fiscal. Ocasionalmente, que as prioridades necessariamente precisam ser mais evidenciadas e as decisões dos conselheiros cada vez mais estratégicas para que os seguimentos que estão em situações mais vulneráveis não tenham fardos que os colocam em condições cada vez mais agravadas, diante da brutal desigualdade histórica já evidenciada na realidade de muitos cidadãos brasileiros e, que as instâncias deliberativas e as consultivas não sejam desconsideradas no conjunto das decisões governamentais.

O Projeto Refletir adotou como máxima de sua concepção a necessidade de:

“empreender ações de curto, médio e longo prazo para potencializar de maneira contínua a participação dos conselheiros (as) na elaboração das políticas e a aplicação dos recursos públicos, especialmente voltados para a realização das políticas sociais, na implementação dos Serviços, Programas, Projetos e Benefícios, por meio dos respectivos Conselhos Municipais, sendo oportuno também, o envolvimento de organismos como os Observatórios, tornando-os, operativos no que refere a participação social na gestão pública municipal, onde ocorre o atendimento ao cidadão.”

Embora existam estas definições bem demarcadas das funções dos mais diversos Conselhos em seus instrumentos regulatórios, ainda nos cotidianos destes espaços, são notórias muitas dificuldades por parte dos agentes indicados por representar tanto a sociedade civil organizada quanto o governo, do seu papel frente a todo o processo que envolve a política pública de sua responsabilidade. Por isso, compreende-se que investimento em políticas públicas, antes de mais nada é a capacidade dos gestores prevê recurso para as diferentes fases de implementação da política pública social, direcionando percentual necessário para a formação contínua dos trabalhadores, inclusive direcionadas ao controle social, envolvendo conselheiros, equipe técnica dos conselhos e os trabalhadores pertencentes da rede socioassistencial privada. Esta medida deve ser compreendida por todos os atores envolvidos na execução das políticas públicas como sustentáculo para constituição de intervenção com capacidades técnicas políticas necessárias para realizar os enfrentamentos das vulnerabilidades e das diversas violações presentes na vida de muitos cidadãos que convivem longe da verdadeira cidadania.

Esta cidadania deve ser entendida no Estado de direito, como meio para viabilizar o desenvolvimento do país em que seus governantes se comprometem com bases sustentáveis para redução da desigualdade e com maior justiça social com aqueles que estão sempre à margem da sociedade. Assim, afirma-se que essa deve ser a luta constante dos conselheiros principalmente representantes da sociedade civil. Porque essa é e deve ser sempre compreendida pela gestão e conselheiros como uma luta constante nos cotidianos das instâncias deliberativas, porque a história nos confirma que direito social, jamais deve ser tratado, como benevolência e sim, como fruto de disputas e de pressões da sociedade sobre os governos, resultados de longas lutas dos trabalhadores pertencentes a diferentes grupos sociais.

A partir dessa compreensão, apresenta-se o Projeto Refletir, cujo o objetivo é propiciar aos atores do controle social a reflexão para o reconhecimento do seu papel diante da gestão democrática das políticas públicas sociais. Com isso, espera-se que aqueles agentes que estão investidos da função pública de conselheiros, adotem no decorrer da sua atuação, os princípios constitucionais da administração pública que destaca a obrigatoriedade de cumprir com a : legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, norteados dessa forma, sua conduta diante da função de conselheiro; sobretudo, empoderá-los, para orientar, acompanhar e fiscalizar as ações que visam o enfrentamento das inúmeras vulnerabilidades e diferentes

violações, através da representatividade exercida em atenção as necessidades de seus representados, independente se representa o governo ou a sociedade civil. Bem como, estimulá-los para que venham demarcar a luta pela manutenção e ampliação das coberturas das diferentes políticas públicas com cofinanciamento cada vez mais crescente na medida com que se expressam as necessidades inerentes aos contextos diversos que se inserem as pessoas. Por fim, instrumentalizá-los para qualificar cada vez mais a atuação, de modo que desenvolvam habilidades e competências principalmente em tempos de ajustes na economia que por via de regra, já acena que a proteção social pelo Estado aos cidadãos deve ser reduzida. O empoderamento dos agentes do controle social neste cenário de sobreposição do Estado de direito, torna-se urgente e fundamental para a manutenção e o fortalecimento do sistema forte de garantias que permite a proteção social à população em momentos de aprofundamentos da desigualdade, de aumento da violência, de privações e de sofrimentos que nas crises econômicas são ainda maiores e atingem aquelas pessoas que estão em condições mais desigual, a exemplo daquelas que vivem em constantes violações por questões de classe, deficiência, etnia/raça e gênero.

O Projeto toma em toda sua concepção o reconhecimento de que o Brasil é estado democrático de direito e, que assim sendo, tem por finalidade princípio, proteger todos os cidadãos, revelando-se cada vez mais forte em sua supremacia interventiva junto às diversas vulnerabilidades e violações que se expressam em variados contextos. E isso, só pode ocorrer segundo Campos, Edval Bernadino, quando os agentes do controle social conhecer cada dimensão que trata da técnica, ética e da política, frente ao controle da política pública. Essas dimensões direcionam a atuação, mas também traz a clareza do que é a efetiva gestão democrática, que só pode ser real, quando contém a ampla e qualificada participação, quer seja nos conselhos de políticas públicas e de direitos, quer seja nos muitos tipos de canais participativos existentes no conjunto da sociedade.

Para perspectivar uma sociedade mais equânime, torna fundamental que principalmente os representantes da sociedade civil compreendam a importância da articulação que viabilize canais que permitam o diálogo para a construção de propostas de maneira congruente com interesses dos representados. Neste entendimento, a efetividade da representação depende da interação comunicativa e também depende da interlocução com suas bases, prioritariamente com o público beneficiário das políticas correlatas. Haja vista que existe um crescente distanciamento entre o grupo representado com que está na representação.

Outra grande expectativa apresentada no decorrer do Refletir é a introjeção dos elementos fundamentais para estimular a discussão entre os participantes dos Seminários, de modo que os integrantes compreendam as competências e atribuições dos conselhos, como órgãos autônomos vinculados às gestões, apenas no organograma administrativo, relação essa que deve assegurar os subsídios administrativos fundamentais para a garantia do seu bom funcionamento, com a existência e a manutenção de estrutura acessível e inclusiva, material de expediente e permanentes, equipe técnica para assessorar e proporcionar relatoria qualificada. Reafirma-se que a relação é de corresponsabilidades e, não de submissão. Tendo em vista que os conselhos possuem competências e atribuições próprias estabelecidas em normativas, as quais definem suas características, ou seja: deliberativa e ou consultiva, podendo constar uma única característica dependendo da sua natureza.

Desse modo, somente pode-se afirmar, o caráter deliberativo e consultivo dos conselhos, quando a gestão consegue dá ênfase para as condições de funcionamento e contudo, respeite suas competências e o conjunto de suas atribuições. No entanto, identifica se, principalmente nas

atas de muitos conselhos que a inclusão de pautas estão ainda cada vez mais limitadas, seja pelo interesse ou pela ordem de prioridades da gestão.

Mesmo tendo em sua composição a sociedade civil em quantitativo majoritário, identifica-se que em muitos os conselhos, constantemente a pauta tem sido apresentada pelo governo, sendo muito pouco definida pela participação do conjunto dos conselheiros representantes da sociedade civil organizada, o que tem dificultado significativamente a discussão das questões que envolvem seus seguimentos que em muitos os casos não estão incluídos nas ofertas previstas nas próprias políticas das quais os respectivos conselhos são corresponsáveis. Isso tem resultado uma perda significativa de autonomia por parte dos diferentes conselhos, que acabam não garantindo a qualidade e principalmente o aprofundamento dos debates, até mesmo influenciando nos resultados das deliberações. O que tem gerado portanto, o distanciamento da proposta de instância de diálogo, debates e sobretudo, de negociação, no que propõe as normativas pertencentes aos conselhos, como canal de vocalização sobre as demandas das bases dos movimentos sociais, por meio do exercício da representatividade por vários tipos de grupos sociais ligados às várias organizações da sociedade civil eleitas para compor os muitos mandatos nos conselhos de políticas públicas e de direitos.

## **O SURGIMENTO DO PROJETO REFLETIR**

Estas questões discorridas até o momento, foram as razões que motivaram um pequeno grupo de conselheiros, contendo (1) um conselheiro representante da sociedade civil e (2) dois conselheiros governamentais, integrantes do Conselho Municipal de Assistência Social de Goiânia, que já estavam incomodados a tempos com a relação entre conselho e Órgão Gestor, cada vez mais precária. Relação essa que historicamente vem afetando nas condições do bom funcionamento do mencionado Conselho e, seguramente situação semelhante nos demais Conselhos, que notoriamente implica na capacidade técnica política dos agentes ligados ao controle social.

Diante de tal cenário, os conselheiros resolveram unir em torno de uma proposta que pudesse desconstruir o ciclo vicioso existentes nos diferentes conselhos, a partir de provocações que levam a reflexão em torno do papel dos conselheiros, técnicos da gestão, dirigentes de entidades e seus profissionais. E neste espaço de reflexão, espera-se a participação dos gestores, oportunizando o alinhamento das informações e propiciando o diálogo entre os agentes listados e gestores, onde possam dissolver a visão equivocada entre gestão e conselho, de maneira a definir o papel de ambos. Qualificá-los para atuar e influenciar na qualidade das ofertas públicas de forma a reduzir as vulnerabilidades e violações expressas nos seus territórios. Visto que a conduta no exercício da função de conselheiro seja representante governamental ou da sociedade civil, estão investidos da função pública, sendo impreterível um olhar totalmente desprendido da ótica individual partidária perante todo o processo de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas. Incidindo junto aos poderes: executivo, legislativo e caso preciso ao judiciário, a fim de melhorar os indicadores sociais nos seus territórios. Já que no Estado, é notória as influências oligárquicas sob as políticas públicas, facilmente detectada a predominância do clientelismo em toda ação estatal.

No segundo semestre de 2016, este grupo de conselheiros após várias discussões sobre os caminhos para sistematizar as ideias e desse modo projetar as ações, partiram para a primeira e uma das mais importantes tarefas que na ocasião, estava relacionada as despesas concernentes a capacitação de conselheiros em todo o Estado. Desta forma com o compromisso de buscar aporte financeiro para a execução do Projeto em tela, reuniram com a então Procuradora Chefe do Trabalho, da 19ª região na ocasião doutora Janilda Guimarães de Lima, a fim de que esta avaliasse



a possibilidade da destinação do recurso necessário para a implementação do Projeto. No decorrer da exposição sobre os objetivos e os resultados esperados com a implementação do Projeto, a procuradora interveio e ressaltou a importância do público alvo do Projeto para o MPT, de modo que a destinação do recurso, também atenderia alguns dos anseios, apresentados pelos representantes de conselhos, como o da mulher, o da criança e adolescente e o do LGBTQI+, que anteriormente haviam solicitado recurso para realizar ações de enfrentamento ao abandono, a violência e a discriminação. Situações estas que demandam aos mais variados tipos de conselhos, trabalho intersetorial em torno da proteção à família e indivíduos, que só se realiza com os aparatos necessários para oportunizar a capacidade técnica política frente ao controle das políticas. O que reforçou a extrema relevância do público alvo listado no Projeto, a saber: conselheiros, militantes, lideranças comunitárias, profissionais e gestores envolvidos no contexto das políticas públicas sociais, tais como: Assistência Social, da Educação, da Saúde, dos Direitos da Criança e do Adolescente, das pessoas com deficiência, dos Idosos, das mulheres, do grupo de LGBTQI+ e de todos os outros em constantes violações de direitos.

## **A PRIMEIRA ETAPA DO PROJETO**

Diante do desafio de aglutinar os conselhos estaduais em torno da execução do Projeto, foram mapeados os conselhos de políticas públicas e de defesa de direitos existentes e em funcionamento no âmbito do Estado. Em que foram identificados (COLOCAR O QUANTITATIVO LOCALIZADO).

Nesta atividade encontrou-se inúmeras dificuldades, como o estabelecimento de contato com os conselheiros parte da mesa diretora e com a equipe integrante a secretaria executiva. Visto que a informação sobre telefone e endereço não estavam publicizados e tão pouco, muitos servidores da pasta que os conselhos se encontram vinculados quando procurados, não sabiam da existência dos conselhos e os que já ouviram falar, não tinham as informações necessárias para repassar aos responsáveis pelo Projeto.

Identificados número de telefone e endereço de (COLOCAR O QUANTITATIVO), sendo estes contactados pelos responsáveis pelo Projeto, que para estabelecer contato, dispuseram do telefone, como instrumento para efetivar o primeiro contato, a fim de oportunizar aproximação e sensibilizá-los para conhecer o referido Projeto, contudo apenas 18 destes, compareceram na reunião realizada no Ministério Público do Trabalho (COLOCAR DATA). Na oportunidade em que a idealizadora do Projeto, Patrícia Ramos, discorreu as razões que levaram o pequeno grupo de conselheiros, a fazer tal propositura. Na referida exposição os participantes foram provocados por reflexão sobre a responsabilidade do controle social, no tocante ao que confere seu papel frente as políticas públicas sociais a cerca da inclusão e das garantias fundamentais para a dignidade humana das pessoas com deficiência e dos demais grupos sociais que também convivem com as desproteções avassaladoras nos mais diferentes contextos sociais. Convidados os presentes para apoiar em todas as fases de implementação, sobretudo, demonstrou-se a importância de que todos os participantes pudessem repassar listagens de contatos dos respectivos conselhos municipais e de seus conselheiros. No que vale aqui informar, que a expressiva maioria relataram que não tinham se quer noção do quantitativo de conselhos correlatos a sua política ou ao seu seguimento no Estado, quanto mais, vínculos com as instâncias municipais; Que os gestores estaduais não facilitavam o diálogo com os conselhos vinculados as pastas; Que não destinavam recursos para o exercício das atividades correlatas a cada conselho, o que tem impedido a realização de atividades que promovem a aproximação, o diálogo e principalmente a capacitação dos conselheiros municipais, atribuição essa principal dos conselhos estaduais. Além de fragilizar drasticamente os vínculos que ao contrário do que acontece, deveria ser cada vez mais

fortalecidos pelas gestões; Relataram também, que nos conselhos existem grandes insuficiências de recurso material e humano para o seu bom funcionamento; Que os documentos para a apreciação e análise dos conselheiros chegam com prazo muito pequeno, pouca transparência e de difícil compreensão, principalmente quando são aqueles referentes aos fluxos de pagamentos.

Ao concluir as discussões os representantes dos 18 conselhos presentes na referida reunião deliberaram e externalizaram ao membro do MPT, a Procuradora Janilda, sobre a importância do apoio daquela Promotoria na implementação do Projeto com a destinação do aporte financeiro necessário e também o apoio político que se requer um Projeto dessa complexidade. A solicitação fora oficializada por carta conjunta endereçada a mencionada Procuradora que prontamente acolheu os pedidos a ela direcionados naquela ocasião.

## **PROCEDIMENTOS PARA CONSTRUÇÃO DO PLANO DE AÇÃO**

O grupo de conselheiros responsáveis pelo Projeto, imbuídos do compromisso ético, político e legal para com a sua implementação, partiram para a segunda tarefa que visou-se envolver representantes em todo o processo de construção do Plano de Ação, de modo a praticar a democratização das decisões a cerca do citado documento. Na segunda reunião com os representantes dos conselhos estaduais, foi decidido por eleger entre os presentes, pessoas para compor grupo de trabalho. Informa-se que ocorreram (COLOCAR O NUMERO DE REUNIÃO) agendas do grupo de trabalho constituído para sistematizar as atividades previstas no Projeto. Ainda, com o propósito de firmar outras parcerias, os citados conselheiros buscaram agenda de reunião ampliada com o Ministério Público Estadual, conduzida pelo promotor (COLOCAR NOME e PROMOTORIA) e de representantes da Controladoria Geral da União – CGU, do Tribunal de contas do Município, do Conselho Regional de Contabilidade, do Programa de Educação Fiscal (CONFIRMAR SE FALTAM MAIS REPRESENTANTES. Momento que os participantes expuseram suas opiniões em favor da efetividade do Projeto, bem como manifestaram o apoio e a parceria na implementação do mesmo.

Registra-se que os diferentes tipos de manifestações foram semelhantes aos relatos ocorridos na primeira reunião com os 18 conselhos, sendo reafirmado a omissão por parte do Estado em cumprir com sua tarefa no que se refere a instituição de política permanente de educação no âmbito das políticas públicas e do controle social. No qual se reafirma as implicações para o desempenho efetivo pelos indivíduos, grupos e instituições que estão envolvidos nos processos decisórios das diferentes políticas públicas sociais. Visto que trata-se de ação pública estatal, desenhada e formulada, que desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas, que quando postas em ação, são implementadas e devem ser submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação pelo controle social.

Eis aí uma questão que exige a existência de capacitação para efetivar a atuação em todo o processo, pois isso facilmente percebido não é praticado no Estado, o que tem tornado significativo agravante para os conselhos se tornarem capazes de criar as condições objetivas para a implementação de objetivos de políticas públicas. E o desenvolvimento dessas capacidades dependem, obviamente, de muitos fatores, dos quais Avilés (1992), aponta que historicamente, tais conselhos não desempenharam protagonismo nos processos de tomada de decisões. Essa afirmação, nos aparenta, que o autor reafirma a necessidade de avançar na análise quanto aos fatores que influenciam a efetividade dos conselhos como novas oportunidades de acesso institucional para as várias organizações no que se refere seu protagonismo frente às políticas públicas sociais. Para isso, foi previsto no Projeto a elaboração de instrumentos de coleta de dados que serão aplicados nos Seminários, a fim de identificar quais são as dificuldades ocorrentes nos diferentes conselhos municipais das micro regiões do Estado. Mesmo já sabido que

os motivos apontados estão, no geral, relacionados à dinâmica de funcionamento dos conselhos, tais como: a centralidade do gestor na elaboração da pauta, a falta de capacitação dos conselheiros, problemas com a representatividade, dificuldade em lidar com a pluralidade de interesses, manutenção de padrões clientelistas na relação entre Estado e sociedade, recusa do Estado em partilhar as informações e o poder, dentre outras coisas. Além desses motivos apontados, as bibliografias ainda vinculam a fragilidade deliberativa dos conselhos à sua ambígua inserção no conjunto da institucionalidade e à questão da existência e efetividade dos fundos.

Para tanto, o Projeto em tela pretende-se aplicar instrumentais de coletas de dados e informações, como meio de viabilizar um processo investigatório direto com os próprios atores do contexto das políticas nas micros regiões, onde os participantes dos Seminários após a capacitação, tenham os elementos estruturantes para identificar quais são as maiores dificuldades vivenciadas em sua atuação. Portanto, pretende-se, com esta coleta dos dados e informações repassadas de forma mais condizente com o que fora questionado, elaborar relatório final analítico, cujo seu objetivo é ser apresentado, discutido e entregue aos gestores e aos agentes do controle social, bem como aos parceiros que contribuíram com a implementação do Projeto. Além disso, estimular futuros estudos e novas pesquisas visando conjunto de medidas por várias mãos que permitam mudanças reais para o controle social em Goiás. Considerando que todas as razões até o momento apresentadas, historicamente contribuíram com a cultura antidemocrática que não tem compromisso com os direitos sociais, resultantes da luta do conjunto dos trabalhadores brasileiros, definidos como fundamentais para a vida de qualquer pessoa.

Diante ao exposto, o grupo de conselheiros responsáveis pelo presente Projeto, entende que várias são as razões que influenciam no desempenho destes agentes exercerem sua função diante das gigantescas vulnerabilidades e violações vivenciadas por pessoas. E desse modo, o conjunto de medidas para a busca de soluções às diversas desproteções, só podem acontecer se houver esforço coletivo de muitos parceiros em prol da instrumentalização, empoderamento e fortalecimento dos atores do controle social.

## **A COORDENAÇÃO GERAL DO PROJETO**

Exatamente neste cenário de tantas fragilidades, é que surge o Fórum Goiano de Inclusão no Mercado de Trabalho das Pessoas com Deficiência e Reabilitados pelo INSS – FIMTPODER com a missão de contribuir com a empregabilidade da pessoa com deficiência e do reabilitado pelo INSS, coordenado por uma das conselheiras idealizadora deste Projeto, conselheira Patrícia Ramos.

Tendo o propósito muito bem definido, o mencionado Fórum tem buscado desenvolver um conjunto de medidas, providências e encaminhamentos para aproximar o poder público e a sociedade civil organizada, ambos em torno da empregabilidade do público com deficiência. No qual se leva em conta que as causas de existências de muitas deficiências devem ser tomadas como saúde pública, por ocorrer em detrimento de diferentes fatores, desde aqueles motivados por variados tipos de acidentes até aqueles por doenças genéticas, ou seja, resultam de natureza ambiental, genética e ou demográfica. O que também por sua vez, acaba remetendo ao Fórum a importância de buscar o conhecimento da etiologia e fatores determinantes das deficiências, para assim conduzir a atuação deste Fórum em busca de possíveis formas de contribuir com o poder público em planejar políticas, ações mitigatórias e preventivas que levam a sociedade compreender que a inclusão das pessoas com deficiência também é de sua responsabilidade.

Espera-se, que o resultado com a implementação deste, influencie significativamente na melhora da atuação dos agentes das diversas políticas públicas sociais e que por consequência traduzam em ofertas públicas estatal mais efetivas, principalmente aquelas no âmbito da educação, saúde, assistência social e demais políticas de enfrentamento das diversas vulnerabilidades e violações. Sendo a ineficiência destas políticas a maior causa de exclusão destas e de muitas outras pessoas.

A exclusão acima descrita também ocorre e até mais agravante em Goiás e, por identificar esta realidade os três conselheiros decidiram por atuar frente a incapacidade do controle social goiano com expectativa de atuar em busca do combate a exclusão social de muitos grupos sociais e principalmente das pessoas com deficiência minimizando a expressão da questão com a presença do controle social, assegurando-lhes informações para que possam combater o quadro de marginalização das pessoas que possuem algum tipo de vulnerabilidade ou qualquer outra violação.

Portanto, o Projeto Refletir nasce da percepção que a agenda pública não traz um consenso em sua construção, o que necessariamente acaba não refletindo os passos fundamentais capaz de viabilizar mudanças na direção da inclusão social das pessoas com algum tipo de deficiência ou qualquer outra vulnerabilidade. Sendo tal condição avaliada e interferida a partir de medidas planejadas, implementadas e monitoradas com a concepção do conceito do modelo social que é o modelo que de fato pode perspectivar o olhar para as multiplicidades que envolvem as pessoas, na formatação da ação estatal. No que nos tem apresentado inúmeros indicadores sociais, estes agentes ainda não reconheceram sua função em fiscalizar, acompanhar e orientar nos processos de implementação das ofertas públicas.

Corroborando com o que fora problematizado, a expectativa é que os conteúdos previstos no Projeto, referentes aos eixos temáticos desenvolvidos nos Seminários, são preparados pelos expositores, a partir de diagnóstico realizado previamente referente a estudo sistematizado das micro regiões, observados os índice composto por três das mais importantes áreas do desenvolvimento humano: vida longa e saudável (longevidade), acesso ao conhecimento (educação) e padrão de vida (renda). Estes diagnósticos micro regionais foram previstos com a finalidade de instrumentalizar os expositores, sobretudo, demonstrar aos participantes do Seminários os indicadores sociais, os diversos grupos sociais presentes nas regiões, destacando os tipos de vulnerabilidades e possíveis violações que se expressam nas diferentes regiões do Estado e, quais são os montantes dos recursos nos municípios para as principais políticas, respectivamente alocados nos fundos municipais. Portanto, essa importante ação tem como objetivo provocar a reflexão sobre a atuação dos conselheiros municipais frente cada política ou público que representa, nos casos dos conselhos de defesa de direitos. Torna-se imprescindível a mudança de atitude frente ao controle para assim romper com a distância entre o Estado e a sociedade, funções estas que só serão desempenhadas se os Agentes se enxergar dentro da gestão, o que a torna democrática. Tornando os recursos de fato efetivos frente às vulnerabilidades e violações locais e regionais, para que possam atuar no atendimento as múltiplas necessidades que se expressam nos territórios. Que avancem no exercício do controle das políticas públicas e não permitam, que os conselhos municipais continuem apenas sendo vistos como um braço burocratizado do Estado.

Foram utilizados na concepção do Projeto os dados utilizados pela SEGPLAN- Secretaria de Governo e Planejamento de Goiás para a Regionalização do Planejamento da execução das políticas públicas, motivo pelo qual a arquitetura da ação foi desenhada em 10 Polos Regionais, conforme tabela a seguir:

**Tabela 1 - Regiões abrangidas e polos regionais**

<b>REGIÃO</b>	<b>MUNICÍPIO POLO</b>
Entorno do Distrito Federal	Formosa
Nordeste Goiano	Posse e Campos Belos*
Sudeste Goiano	Catalão
Sudoeste Goiano	Rio verde
Oeste	Iporá
Sul Goiano	Morrinhos
Noroeste	Cidade de Goiás
Centro Goiano	Ceres
Metropolitana de Goiânia	Goiânia
Norte Goiano	Porangatu
<b>*Nessa região foram eleitos dois municípios pólos devido à distância em quilometragem de um município para outro.</b>	

Fonte: IBGE/IMB/SEGPLAN-Cartografia e Geoprocessamento-10/2016 e Projeto Refletir

## **FASE DE IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO**

O Projeto em curso, por sua natureza recebeu o nome Refletir e toda sua implementação esta calçada em princípios que devem nortear a ação pública estatal, destaca-se a publicidade, transparência e a eficiência, assim, com o compromisso de praticar o princípio da publicidade, o FIMTPODER realizou chamada pública em meios de comunicação (jornal impresso de circulação local e disponibilizada no Sitio do FIMTPODER), no qual o Instituto de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – IMADES, foi a instituição habilitada para o pleito, fundamentalmente por sua capacidade técnica. Que desde então, vem executando as atividades relacionadas no plano de ação, construído com a participação dos membros do Núcleo Executivo. As competências técnicas desempenhadas pelo IMADES, destaca-se a seguir: palestras nos eixos temáticos, observadas as experiências dos profissionais devidamente comprovadas no Sistema de Currículo Latts; realizar estudos sistematizados das micro regiões do Estado; elaborar e aplicar instrumento de coleta de dados, a fim de consubstanciar relatório final analítico; e para a produção dos documentos quantitativos e qualitativos, com vistas a compor a prestação de contas ao mantenedor e todos os que participaram de alguma forma do feito em questão, além de mensurar o grau de satisfação, sobretudo, aferir o impacto esperado.

Os seminários são realizados em espaços físicos que resguardem ao máximo a acessibilidade e a inclusão de todos os inscritos. O público alvo do Projeto, são contactados, ocorre por contato telefônico, correio eletrônico, aplicativos e redes sociais. Os trabalhos estão divididos em 2 grandes momentos, no primeiro dia o desenvolvimento de temas, tais como: Políticas Públicas e a Participação social, na perspectiva da cidadania; Relação/Estado sociedade: gestão democrática dos recursos; As principais legislações relativas as politicas públicas e o cofinanciamento pelos entes federativos, contudo debater o papel do Controle Social para o alcance dos objetivos da política pública nas micro regiões; Os principais Programas, Projetos, Serviços, Benefícios em destaque para as Políticas afirmativas e a importância do reconhecimento do território para a eficiência das políticas públicas. No segundo dia oficinas organizadas por parceiros do Projeto, como Controladoria Geral da União, Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social. As discussões nos eixos e nas oficinas visam empoderá-los para que sejam atuantes nos espaços legítimos de reflexão e decisão integradas entre governo e sociedade civil.

Até julho de 2019 foram executadas as etapas de 5 polos regionais, sendo estes, os polos Sudoeste, Sudeste, Nordeste, Noroeste e Centro, num total de 536 concluintes, distribuídos conforme gráfico 1, abaixo:

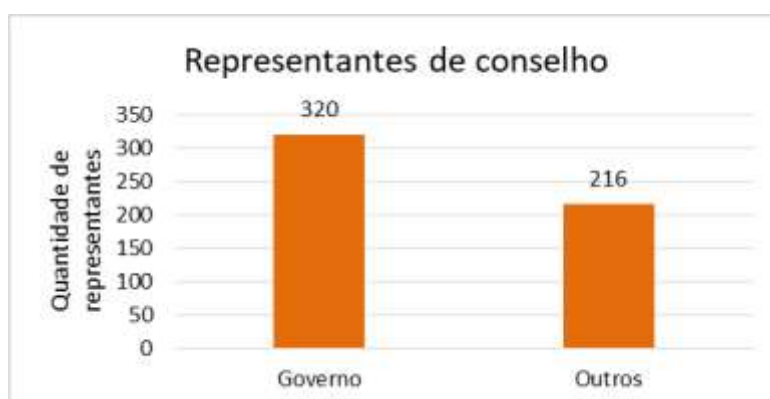
**Gráfico 1 – Numero de pessoas capacitadas**



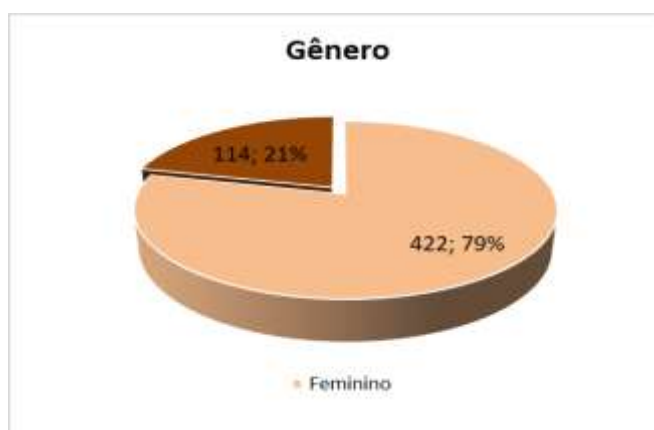
\*Sudoeste – 46 capacitados; Sudeste – 128 capacitados; Nordeste – 114; capacitados; Noroeste - 148 capacitados; Centro – 100

Foi encontrada maior incidência de conselheiros governamentais do que da sociedade civil, conforme demonstra o gráfico 2, com destacada incidência da representação feminina, conforme demonstra o gráfico 3.

**Gráfico 2 – Representantes de conselho**



**GRAFICO 4 – Incidência de Gênero**



\*422 feminino; 114 masculino

A relevância do projeto na capacitação dos conselheiros de políticas públicas de Goiás se confirma sobretudo quando analisada a resposta ao questionamento relativo ao número de

capacitações pelas quais os respondentes passaram: 1 pessoa participou de 3 eventos de capacitação; 8 pessoas participaram 2 vezes e 517 pessoas participaram apenas uma vez.

## REFERÊNCIAS

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Mudança estrutural para Igualdade**: uma visão integrada do desenvolvimento. Disponível em: <[http://www.eclac.cl/pse34/noticias/documentosdetrabajo/0/47440/2012-SES-34-Mudanca\\_estrutural\\_sintese.pdf](http://www.eclac.cl/pse34/noticias/documentosdetrabajo/0/47440/2012-SES-34-Mudanca_estrutural_sintese.pdf)>. Acesso em 15 abr 2014.

CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Educação Fiscal e Coesão Social**. Curso de Educação Fiscal. Brasília: ESAF. 2013. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/ead/moodle/educacaofiscal/ecoesaosocial/biblioteca/artigo>. Acesso em: 12 de dezembro de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed, São Paulo, Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa Souza. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de Teoria Política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre faticidade e validade. Tradução Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

IPEA. **Comunicado da Presidência**. Receita Pública: quem gasta e como se gasta no Brasil. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1735%3Acomunicado-do-ipea-no-22-julho-de-2009&catid=161%3Aapresi&directory=1&Itemid=1](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1735%3Acomunicado-do-ipea-no-22-julho-de-2009&catid=161%3Aapresi&directory=1&Itemid=1). Acesso em 17 de setembro de 2019.

IPEA, 2010. **Brasil em desenvolvimento**: Estado, planejamento e políticas públicas.

KUHN. Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz

MAGALHÃES. José Luiz Quadros de. **A crise da democracia representativa**: o paradoxo do fim da modernidade. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4828/a-crise-da-democracia-representativa>. Consulta em 15 de setembro de 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discrecionalidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 291-308.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MULLER, Friederich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. **Revista Virtual da Advocacia Geral da União**, Brasília, n. 9. abr.2001. Disponível em: <[www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)> Acesso em: 10 fev.2009.

- NOGUEIRA, M. A. **Um Estado para a Sociedade Civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.
- NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no contexto da constituição de 1998**: ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira. Brasília: Edições Câmara, 2008.
- PIRES, Valdemir. Gestão orçamentária e qualidade do gasto público. In: BIZELLI, J. L.; FERREIRA, D. A. de O. **Governança pública e novos arranjos de gestão**. Piracicaba: Jacintha Ed., 2009.
- PRESOTO, Lucia Helena. Westphal, Márcia Faria. A Participação Social na atuação dos conselhos municipais de Bertioga – SP. **Saúde e Sociedade**. vol.14, n.1. São Paulo: Jan./Apr. 2005. Disponível em [br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902005000100008](http://br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902005000100008). Acesso em 19 de junho de 2019.
- SALVADOR, EVILÁSIO. Fundo Público e o Financiamento das Políticas Sociais no Brasil. **Serviço Social em Revista**. Londrina: UEL, 2012. v. 14. p. 04 a 22. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/12263/11632>. Acesso em: 15 de junho de 2019.
- SALVADOR, E. **Fundo público e seguridade social**. São Paulo: Cortez, 2010
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**; uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- WITTGENSTEIN, Ludwig J. J. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.



# POLÍTICA SOCIAL DE EDUCAÇÃO E SEU NOVO MARCO NORMATIVO: UMA ABORDAGEM SOBRE AS NOVIDADES CONTIDAS NO ART. 35 DO DECRETO Nº 9.665/2019

**Jonnathan Martins Galvão**

Discente de Serviço Social (PUC Minas)

**Rafaela Pereira dos Santos**

Discente de Serviço Social (PUC Minas)

## INTRODUÇÃO

A educação é um direito de todos e, deve ser garantido a todo cidadão independente de raça, gênero, religião, condição social, condição financeira e deficiência. Ela é assegurada na Constituição Federal de 1988, Art. nº 205 que cita:

é de responsabilidade do Estado, a Família e a Sociedade o incentivo e acesso à uma educação que promova o pleno desenvolvimento do sujeito, preparando-o para o exercício de sua cidadania e sua qualificação profissional. (Constituição Federal, 1988)

Por isso a Comunidade Surda no Brasil vem reivindicando, há bastante tempo, o direito de acesso e permanência num ensino que lhes possibilite uma formação de qualidade que atenda e respeite suas especificidades.

Por conseguinte várias legislações vêm sendo, ao longo das últimas décadas, promulgadas com o intuito de proporcionar e atender as demandas das pessoas surdas no que se refere a educação.

Logo o presente estudo tem como objetivo analisar as normativas já em vigor e as novidades contidas no Art. 35 do Decreto nº 9.665/2019. Além do impacto que elas podem causar na materialização dos direitos das pessoas surdas, e também, a partir dos depoimentos dos próprios sujeitos, compreender qual normativa consideram mais efetiva para o acesso à educação.

Inicialmente é apresentada uma breve contextualização da garantia da educação como um direito constitucional e a lei que a regulamenta. Em seguida abordamos as leis e documentos que vieram regulamentar a educação para pessoas surdas. Explicitamos o papel social da escola, que está para além do ensino das várias ciências e qualificação profissional, abrangendo também a formação do caráter, personalidade e valores de um indivíduo. Posteriormente, é detalhado o que trata os dois decretos, Decreto nº 5.626/2005 especialmente o que está previsto no artigo VI e o Decreto nº 9665/2019, artigo 35.

Por fim, através das opiniões dos surdos, é analisado como eles experienciam as duas normativas no cotidiano e, como a convivência de dois modelos de educação-inclusiva e bilíngue, aparentemente contraditórios, podem contribuir para a inclusão das pessoas surdas não só no âmbito escolar, mas nos diversos espaços da sociedade.

## A POLÍTICA DE EDUCAÇÃO E AS PESSOAS SURDAS

O acesso a educação está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. A garantia constitucional da educação como um direito social expressa uma significativa conquista para a

sociedade brasileira, considerando a trajetória histórica da educação e o contexto de redemocratização no qual estava passando o Brasil. O artigo 205 da CF/88 determina que:

a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Assim, a educação torna-se um direito acessível a todos os cidadãos e deve ser garantido não somente pelo Estado, mas pela família e sociedade. Objetivando integral desenvolvimento do sujeitos, tanto para qualificação profissional, como para ser um cidadão ativo na sociedade.

Passados alguns anos após a promulgação da CF/88, foi promulgada no dia 20 de dezembro de 1996, a LDB (Leis de Diretrizes Básicas) e posteriormente o PNE (Plano Nacional de Educação). De acordo com o Planalto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9.394/96) é a legislação que regulamenta o ensino educacional das escolas públicas e privadas do Brasil da educação básica ao ensino superior, reafirmando o direito à educação gratuita e de qualidade garantido na Constituição Federal de 1988.

Em seu artigo 2º, a Lei de Diretrizes e Bases prevê que:

a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996).

Outrossim a LDB estabelece os princípios da educação, os deveres e responsabilidades do Estado em regime de colaboração entre os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de abordar questões referentes à formação de profissionais da educação e recursos financeiros.

O Plano Nacional de Educação, segundo o MEC (Ministério da Educação) é um documento criado a cada dez anos, que traça diretrizes e metas para a educação no Brasil. Durante o governo do então presidente da República Fernando Henrique Cardoso a Lei nº 1.0172, foi sancionada responsável pela aprovação do Plano Nacional de Educação.

Já em 2014, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.005/2014, que determina o Plano Nacional de Educação com a finalidade de centralizar esforços e investimentos para a melhoria da qualidade da educação oferecida no país. O PNE é composto por 20 metas a serem atingidas nos próximos dez anos.

No ano de 2007, aconteceu em Nova York a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, reunindo delegações do mundo todo. O referido encontro tinha o intuito de discutir os direitos das pessoas com deficiência no mundo, traçar metas e planos de ação que possibilitasse a integração dessas pessoas, melhoria de vida, acesso e garantia dos direitos.

De acordo com o Artigo 1 do Decreto 6.949/2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o encontro tinha como propósitos.

(...)promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (BRASIL, 2009).

O Brasil adotou o Diploma Internacional assinado na Convenção com força de emenda à Constituição Federal e, no dia 25 de agosto de 2009, foi sancionado o Decreto 6.949, que prevê no Art. 1º, “a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém”. (BRASIL, 2009)

Destacamos também o documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria nº 555/2007, prorrogada pela Portaria nº 948/2007, entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008, denominado de Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Este documento tem como objetivo:

[...] assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, orientando os sistemas de ensino para garantir: acesso ao ensino regular, com participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados do ensino; transversalidade da modalidade de educação especial desde a educação infantil até a educação superior; oferta do atendimento educacional especializado; formação de professores para o atendimento educacional especializado e demais profissionais da educação para a inclusão; participação da família e da comunidade; acessibilidade arquitetônica, nos transportes, nos mobiliários, nas comunicações e informação; e articulação intersetorial na implementação das políticas públicas. (BRASIL, 2008).

Assim a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva legitima que, as escolas de ensino regular são responsáveis pela educação e formação de todos os alunos portadores de algum tipo de deficiência. Tentando superar toda situação de exclusão e discriminação que os impossibilite de continuar frequentando a escola e atrapalhe o seu desenvolvimento pleno.

Por fim, através da promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente o que se trata no Capítulo III - Da Educação, Da Cultura e Do Desporto; seguido da LDB; Lei 10.436/2002, Decreto 5.626/2005, que será tratado com mais detalhes a seguir; Decreto 6.949/2009; do PNE; Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, juntamente com os movimentos das pessoas com deficiência, incluindo as pessoas surdas, a Política Social de Educação foi se tornando um campo de debates e aprimoramento, objetivando tornar acessível o direito da educação às pessoas surdas.

## **O PAPEL SOCIAL DA ESCOLA**

O sentido da palavra escola ultrapassa a noção de espaço físico e as várias definições encontradas nos dicionários, tais como: “estabelecimento público ou privado destinado ao ensino coletivo, conjunto de professores, alunos e funcionários, que deve possuir uma estrutura adequada para a realização de suas atividades”. (Dicionário Online, 2019).

A escola não é um espaço físico destinado somente ao ensino, ela possui um papel social fundamental na formação do caráter e personalidade dos sujeitos.

Nobre (2018) argumenta que:

a escola tem como papel social a tarefa de, principalmente, encaminhar ações por meio de processos educativos que venham despertar o compromisso social dos indivíduos, das entidades e dos grupos sociais, objetivando fazer uma só aliança, capaz de promover mudanças e transformações no cumprimento do dever educacional, da preparação e formação de alunos que sejam cidadãos portadores de uma nova visão de mundo reinventado, através da criticidade e da participação. (NOBRE, 2018, p.107).

Observa-se que a escola é uma instituição que exerce relevante atuação na sociedade, pois em seu seio se desenvolvem relações sociais que contribuem para a formação dos saberes, práticas e valores culturais e sociais do indivíduo. A escola deve oferecer além de um ensino qualificado, uma educação emancipadora que seja contra toda forma de segregação.

Gadotii (2003), destaca o poder transformador da educação no sujeito, na família, na sociedade como um todo afirmando que:

(...) a educação, para ser transformadora, emancipadora, precisa estar centrada na vida, ao contrário da educação neoliberal que está centrada na competitividade, sem solidariedade. Para ser emancipadora a educação precisa considerar as pessoas, suas culturas, respeitar o modo de vida das pessoas, sua identidade. (GADOTTI, 2003, p.3).

Assim, o conceito de escola se mostra amplo e abrangente, considerando o papel que a instituição desempenha na sociedade, tanto no ensino das várias ciências, como na formação de indivíduos.

## **DECRETO Nº 5.626/2005**

O referido Decreto foi promulgado em 22 de dezembro de 2005, regulamentando a Lei 10.436 de 24 de abril de 2002, que instituiu o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) como meio de comunicação e expressão das Comunidades Surdas no Brasil. O decreto possui nove capítulos, cada um regulamentando ou orientando questões relacionadas à inclusão e difusão da Libras, além de garantir o acesso à educação de pessoas surdas.

Pessoa surda pode ser considerada, de acordo com Capítulo I do Decreto 5.626/2005 “aquela, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS”. (BRASIL, 2005).

O Decreto apresenta a inclusão da Libras como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de profissionais da educação de nível médio e superior, pedagogos e fonoaudiólogos, devendo se estender a outros cursos de formação. Regulamenta em qual modalidade de ensino deve ser a formação do professor e do instrutor de Libras e Língua Portuguesa, além de instruir as instituições de ensino quanto a inclusão da Libras em sua grade curricular nos referidos cursos.

Ademais trata do uso e da difusão da Libras e da Língua Portuguesa para o acesso das pessoas surdas a educação, da garantia do direito à saúde e do papel do poder público e das empresas que detêm concessão ou permissão de serviços públicos no apoio ao uso e difusão da Libras.

O capítulo que mais nos interessa para análise em questão é o “VI”, que trata da garantia do direito à educação das pessoas surdas ou com deficiência auditiva, pois assegura que:

I- as instituições federais de ensino, devam garantir a inclusão de alunos surdos ou com deficiência auditiva em escolas e classes de educação bilíngue, abertas a alunos surdos e ouvintes, com professores bilíngues, na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental; II- escolas bilíngues ou escolas comuns da rede regular de ensino, abertas a alunos surdos e ouvintes, para os anos finais do ensino fundamental, ensino médio ou educação profissional, com docentes das diferentes áreas do conhecimento, cientes da singularidade linguística dos alunos surdos, bem como com a presença de tradutores e intérpretes de Libras- Língua Portuguesa. (BRASIL, 2005).

Logo o decreto garante o acesso à educação por meio da inserção dos alunos surdos em classes de Educação Bilíngue, que são “aquelas em que a Libras e a modalidade escrita da Língua Portuguesa sejam línguas de instrução utilizadas no desenvolvimento de todo o processo educativo”. (CAPÍTULO VI, Parágrafo 1º). Prevendo a convivência entre alunos surdos e ouvintes, na perspectiva da Educação Inclusiva, garantindo o ensino e uso de Libras como primeira língua, e o ensino da Língua Portuguesa como segunda língua.

## **DECRETO Nº 9.665/2019**

O Decreto nº 9.665 de 2 de janeiro de 2019, em especial em seu Art. nº 35, por meio de dez incisos, prevê à Diretoria de Políticas de Educação Bilíngue de Surdos uma nova proposta de ensino de português e Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS para crianças surdas.

O ensino bilíngue, considera que todo percurso escolar seja ministrado por meio da Língua de Sinais, por ser considerada como a primeira língua dos surdos, e também nos modos e meios de comunicação mais adequados aos surdos. Além disso, preza por ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento nos âmbito educacional e social.

Vale ressaltar que, os quesitos citados acima para a educação bilíngue estão dentro dos parâmetros de ensino da Secretaria de Modalidades Especializadas de Educação - SEMESP do Ministério da Educação.

O Ensino Bilíngue, fomento para a criação de Escolas Bilíngues de Surdos em todo o território brasileiro está previsto no artigo nº 35. Define também, entre as competências da Diretoria de Políticas de Educação Bilíngue, planejar, orientar e coordenar a implementação de políticas de Educação Bilíngue de modo integral em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino da Língua Brasileira de Sinais como primeira língua e a língua portuguesa escrita como segunda.

O referido Decreto tem como objetivo mostrar que o sujeito surdo precisa ser incluído na educação de forma que a sua língua e cultura sejam valorizadas. Como podemos ver no seus incisos VI e VII, em que se pretende assegurar o pleno desenvolvimento linguístico-cognitivo e a aprendizagem dos estudantes surdos.

Outrossim formular e implementar políticas que favoreçam o acesso, a permanência e a aprendizagem nas instituições de ensino bilíngue, por meio da integração com setores de cultura, esporte e arte. A interdisciplinaridade com outros setores e implementação de políticas são fundamentais para garantirem o desenvolvimento do sujeito surdo no ambiente escolar e na sociedade.

No seu quarto inciso, apresenta a ideia de promover o desenvolvimento de ações para a formação inicial e continuada de profissionais que irão atuar na Educação Bilíngue. Já em seu quinto inciso, apresenta proposta de criação de ações com o intuito de fortalecimento dos Centros de Apoio aos surdos nas Escolas Bilíngues na promoção da formação educacional, elaboração de materiais didáticos bilíngues e interação com a família.

Em seu décimo inciso e último, propõe a promoção e favorece a realização de estudos e pesquisas referentes às experiências com e na educação bilíngue de surdos. Essas informações serão importantes para o acompanhamento do desenvolvimento dos surdos nessas instituições e conhecimento do impacto dessa modalidade de ensino na vida dessas pessoas.

Após a compreensão das propostas apresentadas por este Decreto, cabe avaliar o que ele vem apresentar de novidade e qual é a sua relação com o Decreto nº 5.626/05. Em seguida, realizar um contraste com os relatos dos sujeitos surdos, pois é sobre a ótica deles que se pode perceber o quanto essas mudanças nos dispositivos legais os afetam, seja de modo positivo ou não.

## **RELAÇÃO ENTRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS A LUZ DAS EXPRESSÕES DOS SUJEITOS SURDOS**

É por meio do que se apresenta no Decreto nº 5.626/05 e no Art. nº 35 do Decreto nº 9.665/19, com relação a educação de surdos que faz-se a leitura e análise documental.

Especificamente no que se refere às novas propostas de mudança educacional que propõe viabilizar um melhor desenvolvimento e um ambiente mais adequado para a qualidade da formação das pessoas surdas.

A partir disso, podemos conhecer quais as novas propostas e mudanças apresentadas no novo Decreto. Para tal, contaremos com o apoio das opiniões de alguns sujeitos surdos entrevistados tendo em vista que esses são os cidadãos integrantes do público diretamente atendido por essas modalidades de educação, sejam elas inclusiva ou bilíngue.

O Decreto nº 5.626/05 é um documento muito importante para a Comunidade Surda, uma vez que vem regulamentar a Lei nº 10.436/2002 que garantiu a língua oficial dos surdos e seus direitos linguísticos. Também fomentou a inclusão da Libras como disciplina curricular obrigatória nas instituições de ensino, bem como, a formação de professores, tradutores/intérpretes e instrutores de Libras, além de conceituar a surdez e sua diferenciação com a deficiência auditiva.

Além disso o decreto adota uma perspectiva de Educação Inclusiva com intuito de socialização entre alunos com deficiência nas escolas regulares, tendo como base a Constituição Federal de 1988, que prevê a educação como direito igual para todos, sem nenhum tipo de discriminação. Ocorre que a implementação desse modelo não é uma realidade, segundo falas de entrevistados que relatam ter dificuldades com a forma de ensino inserido nas escolas regulares, na modalidade integrada com pessoas ouvintes:

“[...] as pessoas são ouvintes e conversam em português entre elas e eu fico só. Algumas sabem datilografia, mas é português, tem hora que não entendo a palavra, a minha mente é visual e eles sonoro, eles conversam com a voz, percebem todo o som em volta, já eu totalmente visual, por meio da Libras e as duas línguas não se batem, isso é muito complicado.”

“[...] minha turma e eu íamos para as aulas de arte, mas era toda ministrada em português, todos os meus colegas entendiam, mas só eu que ficava de fora. Meus colegas brigavam por mim. Nos trabalhos em grupo, eles conversavam entre eles e eu esperava para copiar. Em alguns momentos eu ia junto com a minha turma e eles ficavam conversando entre eles e eu ficava isolado completamente, era impossível, ficava sozinho, não sabia fazer os trabalhos.

“[...] outra coisa é a dificuldade com o português que os surdos têm, essa é a principal dificuldade deles, precisam sentar, estudar bastante, prestar atenção no professor ouvinte falando. Alguns surdos sabem leitura labial, outros não sabem, então são vários casos.”

“[...] os professores não davam atenção, sempre ficava isolada, sentada na última carteira. O professor não acompanhava, não dava atenção a minha dificuldade com a matéria. Tinha hora que ele ia ver o motivo de eu está sentada no fundo e se estava fazendo algo. Eles não perceberam que eu era surda, quem desconfiou foi o meu pai. Não gostava da escola, queria parar de estudar, mas a minha mãe brigava comigo.

Nota-se, na ótica dos sujeitos acima citados que o ambiente escolar não tem proporcionado aos alunos surdos um sentimento de socialização, mas sim de isolamento. A comunicação é o principal desafio, embora esteja previsto no capítulo III, do art. 5º, do referido decreto a garantia do investimento público na formação de profissionais para atuar na educação de pessoas surdas e viabilizar a formação bilíngue, na prática isso não é frequente. Na realidade dos surdos, a Língua Portuguesa é um desafio e os afastam do direito de ensino-aprendizagem.

O Decreto nº 9.665/19 também propõe promover o desenvolvimento de ações para a formação inicial e continuada de profissionais da Educação Bilíngue, embora não esteja definido o modo como essa preparação aconteça. Atualmente essa formação deve ocorrer por meio de cursos de graduação de licenciatura plena em Letras: Libras ou Libras/Língua Portuguesa como segunda língua, Pedagogia ou curso normal superior em que a Libras e Língua Portuguesa escrita tenham constituído língua de instrução.

Algo que não se difere muito do Decreto nº 5.626/05, é a formação inicial e continuada de profissionais tanto da Educação Bilíngue como da Educação Inclusiva. Os dois compreendem a necessidade de terem profissionais qualificados que possam assumir o compromisso de oferecer uma educação de qualidade, embora na grande maioria sejam pessoas que não tenham o domínio da Libras. Na escola bilíngue todos os profissionais fazem uso da língua de sinais, o que deixa de lado o apoio do tradutor/intérprete nas atividades escolares.

Para os sujeitos surdos, essa mudança é necessária e deve ocorrer para que eles possam ter o acesso ao aprendizado e fazer uso da língua de sinais:

“[...] antes se tinha um projeto de lei de Educação Inclusiva, mas é preciso separar. De um lado ter a Escola Inclusiva para os ouvintes com professores falantes, do outro lado a Escola Bilíngue que é própria dos surdos para desenvolverem a fala na Língua de Sinais. Essa mudança precisa ocorrer para melhorar, pois como está não se tem inclusão entre surdos e ouvintes. Esse novo projeto de lei é de se ter um modelo bilíngue e inclusivo”.

“[...] a Escola Bilíngue seria somente para surdos e uso da Libras. Se um ouvinte tiver interesse em estudar em uma Escola Bilíngue junto com os surdo certamente se sentirá excluído, não se sentirá parte do grupo, ele não conhece Libras, por isso ele deve se manter na Escola Inclusiva”.

“[...] o direito da Escola Bilíngue é a forma que se tem de romper com as barreiras que limitam os surdos, que se tenha o uso da nossa própria língua. Já no modelo inclusivo, não se tem interação. Os ouvintes conseguem se desenvolver rápido”.

“[...] É necessário que tenha mais grupos de surdos, isso é importante. A comunidade precisa de muitos surdos agrupados, um isolado é complicado, viver isolado é muito pior. Um surdo sozinho no meio de ouvintes é pior. Como ele vai ter contato? Onde está a referência? Na Escola Bilíngue os surdos farão parte de um grupo e a Libras fluirá rapidamente”.

Como se pode observar nas falas dos entrevistados, a Escola Inclusiva não vem atendendo as reais necessidades e o acesso ao ensino às pessoas surdas com a mesma proporção que vem garantindo o acesso aos ouvintes. A ideia formalmente prevista com o Decreto nº 9.665/19 é a de que os surdos passarão a ter o acesso ao direito de fazer uso pleno da Libras e que, desse modo, desenvolvem mais e melhor suas capacidades e potencialidades.

Contudo, de acordo com os sujeitos surdos entrevistados, a materialização desse direito não vem sendo garantida no modelo atual. Contrário à isso vem gerando prejuízo no que se refere ao desenvolvimento da aquisição da Libras devido a falta de contato e interação com outros estudantes surdos, o que os coloca em situação de desvantagem com relação aos ouvintes. Em suas falas, nota-se:

“[...] que falta contato entre surdos. A cada dia esse contato tem diminuído muito. A Libras ajudar o surdo, é possível, mas o problema é que o mundo piorou”.

“[...] antigamente havia uma única escola, não se tinha várias escolas isoladas, existia uma escola própria para surdos. Quem vivia em outros lugares tinham que vir para essa escola central, pois era a única e nela os surdos se relacionavam, tinham contato entre eles. A Libras evoluía, eles se ajudavam, mas agora tudo demora”.

“[...] Bom, é complicado. Uma criança surda sozinho no meio de outras em uma escola comum, a Libras não vai ajudar, vai depender e vai demorar bastante, eu acho. Não acredito que consiga. Na minha opinião, o que seria melhor era reunir todos os alunos surdos em uma única escola para que eles possam ter contato entre eles e compartilhar as suas experiências a partir de suas relações e contato já com o uso da Libras, com isso ele consegue receber”.

“[...] O ouvinte não é receptor. O ouvinte no seu meio interage por meio da fala e e audição, e esse não é o meu caso, não sinto nada. Antigamente os surdos e ouvintes não tinham

nenhum contato, por isso na comunidade surda o uso da Libras era intenso, os surdos sinalizavam com bastante agilidade, absorviam a língua com muita rapidez, se comunicavam com muita qualidade assim como os ouvintes comunicam entre si. Agora os surdos demoram”.

O contato entre as pessoas surdas é muito importante, pois é nessa relação que eles se manifestam culturalmente e tem a sua identidade mais consolidada. Para o surdo é exatamente nesse contato que os mesmos se percebem parte inserida em um determinado grupo social e passam a ter acesso a língua de sinais. Na atual conjuntura, nas Escolas Inclusivas, os surdos têm o contato com outros surdos de modo restrito ou inexistente. Conseqüentemente ele deixa de desenvolver a Libras como primeira língua, interferindo diretamente na construção da sua identidade como pessoa surda.

O surdo que se encontra isolado de outras pessoas surdas corre o risco de ter prejuízo no desenvolvimento da sua primeira língua. O aluno surdo em um ambiente não bilíngue deixa de fazer parte integralmente do processo de aprendizagem, pois tem a comunicação como desafio e a falta do contato com outras pessoas surdas pode acarretar um atraso no aprimoramento da Libras.

A importância da interação entre as pessoas surdas é inquestionável com base nas falas dos sujeitos surdos. Para esses é fundamental a convivência entre os pares para o bom desenvolvimento da Libras e para os demais processos de aprendizagem dos surdos. De acordo com o novo Decreto, as Escolas Bilíngues passarão a assumir esse lugar de ensino, aprendizagem e interação por meio da Língua de Sinais. Agora falta saber como serão implementadas e se a proposta atenderá aos mais interessados.

De acordo com o entrevistado, havia escolas centrais voltadas para o atendimento a Comunidade Surda. Nesse caso os surdos deveriam ser direcionados a escola para ter acesso a educação. É importante levar em consideração as condições sociais e geográficas de cada família. Se essas escolas de fato passam a ser novamente realidade na vida dos surdos, elas devem ser acessíveis para todos sem a sua localização delimitar o acesso.

Todavia o Decreto nº 9.665/19, não apresenta uma definição de como essas Escolas Bilíngues serão institucionalizadas e como será a forma de acesso de seus usuários. Porém se tratar de um grande avanço na educação dos surdos e na sua execução enquanto Política Pública de Educação, pois esses sujeitos terão a Libras como língua de referência e a função social da escola de fato garantida.

## **CONCLUSÃO**

A partir do estudo realizado dos dispositivos do Decreto nº 9.665/2019, identificamos existência da previsão de construção de Escolas Bilíngues de Surdos no qual vem favorecer o desenvolvimento de ações para educação integral em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino, se mostrando uma novidade comparado ao Decreto nº 5.626/2005.

Concluimos que a criação dessas escolas apresenta, inicialmente, como uma possibilidade de avanço na escolarização das pessoas surdas, pois tende a proporcionar um ambiente escolar adequado ao atendimento das especificidades linguísticas desses sujeitos, contribuindo para o seu desenvolvimento e potencialidades no que refere ao seu processo de formação escolar.

O que se questiona é, se esse modelo de Educação Bilíngue ocasionará além de uma formação escolar, condições de inclusão desses sujeitos nos demais espaços da sociedade e não uma formação segregadora, que poderá dificultar a relação com as outras instituições sociais.



Por meio deste estudo, identificamos a necessidade de conhecer as expressões de mundo dos próprios sujeitos surdos, utilizando o método da entrevista de profundidade, no qual analisaremos os impactos negativos e positivos da criação dessas Escolas Bilíngues de Surdos.

Outra questão é a necessidade de dar voz às pessoas surdas no que se refere a construção de Políticas de Educação, entendendo que as suas experiências representam a realidade das suas necessidades. O importante é desenvolver propostas com e para a Comunidade Surda.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Laine Reis. **Inclusão social do surdo**: Reflexões Sobre as Contribuições da Lei 10.436 á Educação, aos Profissionais e á Sociedade Atual. E.Gov. Postado em 07 março 2012, Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/>. Último acesso em: 21/08/2018 às 13:37.

BOTELHO, Paula. **Linguagem e letramento na educação dos surdos**: ideologias e práticas pedagógica. 1. ed., 2 reimp. Autêntica Editora. Belo Horizonte, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta o disposto na Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, e no art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm).

BRASIL. **Decreto nº 9.665, de 02 de janeiro de 2019**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Decreto/D9665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9665.htm).

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm).

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10436.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10436.htm).

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação-PNE e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm).

CAMPELLO, Ana Regina; REZENDE, Patrícia Luiza Ferreira. **Em defesa da escola bilíngue para surdos**: a história de lutas do movimento surdo brasileiro. Educar em Revista. Curitiba, Edição Especial nº2. Editora UFPR, p. 71-92., 2014.

CASSIANO, Paulo Victor. **O surdo e seus direitos**: os dispositivos da lei 10.436 e do decreto 5.626. Centro virtual de cultura surda. Ed. Nº 21, ISSN 1982-6842. Revista Virtual de Cultura Surda, 2017. Disponível em: [http://editora-arara-azul.com.br/site/revista\\_edicoes](http://editora-arara-azul.com.br/site/revista_edicoes).

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA: **Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais**. Salamanca, 1994.

ESCOLA. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/indole/>. Acesso em: 15/11/2019.

GADOTTI, Moacir. **Boniteza de um sonho**: ensinar-e-aprender com sentido. Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo. Rio Grande do Sul. Feevale, 2003.

GESUELI, Zilda Maria. **Lingua(gem) e identidade:** a surdez em questão. Educ. Soc., Campinas, vol. 27, n. 94, p. 277-292, jan./abr. 2006. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>.

GOBO, Giampietro. **O projeto de pesquisa nas investigações qualitativas.** In: MELUCI, Alberto. Por uma sociologia reflexiva: pesquisa qualitativa e cultura. Riode Janeiro: Vozes, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro Zahar, 1963.

LODIL, Ana Claudia Balieiro. **Educação bilíngue para surdos e inclusão segundo a Política Nacional de Educação Especial e o Decreto nº 5.626/05.** Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, n. 1, p. 49-63, jan./mar. 2013.

QUEIROZ, M. I. P. de. **Relatos orais:** do indizível ao dizível. In: VON SIMSON, O. (Org.). Experimentos com histórias de vida (Itália-Brasil). São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1988. Enciclopédia Aberta de Ciências Sociais, v. 5.

# [CONTRA]REFORMA DA PREVIDÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE PRIVATIZAÇÃO

**Maria Paula Gusmão Costa Pereira**

Bacharela em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO

A evolução do Estado Moderno, desde a sua concepção liberal até sua atual roupagem voltada ao bem-estar social, imprimiu uma crescente (mas nem sempre linear) proteção aos direitos sociais. Não obstante o significativo patamar de conquistas já alcançadas, ainda distantes de uma efetiva igualdade material, o Estado Social está sujeito a constantes investidas e ajustamentos neoliberais, que buscam desmontar a estrutura de proteção social e, assim, privilegiar os interesses do mercado financeiro.

Uma frequente pressão do mercado financeiro internacional nas últimas décadas tem sido a privatização do sistema previdenciário, mediante a inserção de um regime de capitalização, empurrando a proteção previdenciária para um processo de “financeirização”, conforme observa Evilásio Salvador:

O projeto neoliberal vigente no país na década de 1990 tem na sua agenda um amplo leque de “reformas” do Estado, destacando-se a “reforma” nos sistemas de proteção social e cortes na previdência social, nos fundos de aposentadorias e pensões, nos programas assistenciais e nos serviços de saúde pública. A seguridade social emerge como um dos principais setores candidatos à privatização, graças à sua enorme capacidade de produzir acumulação de capital na área financeira e na ampliação do mercado de capitais, sobretudo o de seguros privados (SALVADOR, 2010, p. 28).

Alinhando-se a esses interesses, um das primeiras medidas do atual Governo foi o encaminhamento, ao Congresso Nacional, da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 6/2019, que estabelece a chamada “Reforma da Previdência”. Entre as várias alterações pretendidas pela contrarreforma<sup>1</sup> em seu texto original, destacava-se justamente a substituição do regime de repartição pelo de capitalização, a partir da inserção do seguinte dispositivo no texto constitucional:

Art. 201-A. Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal instituirá novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com a previsão de conta vinculada para cada trabalhador e de constituição de reserva individual para o pagamento do benefício, admitida capitalização nacional, vedada qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Denominação que utilizaremos no presente trabalho por se tratar de uma movimentação que busca restringir direitos, ao invés de objetivar sua ampliação ou consolidação, em consonância com a perspectiva exposta por Maria Lucia Lopes da Silva (2018, p. 131-132).

<sup>2</sup> Durante a tramitação da PEC 6/2019 no Congresso Nacional, o dispositivo acima citado foi retirado da proposta, cuja redação final, quando da elaboração deste artigo, encontra-se aprovada e em vias de ser promulgada. Não obstante, o Governo vem declarando que insistirá na adoção do modelo de capitalização, através da propositura de uma nova PEC. Vd. Revista Carta Capital – “Previdência: governo apresentará PEC da capitalização, diz Lorenzoni”. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/previdencia-governo-apresentara-pec-da-capitalizacao-diz-lorenzoni/>. Acesso em: 30 set. 2019.

Diante disso, o presente trabalho buscará se debruçar precipuamente sobre as investidas no sentido de uma proposta de privatização da proteção previdenciária no Brasil, elencando as substanciais diferenças entre os regimes de repartição e de capitalização, analisando os principais argumentos e justificativas em torno da privatização da previdência e sua eventual adequação aos fins alegadamente propostos, para, ao fim, tentar projetar os prováveis efeitos práticos dessa medida – com apoio comparativo na experiência de países de formação social e econômica similares à do Brasil que tenham adotado a capitalização – e examinar sua efetividade (ou não) diante da necessária proteção aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

## **A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL: COMPARANDO OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS DE REPARTIÇÃO E DE CAPITALIZAÇÃO**

No contexto das sociedades pós-Revolução Industrial, o agravamento das condições de trabalho e o acirramento das desigualdades sociais fizeram surgir a necessidade de estruturação de mecanismos estatais de proteção social. O Estado Moderno passou, aos poucos, a assumir uma parcela de responsabilidade pela assistência em situações de vulnerabilidade, até, finalmente, incorporar um sistema estatal securitário.

A ideia de segurança social é, pois, fruto da evolução de uma técnica protetiva que busca amparar os beneficiários contra os chamados “riscos sociais” (ou necessidades sociais), ou seja, adversidades e circunstâncias, previsíveis ou não, que comprometem a capacidade laboral e provisional do indivíduo, impedindo-o de assegurar seu próprio sustento – tais como, por exemplo, idade avançada, doença, acidente, maternidade, etc. Assim, a rede de proteção previdenciária insere determinados eventos em seu âmbito de cobertura, no intuito de fornecer ao segurado um rendimento substituidor de sua remuneração (IBRAHIM, 2015, p. 28).

O desenho formulado pela Constituição Federal de 1988 inseriu a Previdência Pública dentro do Sistema de Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de ações do Estado para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (Artigo 194). Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna (IBRAHIM, 2015, p. 5).

Dessa forma, a rede de proteção social nas áreas da Previdência, da Saúde e da Assistência Social compõe a Seguridade Social no Brasil e tem por fundamento o bem-estar social como obrigação do Estado, orientado por valores e princípios como a justiça social, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, entre outros proclamados pela Constituição Cidadã.

No âmbito da Previdência Social, o texto constitucional determinou a implementação de um regime de repartição, contributivo e solidário, partindo da ideia da socialização das adversidades e distribuindo igualmente os riscos entre diversos atores – Estado, trabalhadores e empresariado (IBRAHIM, 2015, p. 32). Isto é dizer que, tendo a nova ordem jurídica optado por instituir o capitalismo em sua “vertente” do bem-estar social, houve a assunção, pelo Estado, dos riscos intrínsecos a esse sistema econômico e, conseqüentemente, a imposição do compartilhamento do custeio da proteção social em face desses riscos.

O sistema previdenciário delineado em 1988 com base no regime de repartição simples constituía-se praticamente como um monopólio do Estado, sendo marcado pela compulsoriedade

e pela solidariedade intergeracional, ou seja, são os trabalhadores atualmente em idade ativa que, através de suas contribuições previdenciárias, mantêm o sistema garantindo recursos para o pagamento dos benefícios, esperando o mesmo das gerações futuras (MARQUES *et al.*, 2003, p. 115). Dessa forma, o sistema será *“tanto mais equilibrado financeira e atuarialmente quanto maiores forem o crescimento, o emprego e o rendimento médio dos trabalhadores”* (PAULANI, 2006, p. 92-93).

Em decorrência direta da solidariedade intergeracional e da participação patronal no custeio do sistema previdenciário, o regime de repartição é caracterizado, ainda, pela presença de componentes redistributivos, na medida em que incluem (i) uma transferência de renda dos empregadores aos trabalhadores, representadas pelas contribuições patronais; (ii) uma redistribuição dos trabalhadores com maior renda para os de menor renda e das pessoas capazes de trabalhar para as incapacitadas (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 12). Assim, os sistemas públicos de repartição tradicionalmente desempenham um relevante papel de compensação das desigualdades de renda e de gênero e de materialização da equidade. Um exemplo disso no Brasil é o relatório publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, cujos dados apontam que, no período entre 2002 a 2012, as transferências previdenciárias contribuíram para 21% da queda registrada no índice de Gini, revelando impacto direto na diminuição da desigualdade (2013, p. 26-27).

A solidariedade do custeio da Seguridade Social, prevista expressamente no artigo 195 da CF/1988 (*“A seguridade social será financiada por toda a sociedade...”*), decorre não apenas do objetivo de *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* (inciso I do artigo 3º da CF/1988) e do compartilhamento dos riscos inerentes ao mundo do trabalho, mas também da responsabilidade coletiva pelo custo dos direitos.

José Casalta Nabais (2002, p. 19-20) leciona que todos os direitos, sejam eles negativos ou positivos, implicam deveres de cooperação social e responsabilidade, uma vez que não são dádivas divinas, nem frutos da natureza, mas sim uma consequência da existência do Estado. Afirma, pois, que não há direitos gratuitos: todos eles constituem bens públicos em sentido estrito, e, como tais, por não serem autorrealizáveis, desencadeiam custos comunitários para sua proteção e implementação. O Estado Social e Democrático de Direito visa realizar um determinado nível de direitos e, por isso, está necessariamente ancorado em deveres, dentre os quais se destacam os custos financeiros públicos, em sentido estrito (que impõem o dever de pagar tributos). Assim, o autor conclui que toda a sociedade deve arcar com os recursos necessários à concretização dos direitos, socializando os custos do Estado Social.

Além disso, a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 269/08, em seu art. 71.1, também estabelece o custeio solidário no âmbito da Seguridade Social:

Art. 71.1 – O custo das prestações concedidas em consequência da aplicação da presente convenção e os gastos de administração dessas prestações devem ser financiados coletivamente por meio de contribuições ou de impostos ou pelos dois meios conjuntamente, de acordo com modalidades que evitem que as pessoas de poucos recursos tenham que suportar encargos por demais pesados e levem em consideração a situação econômica do Membro e das categorias de pessoas amparadas.

Em paralelo ao regime básico de previdência, vem se construindo e expandindo no Brasil um mercado de previdência complementar, a partir dos seguros privados, de caráter facultativo e baseado na capitalização. Ao contrário do regime de repartição, no regime de capitalização não há solidariedade, mas sim a construção da chamada *“reserva individual”*, na qual *“cada pessoa*

*responde apenas por si e tem um retorno futuro proporcional a sua capacidade de pagamento corrente”* (PAULANI, 2006, p. 93).

Como se verá adiante, diferentemente da complementaridade adotada no Brasil, alguns países elegeram o regime de capitalização como pilar estruturante do seu sistema previdenciário, colocando os trabalhadores como únicos responsáveis por sua aposentadoria, por meio de uma conta individual administrada por entidades privadas. Em tais sistemas, de caráter eminentemente individualista, o acesso à cobertura previdenciária é proporcional àquilo que o trabalhador foi capaz de “poupar” ao longo da vida, excluindo, portanto, a responsabilidade do Estado e dos empregadores. Ao contrário dos sistemas de repartição, cujo equilíbrio financeiro e atuarial depende de maiores níveis de empregabilidade e renda (SILVA; SCHMIDT, 2016, p. 341), a opção pela capitalização representa uma opção perversa para os trabalhadores do ponto de vista macroeconômico, uma vez que, segundo Leda Maria Paulani, aposta justamente na precarização do trabalho, na informalidade, na elevação dos juros básicos e na queda do rendimento médio dos trabalhadores:

Sendo assim, por um lado, esse regime busca a maior liquidez, no menor período de tempo, e com o menor risco possível, o que torna os títulos de renda fixa, particularmente os títulos da dívida pública, os ativos por excelência de seus portfólios. É claro que, dada essa lógica, os fundos de pensão serão tão mais bem sucedidos quanto maiores forem as taxas de juros. Por outro lado, quando aplicam em renda variável (ações), eles buscam evidentemente aqueles papéis com maior capacidade de valorização, e esses papéis são, hoje, aqueles pertencentes às empresas que melhor executam os programas de *dowsizing*, de terceirização e de flexibilização de mão-de-obra. Assim, o equilíbrio financeiro desses fundos está na dependência de um comportamento das variáveis-chave macroeconômicas que é perverso do ponto de vista do crescimento e do emprego, pois joga no sentido da elevação dos juros básicos, da redução da mão-de-obra formalmente empregada e da queda do rendimento médio dos trabalhadores. A perversidade desse comportamento é parte das contradições inerentes a um sistema que vê diminuir o capital produtivo – que gera renda real – enquanto engorda o capital financeiro – que extrai renda real do sistema e incha ficticiamente nos mercados secundários, exigindo ainda mais renda (PAULANI, 2006, p. 93).

Analisando comparativamente os regimes previdenciários de repartição e de capitalização, além das diferenças substanciais já mencionadas no que tange ao princípio da solidariedade, ao pacto entre gerações, ao custeio compartilhado e à responsabilidade do Estado pelo bem-estar social, outro ponto que merece destaque é a participação social na gestão dos sistemas de seguridade.

As normas internacionais de seguridade social no âmbito da OIT (artigo 72.1 da Convenção nº 102) recomendam que os órgãos de governança incorporem mecanismos de diálogo social e participação dos beneficiários, como elemento fundamental de transparência (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 23). Seguindo esse entendimento, o Artigo 194, inciso VII, da Constituição Federal prevê a organização democrática e descentralizada da Seguridade Social brasileira, sob uma gestão quadripartite, cujos órgãos colegiados devem contar com a participação setorial de representantes dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo.

Nos sistemas públicos de repartição, o diálogo e a participação são mais facilmente assegurados, ao passo que, no regime de capitalização, os recursos e pensões são geridos, via de regra, apenas pelas administradoras privadas, sujeitas à fiscalização do Governo. Ou seja, embora os trabalhadores sejam os únicos contribuintes e responsáveis por sua conta individual, são também os únicos excluídos da gestão do sistema.

Cumprido delimitar, por fim, o principal divisor de águas no tocante aos dois regimes, no tocante aos divergentes substratos ideológicos que os sustentam. Os sistemas públicos de

previdência social estruturados pelo regime de repartição possuem inspiração econômica keynesiana e são norteados pelo princípio da solidariedade justamente por compreender a promoção do bem-estar como tarefa do Estado, tomando a cidadania como referência para o direito à proteção social (MARQUES *et al.*, 2003, p. 112).

Os sistemas que adotam a capitalização, por outro lado, situam-se no campo econômico neoclássico e consideram a previdência como uma responsabilidade individual do trabalhador, motivo pelo qual este deveria financiar sozinho sua futura aposentadoria e proteger-se contra outros riscos (como desemprego, doença, etc). Assim, a lógica individualista e meritocrática do regime de capitalização elege o mérito como critério definidor da proteção, sob o pretexto de que *“somente adotando um sistema privado e de capitalização as pessoas teriam estímulo para melhorar seu rendimento e, por consequência, aumentarem sua capacidade de poupança, criando as bases necessárias para a sustentação financeira do desenvolvimento do país”* (MARQUES *et al.*, 2003, p. 113).

## AS RAÍZES DO DISCURSO PRIVATIZANTE

Ao longo da década de 1990, os países considerados desenvolvidos passaram a empreender uma nova estratégia externa hegemônica, materializada a partir do Consenso de Washington, retomando uma onda de redução da intervenção estatal na economia configurada em uma nova versão do liberalismo clássico. Contrapondo-se ao desenvolvimentismo keynesiano que vinha sendo adotado nos países periféricos, a ideologia econômica neoliberal se expressou na forma de “recomendações” feitas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, ou seja, um consenso dos países ricos em relação a seus concorrentes, propondo fórmulas ortodoxas de ajuste macroeconômico (BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 17).

Através de organismos financeiros internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, os países subdesenvolvidos endividados foram submetidos aos ajustamentos neoliberais, como condição para o recebimento de empréstimos e investimentos. Assim, a expansão neoliberal imperialista impôs a diversos países periféricos uma aceitação irresponsável e indiscriminada de todo tipo de reformas liberalizantes e privatizações de serviços.

Uma das medidas apontadas como um “remédio amargo” para resolver o endividamento e promover o equilíbrio fiscal tem sido justamente a privatização do sistema de previdência. Diversos países, especialmente na América Latina, constrangidos pela crise da dívida externa e com baixo crescimento econômico, sucumbiram às pressões neoliberais e introduziram o regime de capitalização da previdência social.

A publicação do documento *“Envelhecer sem crise”* pelo Banco Mundial em 1994, com base na experiência chilena, serviu de referência para a limitação da atuação no Estado na seguridade social. Nele, apresentavam-se os sistemas de previdência segundo o “modelo dos três pilares”: o Estado deveria atuar apenas no “primeiro pilar” (ou pilar inferior), voltado para a pobreza extrema e o acesso a serviços sociais básicos. Já o segundo e o terceiro pilares (intermediário e superior) seriam ditados pelo mercado (FAGNANI, 2011, p. 14). Os modelos multipilares fundamentaram a privatização em diversos setores essenciais para além da previdência, tais como saneamento, transporte público e até educação.

O documento elaborado pelo Banco Mundial descrevia o sistema público tradicional de previdência como um fracasso social e econômico, incapaz de promover o crescimento econômico, e enfatizava os efeitos positivos que a introdução das contas individuais de administração privada poderia gerar nos mercados de capitais, ao apoiar o crescimento dos

investimentos, proporcionando maiores níveis de benefícios e melhores incentivos à contribuição – no entanto, não explicava nem os altíssimos custos de transição, nem os enormes riscos para os trabalhadores e aposentados (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 4).

De acordo com Rosa Maria Marques *et al.*, é interessante notar que os países europeus desenvolvidos, de forte tradição sindical, mantiveram o sistema de proteção social pública, universal e sob regime de repartição como principal sistema de apoio existente, adotando, em paralelo, sistemas complementares de caráter facultativo, que nos últimos anos têm se tornado mais significativos (MARQUES *et al.*, 2003, p. 113). Isto é dizer que tais países reconhecem a proteção social pública forte e efetiva como um importante instrumento de desenvolvimento sócio-econômico e pilar da reprodução da força de trabalho, e, não obstante, sugerem aos países subdesenvolvidos a privatização da previdência como receita para o crescimento econômico. Questiona-se, então, porque impõem um modelo que eles mesmos não adotaram?

Uma possível explicação para isso é a prática denominada por Ha-Joon Chang como “*chutar a escada*”: os países ricos, ao atingirem o “topo” do desenvolvimento econômico, empurram a escada pela qual subiram, numa tentativa de neutralizar seus potenciais concorrentes, impedindo que adotem as estratégias que eles mesmos utilizaram (CHANG, 2004, p. 25-26). As “boas práticas políticas” prescritas desde o Consenso de Washington pela ortodoxia neoliberal representam, justamente, a retórica argumentativa pela qual os países ricos impõem aos países periféricos uma agenda econômica completamente diferente da que empreenderam para alcançar o grau de desenvolvimento que hoje ostentam, mascarando, por exemplo, o papel fundamental desempenhado pela interferência estatal na ordem social e econômica durante seus processos de “*catching up*”.

Dessa forma, na América Latina, onde a proteção social sempre foi mais precária, vários países reféns dos ditames e metas defendidos pelos representantes do FMI, Banco Mundial e agências internacionais, promoveram em seus sistemas de proteção social profundas reformas ao gosto neoliberal – as quais, ressaltam Marques *et al.* (2003, p. 113), nunca foram colocadas em prática nos países avançados.

No mesmo sentido, Isabel Ortiz *et al.* destacam que “*nenhum país democrático avançado e industrializado substituiu seu sistema público de pensões por um sistema privado de contas individuais de capitalização plena*”<sup>3</sup> - com exceção apenas da Suécia, cujo sistema, porém, é administrado publicamente. Os países desenvolvidos mantiveram a sustentabilidade de seus sistemas públicos por meio de reformas paramétricas, que implicam mudanças menores e pontuais, como, por exemplo, ajustes na idade mínima para se aposentar, na taxa de contribuição e na fórmula de cálculo das prestações (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 5).

Ao contrário das posições alarmistas do Banco Mundial e outras instituições, que alardeavam uma futura crise demográfica decorrente do envelhecimento da população, e, com isso, pregavam para os países subdesenvolvidos uma reforma estrutural, para substituir total ou parcialmente o sistema público de previdência por um sistema privado, a OIT vinha defendendo por muito tempo a adoção de reformas paramétricas para reforçar a sustentabilidade financeira a longo prazo dos sistemas públicos de previdência. A experiência dos países desenvolvidos demonstra exatamente que é viável adaptar os sistemas públicos de previdência por meio de ajustes paramétricos adequados, a fim fortalecer os frente às mudanças demográficas e outros desafios futuros (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 5-6).

---

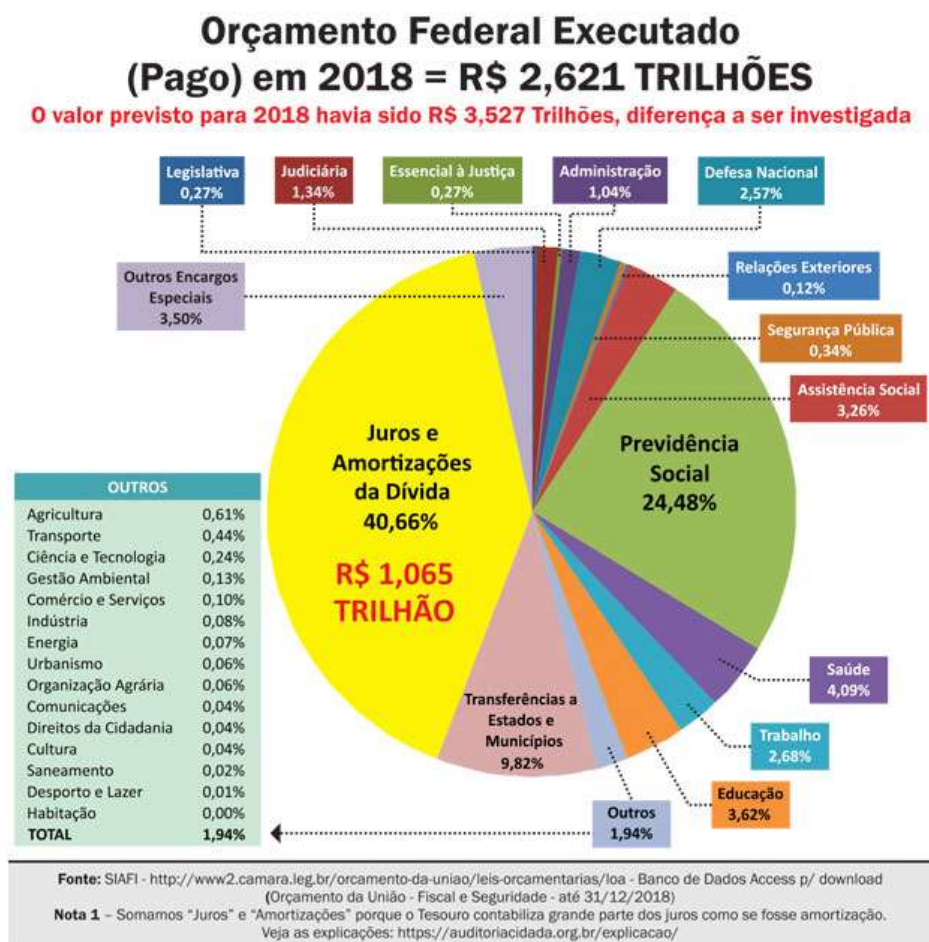
<sup>3</sup> Tradução livre do original: “*Ningún país democrático avanzado e industrializado sustituyó su sistema público de pensiones por un sistema privado de cuentas individuales de capitalización plena*” (2019, p. 7).



No cenário político brasileiro, as investidas em direção a uma privatização da previdência estão alinhadas a essa estratégia neoliberal de retração estatal nas políticas sociais, revestida por uma retórica construída em cima do pagamento de juros, encargos e amortizações da dívida pública. Maria Lucia Fattorelli (2014, p. 1-2) explica que a utilização do endividamento público às avessas, de maneira distorcida, ilegítima e abusiva, tem servido para justificar a introdução de diversas medidas macroeconômicas de ajuste fiscal ditadas pelos organismos financeiros internacionais, no intuito de direcionar uma proporção cada vez maior de recursos públicos ao “Sistema da Dívida”, tendo o setor financeiro privado como principal beneficiário. Em sua opinião, “a dívida pública é a principal responsável pelo não atendimento das necessidades urgentes do povo brasileiro” (FATTORELLI, 2014, p. 3).

Nesse sentido, é importante lembrar que o processo de endividamento público no Brasil tem sido comumente invocado como justificativa para políticas de cortes nos gastos sociais, quando na realidade quase metade do orçamento federal já é abocanhado pelo capital financeiro, superando em muito os valores investidos em políticas públicas de bem-estar social. O gráfico a seguir, elaborado pela associação Auditoria Cidadã da Dívida, com base em dados oficiais elaborados anualmente pelo Tesouro Nacional e divulgados pelo Senado Federal, revelam que, no ano de 2018, um percentual de 40,66% do total do orçamento geral executado pela União foi destinado aos juros da dívida pública, enquanto que a Previdência Social foi contemplada com apenas 24,48%, totalizando, juntamente com a Saúde e Assistência Social, uma parcela de 31,36% para a Seguridade Social como um todo:

**Imagem 1 – Orçamento Geral da União Executado em 2018**



Fonte: <https://auditoriacidadada.org.br/>

Ainda segundo Fattorelli (2014, p. 1), o chamado Sistema da Dívida no Brasil não representa hoje a contração de empréstimos pelo Estado e uma questão de credibilidade diante de investidores, mas sim um conjunto de mecanismos meramente financeiros que atuam na geração, retroalimentação e contínuo crescimento de uma dívida sem contrapartida alguma ao país ou à sociedade, e que, em vez de aportar recursos ao Estado, promovem na verdade uma crescente e descontrolada subtração de recursos públicos, para transferir um montante exorbitante do orçamento público ao pagamento de juros extorsivos aos bancos, de uma dívida pública que jamais foi auditada. Assim, o setor financeiro conta com um sistema de privilégios abusivos e por vezes ilegais na remuneração do capital – como, por exemplo, a prática do anatocismo (cobrança de juros sobre juros) e os juros flutuantes da dívida externa (SILVA, 2017) –, fruto de um profundo processo de desregulamentação financeira, que tem sido responsável pela concentração de capital no Brasil, pelas pressões privatizantes e pela defesa de medidas de austeridade.

Por fim, e também interligado com tudo que foi exposto acima, é necessário destacar o papel do falacioso discurso “anticrise”, como repercussão da ofensiva neoliberal. Tem se tornado um argumento recorrente na agenda política brasileira o alarde em torno de um suposto rombo na Previdência Social, que estaria prestes a “quebrar”, o que legitimaria contrarreformas brutais. O aludido déficit previdenciário decorre, contudo, de uma manobra contábil, que intencionalmente manipula as receitas e despesas da Seguridade Social forjar uma situação de desequilíbrio e, assim, fundamentar um acentuado corte da cobertura previdenciária.

Evilásio Salvador (2017, p. 430) expõe que a Previdência sequer possui orçamento próprio e não pode ser analisada de forma isolada, considerando que, segundo a Constituição Federal, aquela integra o Orçamento da Seguridade Social (OSS) – que registra historicamente uma trajetória positiva<sup>4</sup>. E aponta, também, os efeitos perversos dos mecanismos de desmonte do financiamento da Seguridade Social, alertando que: “*o chamado OSS, na contabilidade oficial, está inflado por despesas que deveriam ser do orçamento fiscal e está subestimado nas receitas, pois não considera os valores desviados pela DRU [Desvinculação de Recursos da União] e pelas renúncias tributárias*” (SALVADOR, 2017, p. 432). No mesmo sentido, Marluce Silva e Jonas Schmidt (2016, p. 330) ponderam que a eterna expropriação de recursos dos fundos públicos e sua canalização para os credores da dívida pública tem imposto à classe trabalhadora um cruel sacrifício, ao comprometer o OSS, e acrescentam, ainda:

A repetição enfadonha de existência de déficit retrata o propósito governamental de mascarar os verdadeiros números da seguridade social no Brasil. (...) Não é segredo que quando a Previdência Social brasileira sofreu reformas, na década de 1990, sob a alegação de que a repartição simples e o pacto intergeracional causava déficit no sistema, mudou-se a legislação com o intuito de se criar regimes de capitalização, que são aqueles em que o trabalhador contribui para sua própria aposentadoria. Foi, na verdade, um propósito neoliberal com o intuito de fortalecer os fundos de pensão, sob a maestria do Banco Mundial e do FMI, os quais estimulavam tal prática (...), na medida em que a capitalização dos fundos de pensão (...) contribui para a financeirização do capitalismo e direciona para a privatização destas carteiras financeiras, de grande interesse do mercado especulativo (SILVA; SCHMIDT, 2016, p. 340-341).

---

<sup>4</sup> Cabe destacar que, mesmo com os mecanismos ardilosos acima relatados no tocante à incorporação de despesas do orçamento fiscal no OSS, à desafetação de receitas (DRU) e às desonerações tributárias, Luciano Fazio (2019, p. 165) demonstra que a Seguridade Social conseguiu se manter superavitária até 2015, sendo que a partir de 2016 passou a registrar um desequilíbrio conjuntural, pois sofreu os efeitos da recessão econômica vivida no Brasil, que gerou uma redução temporária de receitas.

## O FRACASSO DO EXPERIMENTO DA PRIVATIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA E SEUS IMPACTOS NEGATIVOS EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

A migração do regime de repartição para o de capitalização representa, nas palavras de Eduardo Fagnani, a destruição das bases solidárias, contributivas e distributivas da Previdência Social, a partir da transição de um modelo de “seguridade social” enquanto direito universal para o “seguro social”, semelhante a um mero contrato com seguradoras privadas. A agenda liberalizante que se tornou hegemônica nas últimas décadas vem substituindo a ideia de Seguridade Social, própria do Welfare State, pela sua antítese, Seguro Social, que traz em seus planos de capitalização individual uma lógica privatizante implícita (FAGNANI, 2011, p. 6).

Nesse ponto, cumpre transcrever a elucidativa comparação feita por Sonia Fleury, ao explicar que, no seguro social, os direitos sociais estão condicionados à inserção dos indivíduos na estrutura produtiva, com base numa relação contratual:

*No modelo de seguro social, a proteção social dos grupos ocupacionais estabelece uma relação de direito contratual, na qual os benefícios são condicionados às contribuições pretéritas e à afiliação dos indivíduos a tais categorias ocupacionais que são autorizadas a operar um seguro. A organização altamente fragmentada dos seguros expressa a concepção dos benefícios como privilégios diferenciados de cada categoria (...).*

*No modelo de seguridade social busca-se romper com as noções de cobertura restrita a setores inseridos no mercado formal e afrouxar os vínculos entre contribuições e benefícios, gerando mecanismos mais solidários e redistributivos. Os benefícios passam a ser concedidos a partir das necessidades, com fundamentos nos princípios da justiça social, o que obriga a estender universalmente a cobertura e integrar as estruturas governamentais (FLEURY, 2005, p. 451-453).*

Um relatório publicado recentemente pela OIT analisou os resultados de três décadas de privatização da previdência social em países da América Latina e do Leste Europeu. Segundo aponta o estudo, ao longo dos anos de 1981 a 2014, trinta países privatizaram total ou parcialmente seus sistemas de previdência, sendo catorze da América Latina, catorze do Leste Europeu e da antiga União Soviética, e dois países africanos. Desses trinta países, dezoito (60%) procederam a uma “re-reforma”, revertendo total ou parcialmente a privatização, em especial após a crise econômica de 2008. Assim, considerando a reversão da privatização pela maioria dos países e a acumulação de evidências sobre seus impactos negativos, conclui que o experimento da privatização fracassou, não tendo sido capaz de produzir os resultados a que se propunha (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 1-2).

Os dados apresentados no documento dão conta de que o regime de capitalização foi responsável pelo aprofundamento das desigualdades sociais nos países que o adotaram e se mostrou insuficiente para a garantia do mínimo necessário para uma existência digna. As experiências revelaram, portanto, que a medida não atendeu satisfatoriamente às promessas de suprir déficits e equilibrar as contas públicas e que promoveu, na realidade, a desproteção de grupos socialmente vulneráveis em detrimento dos interesses do setor financeiro.

O diagnóstico elaborado pela entidade aponta algumas questões cruciais para entender o aludido fracasso, lembrando que a capitalização foi vendida como solução para garantir a sustentabilidade dos sistemas de previdência em países que se encontravam em situação de endividamento e desequilíbrio fiscal e, ainda, como medida para enfrentar o envelhecimento populacional e fomentar o desenvolvimento, aquecendo o mercado de capitais.

Em primeiro lugar, ao contrário da expectativa de que a rentabilidade das contas individuais aumentaria o interesse dos trabalhadores, as taxas de cobertura estagnaram ou diminuíram, em decorrência da fragmentação da função de arrecadação das contribuições entre

as administradoras privadas, o que gerou um sistema arrecadatário altamente ineficiente e ineficaz (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 8-9).

As prestações previdenciárias se deterioraram, resultando em aumento da pobreza na velhice e, por conseguinte, comprometendo o principal objetivo dos sistemas previdenciários. Na Bolívia, por exemplo, o valor dos benefícios alcançou uma média de apenas 20% do salário de referência recebido durante a vida laboral – muito aquém da taxa de substituição prescrita pela OIT, de ao menos 40 ou 45%. No Cazaquistão e na Polônia, as taxas de substituição caíram de 60% para 29,3% e de 67% para 40%, respectivamente (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 9). Além disso, a supressão dos componentes redistributivos, característicos dos sistemas de repartição, acirrou as desigualdades de renda e de gênero (OIT, 2018, p. 2).

Os elevados custos de transição entre os dois regimes, gravemente subestimados nas projeções iniciais de todos os países que empreenderam a reforma, geraram novas crises fiscais e déficits, contrariando o propalado equilíbrio fiscal que seria obtido com privatização. Isabel Ortiz *et al.* (2019, p. 13) relatam que o financiamento da transição não foi avaliado de forma adequada nem pelas instituições financeiras internacionais, nem pelos tecnocratas que promoviam a privatização – o que futuramente forçou muitos países a revertê-la. No Chile, em 2010, mesmo após 30 anos da reforma, os custos de transição ainda representavam 4,7% do PIB.

Outra preocupação observada nos regimes de capitalização é a frágil governança e a frequente captura dos órgãos estatais de regulação e supervisão pelos mesmos grupos econômicos que deveriam estar sendo fiscalizados. Em vez de atuar em defesa dos interesses dos segurados e corrigir falhas de mercado, as agências regulatórias acabaram se tornando espaços de ingerência dos interesses privados do setor de seguros, resultando em um mercado altamente desregulado:

Em geral, a gestão, supervisão e regulamentação dos fundos privados foram fracas; os laços estreitos entre os políticos e o setor financeiro, bem como a escassez de pessoal qualificado de alto nível na regulamentação dos mercados financeiros, contribuíram para a seleção de reguladores que já atuavam no setor, acomodando assim os interesses privados (OIT, 2018, p. 2).

A privatização, de uma forma geral, foi implementada com pouco ou nenhum diálogo social – inclusive, em alguns casos, em contextos de ditaduras e golpes de Estado – e instituiu sistemas geridos sem participação dos trabalhadores, ao contrário do que orientam as normas da OIT, o que mais tarde acabou por gerar insatisfações, desconfianças e questionamentos quanto à legitimidade das mudanças. Antes da reforma, a maioria dos sistemas de seguridade social contava com algum mecanismo de governança compartilhada entre representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo. Após a introdução do regime de capitalização, essa participação foi eliminada (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 23).

O prognóstico de que a privatização da previdência incrementaria a concorrência entre várias administradoras, que competiriam entre si para prestar serviços cada vez melhores e mais eficientes, se revelou, na prática, o extremo oposto. Em todos os países se registrou uma tendência à concentração no mercado de seguros privados e, ao longo do tempo, após uma série de fusões e aquisições, as empresas nacionais foram absorvidas por grandes grupos estrangeiros, criando-se mercados altamente oligopolistas e controlados. Bolívia e El Salvador chegaram a ter apenas duas administradoras de pensões, ambas pertencentes a instituições financeiras estrangeiras, enquanto no Chile o número de empresas caiu de 21 para 5, no período de 1994 a 2008, sendo que a concentração de filiados nas três maiores empresas aumentou de 67% para 86% (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 18).

O estudo produzido pela OIT pondera que o único beneficiado pelas privatizações dos sistemas de previdência foi o setor financeiro. Do ponto de vista do desenvolvimento nacional e do crescimento econômico que se prometia, essa é uma questão preocupante, considerando que a capitalização contribuiu para a concentração do poder econômico em detrimento do investimento público nacional:

Em muitos países, as reservas da previdência na fase acumulativa foram usadas para o desenvolvimento nacional, como foi feito na Europa. No entanto, o uso de fundos de previdência para investimento público nacional em geral se perdeu nos sistemas privatizados de capitalização, que investiram as poupanças individuais em mercados de capitais buscando retornos elevados, sem colocar as metas nacionais de desenvolvimento como prioridade (OIT, 2018, p. 3).

Da mesma forma, previa-se que a introdução de um pilar obrigatório de pensões privadas contribuiria para a expansão e a diversificação dos mercados de capitais locais nas economias em desenvolvimento e emergentes. A realidade, no entanto, demonstrou que esse efeito foi bastante limitado na maior parte dos casos (salvo algumas exceções). Nos países com mercados de capitais incipientes e pouco diversificados, as oportunidades de investimentos se concentraram ou no estrangeiro, ou em títulos da dívida pública:

Os títulos da dívida pública eram frequentemente emitidos para financiar os elevados custos de transição da privatização da previdência, gerando um círculo vicioso e oneroso, no qual os administradores de fundos de previdência privados são os únicos beneficiários desse processo - por meio da cobrança dos custos administrativos pelas transações financeiras. Na Hungria, El Salvador e no Estado Plurinacional da Bolívia, os títulos da dívida pública constituíam inicialmente cerca de 80 por cento de todos os ativos (OIT, 2018, p. 3).

Devido à tendência de forte concentração dos investimentos em títulos da dívida pública e depósitos bancários, os fundos privados de pensões contribuíram muito pouco para o desenvolvimento do mercado de capitais, produzindo, na maioria dos países, efeitos meramente marginais (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 21).

Por último, a mais grave implicação do regime de capitalização, sem dúvida, é a transferência do ônus dos riscos sistêmicos (demográficos, financeiros e econômicos) para os indivíduos. Conforme já mencionado anteriormente, o principal objetivo de uma rede de proteção social é o de resguardar os trabalhadores contra eventuais riscos ao longo do ciclo da vida. Nos sistemas de contas individuais de capitalização, todavia, é justamente o trabalhador quem assume todos os riscos de investimento, de longevidade e de inflação, enfrentando incertezas quanto ao nível futuro das prestações, a depender da taxa de rentabilidade conseguida pelo administrador privado, sujeitando-se às flutuações e à volatilidade do mercado financeiro e, ainda, expondo-se à erosão do valor das pensões pelo processo inflacionário (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 22).

O excessivo risco arcado pelos trabalhadores e aposentados se tornou mais evidente após a crise financeira e econômica de 2008, com repercussões catastróficas sobre os fundos de pensões, forçando o Estado, em muitos casos, a intervir para compensar ou complementar aposentadorias que deveriam ter sido pagas pelo sistema privado. Alguns dados alarmantes são expostos no relatório da OIT:

No Chile, na crise de 2008, as AFPs perderam 60 por cento de todas as prestações acumuladas entre 1982 e 2008. Na Argentina, a crise financeira doméstica de 2001-02 levou a uma diminuição de 44 por cento nos fundos de previdência privados. No Peru, os ativos dos fundos de aposentadoria privados caíram 50 por cento durante a crise financeira de 2008, já que os gestores privados haviam investido os fundos em instrumentos de alto risco (OIT, 2018, p. 3).

Além disso, a crise também afetou diretamente a dinâmica das relações de trabalho, produzindo uma geração de trabalhadores com empregos informais, irregulares, instáveis e precarizados, o que se traduzirá em uma fragmentação da trajetória contributiva (ORTIZ *et al.*, 2019, p. 22).

O corolário das crescentes frustrações e indignações foi a insustentabilidade desse sistema e o retorno de muitos países, principalmente a partir de 2008, ao sistema público de repartição, como era antes da privatização, seguindo as normas internacionais de seguridade social da OIT, mediante o fechamento ou redução das contas individuais e a reinserção da solidariedade e da responsabilidade compartilhada entre governo, empregadores e trabalhadores – o que já vem evidenciando impactos sociais, econômicos e fiscais positivos:

A crise financeira de 2008 teve um impacto sério nos mercados de capitais, reduzindo significativamente o valor real dos ativos das previdências privadas e, conseqüentemente, os resultados negativos do sistema privado causaram forte indignação popular. Muitos aposentados tiveram de recorrer à solidariedade social porque a aposentadoria caiu para níveis baixíssimos, muitas vezes inferiores à linha de pobreza. (...) Assim, o apoio político que levou à privatização deu marcha à ré, para promover o retorno ao sistema público ou para minimizar o papel da previdência privada obrigatória. (...) A experiência em matéria de previdência no mundo é semelhante à de outros setores, como o abastecimento de água, transporte, energia e serviços postais, que também reverteram privatizações anteriores e renacionalizaram ou re-municipalizaram serviços públicos nos últimos anos (OIT, 2018, p. 4).

O caso do Chile, por exemplo, é paradigmático, uma vez que foi o primeiro país a implementar o regime de capitalização e enfrenta hoje uma crise de impopularidade desse sistema. Durante a ditadura de Augusto Pinochet, o Chile foi transformado em laboratório neoliberal e, em 1981, privatizou seu sistema previdenciário público e inseriu um sistema de contas individuais de contribuições definidas e obrigatórias, segundo a lógica atuarial privada (FAGNANI, 2011, p. 14), operadas pelas Administradoras de Fundos de Pensões – AFP, que investem em aplicações financeiras as contribuições vertidas pelos trabalhadores.

A rejeição a esse modelo ganhou forma com a intensificação de manifestações populares e com o surgimento de um movimento organizado, chamado de “No más AFP”, que denuncia diversos problemas vivenciados pelos trabalhadores e aposentados chilenos<sup>5</sup>, tais como: (i) o baixo valor das pensões, que, para os homens, correspondem em média a 38% da renda percebida durante da vida laboral, e, para as mulheres, apenas 28%, enquanto nos sistemas públicos de repartição essa média é de 70%; (ii) a concentração do capital, uma vez que as AFPs são geridas por bancos e transnacionais, favorecendo a concentração de riqueza nas mãos de poucos grupos e famílias; (iii) a falta de competitividade, por existirem poucas AFPs, que constituem um oligopólio entre si, apoiando-se mutuamente para fixar preços mais altos; (iv) a captura da Superintendência de AFPs – organismo fiscalizador de caráter público, pelos interesses das AFPs, em que os superintendentes geralmente são pessoas ligadas ao setor de seguros privados, o que anula o poder fiscalizador do órgão; e, por fim, (v) o lobby político e a corrupção por parte das AFPs para manter o regime de capitalização.

Assim, declarando que o sistema privado de pensões converteu a seguridade social em um negócio lucrativo para as empresas gestoras, porém péssimo para os trabalhadores, o movimento “No más AFP” reivindica a adoção de um sistema previdenciário público, administrado pelo Estado, em regime de repartição solidária e caráter tripartite<sup>6</sup> – financiado pelas contribuições dos empregadores, trabalhadores e Estado –, semelhante ao que existe hoje no Brasil.

<sup>5</sup> Disponível em: [http://www.nomasafp.cl/inicio/?page\\_id=8](http://www.nomasafp.cl/inicio/?page_id=8). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www.nomasafp.cl/inicio/?page\\_id=8](http://www.nomasafp.cl/inicio/?page_id=8). Acesso em: 21 nov. 2019.

Observando a experiência vivenciada em outros países e a situação atual do sistema previdenciário brasileiro, é possível conjecturar algumas das prováveis consequências de uma implantação do regime de capitalização no país. Em nota técnica publicada em maio deste ano (Nota Técnica nº 13/2019), a Unafisco Nacional<sup>7</sup> realizou uma série de cálculos para estimar os custos de transição e o valor das prestações previdenciárias e do patrimônio acumulado pelos trabalhadores, em diferentes cenários. Supondo que só ingressariam no novo modelo de capitalização os trabalhadores que entrarem pela primeira vez no mercado de trabalho a partir da mudança, avalia-se que *“a falta de novos ingressantes no sistema de repartição – que continuaria a arcar com os pagamentos dos beneficiários que já estavam no sistema antes da reforma –”* acarretaria um altíssimo custo de transição na ordem de R\$ 890 bilhões após dez anos, chegando a R\$ 3,4 trilhões em vinte anos e ultrapassando o montante de R\$ 8 trilhões em trinta anos (UNAFISCO NACIONAL, 2019, p. 11).

Quanto aos benefícios previdenciários, levando em conta um cenário de sistema capitalizado com contribuição do empregado e sem contribuição do empregador, administrado por instituições financeiras (AFPs), como ocorre no Chile, de acordo com as simulações, o trabalhador acumularia, ao final de 40 anos de contribuição, um patrimônio de R\$ 275.804,02, sendo que a remuneração da AFP consumiria R\$ 105.701,43, restando apenas R\$ 170.102,58 para o pagamento da aposentadoria, o que possibilitaria um benefício de apenas R\$ 750, equivalente a 1/4 (ou 25%) do salário de contribuição considerado, até os 84 anos de idade (UNAFISCO NACIONAL, 2019, p. 16).

Além disso, na Nota Técnica nº 12/2019, elaborada também neste ano, a Unafisco Nacional desenvolveu uma metodologia de cálculo para apurar o tamanho do mercado que uma capitalização financeira da previdência brasileira abriria para as instituições financeiras, com base em simulações a partir dos dados oficiais atuais de arrecadação de contribuições previdenciárias. Considerando um ciclo completo geracional de 35 anos no mercado de trabalho, após o qual 100% dos novos trabalhadores estariam integrados à capitalização, e, ainda, tendo em vista as taxas administrativas que remuneram as instituições financeiras e um rendimento real do patrimônio acumulado acima da inflação, a associação conclui que a capitalização proporciona às instituições financeiras a abertura de um mercado de faturamento médio anual bilionário e de faturamento anual acumulado na ordem de R\$ 26,84 trilhões, o que não deixa dúvidas quanto aos reais interesses do capital financeiro nessa contrarreforma:

- 1- Nos próximos setenta anos, o faturamento médio anual para as instituições financeiras num sistema de capitalização financeira pode ser estimado em R\$ 388 bilhões;
- 2- Ao fim de dois ciclos de 35 anos, o faturamento acumulado das instituições financeiras atinge 102,58% do patrimônio acumulado pelos trabalhadores;
- 3- Nos próximos trinta e cinco anos, o faturamento médio anual das instituições financeiras num sistema de capitalização financeira pode ser estimado em R\$ 80 bilhões;
- 4- Ao fim do primeiro ciclo de 35 anos, o faturamento acumulado das instituições financeiras atinge 34,51% do patrimônio acumulado pelos trabalhadores (UNAFISCO NACIONAL, 2019, p. 14).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível notar, de antemão, que a privatização da previdência representaria um tendente afastamento do princípio da solidariedade, que vem permeando o sistema previdenciário

---

<sup>7</sup> Unafisco Nacional – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil.

brasileiro nas últimas décadas e, em última análise, a transferência, ao trabalhador, de todos os ônus e riscos inerentes ao mundo do trabalho.

Uma iniciativa nesse sentido seria uma verdadeira contrarreforma, implicando um grave retrocesso ao desmoronar a estrutura de proteção social pactuada em 1988. Assim, Luciano Fazio opina que: “*o cerne do debate não é apenas técnico, mas diz respeito à manutenção ou revisão do ‘pacto social’ selado na Constituição Federal de 1988*” (2019, p. 165). Com efeito, segundo afirma o Ministério Público Federal, em Nota Técnica emitida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC (BRASIL, 2019, p. 11), o sistema de poupança individual em regime de capitalização é flagrantemente incompatível com a Constituição Cidadã, uma vez que lastreada numa ideia de máximo egoísmo, contrariamente ao princípio regulativo da sociedade brasileira, o da solidariedade, inscrito no artigo 3º da Constituição Federal.

Não se pode perder de vista, nesse cenário, que a proteção previdenciária é uma política pública cujas conquistas estão sempre sendo postas em xeque. A erosão dos direitos sociais por meio dos ajustamentos neoliberais integra um projeto político e econômico, no qual o único beneficiado é o mercado financeiro, por meio dos bancos e seguradoras, que no regime de capitalização se tornam os principais gestores das aposentadorias de toda a população. Isso equivale a colocar um direito social de fundamental relevância nas mãos do mercado, submetendo-o à lógica do lucro.

É necessário reafirmar os direitos sociais para avançar na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, concluindo-se, a partir das considerações expostas, que a responsabilidade dos Estados de garantir a segurança de renda na idade avançada é melhor cumprida por meio do fortalecimento de sistemas públicos de previdência (OIT, 2018, p. 7), que apresentam maior sustentabilidade financeira e um nível mais alto de cobertura e de prestações garantidas, permitindo aos trabalhadores usufruir de uma melhor qualidade de vida na aposentadoria.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 269, de 18 de setembro de 2008**. Aprova o texto da Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC). **Nota Técnica nº 10/2019-PFDC, de 5 de junho de 2019**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-10-2019>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019 [projeto original]**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrar\\_integra?codteor=1712459&filena=me=PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=1712459&filena=me=PEC+6/2019). Acesso em: 12 jun. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional**. São Paulo em Perspectiva, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul./set. 2006.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.



FAGNANI, Eduardo. **Seguridade Social: a experiência brasileira e o debate internacional.** Fundação Friedrich Ebert – Análises e propostas nº 42, dez. 2011. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09533.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

FATTORELLI, Maria Lucia. **O Sistema da Dívida no Brasil e no Mundo.** Auditoria Cidadã da Dívida, out. 2014. Disponível em: <https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2014/10/USP-14-10-2014-O-Sistema-da-Divida-no-Brasil-e-no-Mundo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

FAZIO, Luciano. **A Capitalização e o Regime Geral de Previdência Social: elementos de análise.** Cadernos ASLEGIS nº 56, p. 159-185, 1º Semestre 2019. Disponível em: <https://www.aslegis.org.br/files/cadernos/caderno56/9-Sala-de-visitas-A-Capitalizacao-e-o-Regime-Geral-de-Previdencia-Social-elementos-de-analise-Aslegis56-159-186.pdf>. Acesso em 28 nov. 2019

FLEURY, Sonia. **A seguridade social e os dilemas da inclusão social.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, p. 449-467, mai./jun. 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 20. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Dois décadas de desigualdade e pobreza no Brasil medidas pela Pnad/IBGE.** Comunicados do IPEA nº 159, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/131001\\_comunicadoipea159.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/131001_comunicadoipea159.pdf). Acesso em: 25 nov. 2019.

MARQUES, Rosa Maria; BATICH, Mariana; MENDES, Áquila. **Previdência social brasileira: um balanço da reforma.** São Paulo em Perspectiva, v. 17, n. 1, p. 111-121, 2003.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Revista Direito Mackenzie, v. 3 n. 2, p. 9-10, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção Internacional nº 102, de 28 de junho de 1952.** Normas Mínimas da Seguridade Social.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Reversão da Privatização de Previdência: Questões-chaves.** Proteção Social para Todos – Resumo da Matéria – dez. 2018. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/oit-resumo-estudo-capitalizacao.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

ORTIZ, Isabel; DURÁN-VALVERDE, Fabio; URBAN, Stefan; WODSAK, Veronika; YU, Zhiming. **La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018).** Documento de trabalho n. 63. Organização Internacional do Trabalho – OIT, 2019.

PAULANI, Leda Maria. **O Projeto Neoliberal para a Sociedade Brasileira: sua dinâmica e seus impasses.** In: LIMA, Júlio César França; NEVES, Lúcia Maria Wanderley (org.). Fundamentos da educação escolar do Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/EPSJV, 2006. p. 67-107.

SALVADOR, Evilásio. **Fundo público e seguridade social no Brasil.** São Paulo: Cortez, 2010.

SALVADOR, Evilásio. **O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal.** Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 130, p. 426-446, set./dez. 2017.

SILVA, Isabela Anjos de Andrade e. **Auditoria da Dívida Pública.** Auditoria Cidadã da Dívida, jun. 2017. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/auditoria-da-divida-publica-2/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Contrarreforma da Previdência Social sob o comando do capital financeiro**. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 131, p. 130-154, jan./abr. 2018.

SILVA, Marluce Souza e; SCHMIDT, Jonas Albert. Seguridade social em um contexto de dívida pública na América Latina. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 329-348, jul./dez. 2016.

UNAFISCO NACIONAL. **Estimativa do tamanho do mercado (faturamento) para as instituições financeiras num regime de capitalização financeira para a Previdência**. Nota Técnica Unafisco Nº 12/2019, de 8 de abril de 2019. Disponível em: [http://unafisconacional.org.br/UserFiles/2019/File/nota\\_tecnica\\_Unafisco\\_no\\_12\\_2019\\_v8\\_WEB.pdf](http://unafisconacional.org.br/UserFiles/2019/File/nota_tecnica_Unafisco_no_12_2019_v8_WEB.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

UNAFISCO NACIONAL. **PEC 6/2019: O Controverso Sistema de Capitalização Financeira**. Nota Técnica Unafisco Nº 13/2019, de 22 de maio de 2019. Disponível em: [http://unafisconacional.org.br/UserFiles/2019/File/nota\\_tecnica\\_unafisco\\_n13\\_2019.pdf](http://unafisconacional.org.br/UserFiles/2019/File/nota_tecnica_unafisco_n13_2019.pdf). Acesso em: 28 nov. 2019.

# POLÍTICA SOCIAL E O DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DA REALIDADE DE CATADORAS DE RESÍDUOS EM SITUAÇÃO DE RUA, NA CIDADE DE FORTALEZA/CE

**Mariana López Matias**

Doutora em Política Social (UNB/Ryerson University -Toronto/Canadá). Professora do Curso de Direito (UNIFOR).

**Dieric Guimarães Cavalcante**

Graduando em Direito (UNIFOR). Pesquisador Assistente (University of Toronto).

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental à moradia está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, o plano de sua efetivação ainda é marcado por diversos entraves que precisam ser superados, isto porque em razão do contexto social marcado pela desigualdade social, uma parcela significativa da população se encontra em situação de rua. Sob o enfoque quantitativo, o Brasil não apresenta dados oficiais relativos ao grupo supramencionado (IPEA, 2016). Tal ausência, todavia, tem com uma de suas razões a complexidade, em termos censitários, de coletar dados de populações não domiciliadas (KHOTARI, 2005). No entanto, a necessidade de analisar tal universo se impõe de maneira imperativa, ao passo em que a permanência desses grupos nas condições em que se encontra é, per se, violadora de direitos humanos.

Em virtude da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos datados de 1966, os Estados nacionais têm internalizado os Direitos Humanos na forma de direitos fundamentais e estes passaram a figurar como elemento indissociável de seus ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana foi, por consenso, classificada como indispensável para a organização das sociedades (MASTRODI e ROSSI, 2015).

A consagração dos direitos fundamentais na ordem constitucional dos Estados anunciou o combate às barbáries perpetradas nas duas Grandes Guerras Mundiais, no caso do Brasil, isto também dialoga diretamente com a busca pela efetivação dos objetivos da República Federativa expressos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, sendo estes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Há, no entanto, um hiato existente entre o plano normativo e o fático. A promoção do direito à moradia, historicamente, tem raízes inteiramente mergulhadas na concepção de propriedade e isto faz com que pessoas em condição de pobreza extrema – caso das mulheres em situação de rua – permaneçam distantes da tutela estatal relativa à garantia de habitação digna, uma vez que não gozam de condições para obter um bem imóvel (MASTRODI, 2015).

As mulheres catadoras em situação de rua se tornam ainda mais vulneráveis por integrarem um cenário permeado por preconceitos, violência, desigualdade de gênero e baixa efetividade dos direitos sociais (ROSA & BRETAS, 2015). Há na sociedade, segundo Fraser (2006), uma injustiça de gênero e esta tem relação muito próxima com a desvalorização da mulher, bem como se relaciona intrinsecamente com o processo de vulnerabilização ao qual são constantemente submetidas.

Imperativo mencionar que não se pretende analisar as mulheres na condição de frágeis, a vida nas ruas, no entanto, não permite simplificações ou clichês. A situação de rua é múltipla e complexa, é um ambiente marcado por conflitos e contradições sociais. Viver na da rua, per si, é uma violência e uma violação de direitos, além de escancarar a desigualdade de direitos existente no contexto social brasileiro. Notadamente, o recorte da pesquisa nas mulheres em situação de rua é necessário pelo fato delas estarem inseridas numa sociedade nitidamente machista, sexista e misógina e, logo, se apresentam como grupo ainda mais vulnerabilizado nas condições em que se encontram, fato este que ao longo do artigo foi corroborado, inclusive, pela literatura internacional.

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

A elaboração do presente artigo foi construída através de pesquisa empírica de natureza quali-quantitativa. A análise qualitativa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica realizada em livros, revistas e artigos que abordam direta ou indiretamente o tema em análise, salientando a articulação com a realidade social, numa análise dialética e crítica. O exame quantitativo foi construído a partir de uma pesquisa em campo com os catadores de resíduos, durante os meses de novembro e dezembro de 2017, na “Regional 2” e na “Regional Centro”, da cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará. Foram aplicados de 32 questionários estruturados.

Ressalta-se que para a construção do trabalho também se recorreu à pesquisa bibliográfica e documental. Os dados foram tabulados através do software para análise quantitativa, *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS versão 21) e estão apresentados na forma descritiva por meio de tabelas.

Em virtude da inexistência de um número preciso relativamente a quantos catadores de resíduos “não-associados” desempenham suas atividades laborais na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a amostra dos participantes, para a presente pesquisa, foi fixada com fulcro no ensinamento de Triola (2014), o qual enfatiza que, para uma população com distribuição aleatória, se o tamanho amostral for maior que 30, as médias amostrais têm distribuição que pode ser aproximada por uma distribuição normal, e tal número será cientificamente válido.

O recorte da pesquisa se subdivide em dois, sendo estes: 1) quanto ao objeto da pesquisa, neste caso, a realidade das mulheres em situação de rua; e 2) quanto ao elemento temporal, uma vez que discute dados dos anos de 2007 a 2015, tendo em vista que inexistem, no Brasil, números oficiais mais atuais sobre o tema em exame. O artigo, para tratar da questão de gênero, baseou-se em dados referentes a população em situação de rua, no Brasil, extraídos do I Censo e Pesquisa sobre a o Pulação em Situação de Rua elaborado, à época, pelo denominado Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e da pesquisa sobre a Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). De mesmo modo, recorreu-se a pesquisas internacionais relativas as pessoas em situação de rua (com recorte na vivência das mulheres) as quais foram elaboradas por por D’ercole e Struening (1990), Wenzel, Leake e Gelberg (2000) e por Cheung e Hwang (2004).

A presente pesquisa foi submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa em Seres Humanos (Coética) da Universidade de Fortaleza, tendo obtido parecer favorável.

## **A TENSÃO ENTRE O DIREITO À MORADIA À PESSOA EM SITUAÇÃO DE RUA**

O jurista Dalmo Dallari, ao tratar da expressão direitos humanos, lavrou valiosa lição caracterizando-a como “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa

humana” e que “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.” (DALLARI, 2004, p.12). O autor classifica ainda como necessidades essenciais da pessoa humana. Vale ressaltar que a nomenclatura precitada se transmuda em ‘direito fundamental’, quando os ‘direitos humanos’ alcançam a ordem constitucional e, dessa forma, se enquadram no plano interno do país ao saírem da esfera internacional.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, de mesmo modo, dos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, os Estados nacionais têm internalizado os Direitos Humanos na forma de direitos fundamentais e estes se tornaram a base material de seus ordenamentos jurídicos internos. Vale destacar também a discussão no que se refere Direitos Humanos e direitos das minorias (VASCONCELOS, 2019), e aqui o destaque para as pessoas em situação de rua. Além do princípio dos direitos humanos, dignidade da pessoa humana, é necessário trazer para o debate o mínimo existencial previsto no ordenamento jurídico brasileiro. As pessoas que vivem nas ruas, estão privadas de todos esses direitos, à margem do Estado e praticamente em estado de barbárie, sendo o mínimo existencial uma utopia a ser alcançada. Nesse sentido, os direitos humanos, no que se refere aos direitos fundamentais têm sido distinguidos em ao menos duas espécies, os direitos individuais ou negativos, e os direitos sociais ou a prestações (MASTRODI, 2008).

Há um consenso, no âmbito jurídico, no sentido de que os direitos sociais objetivam alcançar a igualdade material e isto através da prestação de serviços por meio dos quais seja possível concretizar direitos da sociedade, quando esta, por conta própria, não teria condições de efetivá-los. Segundo a teoria geral do direito, no entanto, os direitos sociais não gozam de autonomia, contrariamente, encontram-se numa relação de subordinação relativamente aos direitos individuais e isto dificulta e, por vezes impede, a efetivação de alguns direitos sociais, em especial o direito à moradia.

A interpretação que se dá é relativa ao direito à moradia ‘adequada’ e isto com fulcro no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Social e Culturais (PIDESSEC) o qual fora aprovado e ratificado no Brasil, tal conteúdo normativo, portanto, gera ao Estado o dever de garantir a todos os cidadãos supramencionado direito social. Há um parâmetro que se extrai da Relatoria especial da ONU relativamente ao conceito de moradia adequada:

Integram o conceito de moradia adequada: (a) uma condição de ocupação estável, ou seja, morar em um local sem o medo de remoção ou de ameaças indevidas ou inesperadas; (b) Acesso a serviços, bens públicos e infraestrutura, como energia elétrica, sistema de esgoto e coleta de lixo; (c) acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado; (d) moradia a um valor acessível ou com subsídios ou financiamento que garantam custos compatíveis com os níveis de renda; (e) boas condições de habitação, respeitado um tamanho mínimo, com proteção contra frio, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e suscetibilidade a doenças; (f) acesso prioritário à moradia para grupos em situação de vulnerabilidade ou desvantagem; (g) localização adequada, com acesso a médicos e hospitais, escolas, creches e transporte, em áreas urbanas ou rurais; (h) adequação cultural, construída com materiais, estruturas e disposição espacial que viabilizem a expressão de identidade cultural e a diversidade dos vários indivíduos e grupos que a habitam (ONU, 2013).

Nas sociedades, no entanto, sempre houve uma relação conflitante entre os interesses predominantes de determinada classe social em detrimento dos anseios daqueles que não detinham a mesma condição econômica e prestígio social, isto sendo caracterizado pelo contexto histórico específico de cada tempo e lugar. No caso da realidade das mulheres em situação de rua, vê-se que o disposto no relatório especial da ONU, das Declarações de Direitos Humanos e, inclusive, e o que dispõe o próprio texto constitucional permanece distante dos sujeitos aos quais

se destina, tendo em vista que se restringe à esfera da teoria, uma vez que o plano fático denuncia violações ao direito fundamental à moradia por não encontrar saídas para efetivá-lo.

Nessa lógica, é indispensável observar que as normas sociais e jurídicas são produzidas com fulcro no estado das coisas e, em virtude disso, acabam por reproduzir desigualdades, no sentido de que asseguram direitos de classes as quais já têm direitos assegurados ou possuem maior possibilidade de alcançá-los. Há, portanto, grupos que historicamente já são reconhecidos e protegidos pelo Estado e outros que, por não terem igual importância na ordem econômica antiga e atual, figuram como sujeitos invisíveis no contexto sócio-jurídico-político.

Historicamente, no Brasil, as políticas estatais são pontuais, fragmentadas e de pouca eficácia e efetividade para mudar a situação desses indivíduos, como exemplo, vale citar a política de assistência social. Outro dado é que as políticas sociais servem para garantir a manutenção do modo de produção capitalista e dificilmente emanciparão os indivíduos enquanto cidadãos, cidadania aqui tratada na perspectiva de Marshall (1967).

Marshall (1967) analisou o desenvolvimento da cidadania como desenvolvimento dos direitos civis (século XVIII), seguidos dos políticos (século XIX) e sociais (século XX). Para o autor a cidadania só é plena se dotada dos três tipos de direito, e essa condição está ligada à classe social e à evolução da cidadania, que é consolidada com as conquistas de direitos ao longo da história, através das forças vivas dentro do Estado.<sup>1</sup>

Nessa linha de argumentação, o direito fundamental à moradia, no entanto, enfrenta entraves quanto a sua garantia, uma vez que em virtude do contexto social marcado pela desigualdade social, uma parcela significativa da população brasileira permanece em situação de rua. Em termos quantitativos, o Brasil não conta com dados oficiais atinentes ao grupo supramencionado (IPEA, 2016). Esta ausência, todavia, decorre da complexidade, em termos censitários, de coletar dados de populações não domiciliadas (KHOTARI, 2005). Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, estima-se que existiam, em 2015, 101.854 pessoas em situação de rua no Brasil.

A pobreza, enquanto fenômeno caracterizado por sua complexidade e seu aspecto multidimensional, se apresenta como um dos fatores que ocasiona situações de privação econômica e de exclusão social as quais constituem a vulnerabilidade social sofrida por determinados grupos e são fortemente associadas à probabilidade de determinada pessoa vivenciar uma situação de rua.

As pessoas em situação de rua, em virtude do processo de exclusão social que sofrem diuturnamente, são alocadas sob o manto da invisibilidade perante à sociedade civil e, inclusive, ao Estado. Tal invisibilidade se revela de maneira muito clara, por exemplo, quando se constata a falta de documentação necessária para ter o acesso aos serviços e aos benefícios sociais garantidos pelo Estado (HALLAIS & BARROS, 2015), tendo em vista que há um nítido distanciamento entre a população em situação de rua e as instituições do Estado.

Nesse sentido, a questão da ausência de documentação repercute diretamente no âmbito do direito, uma vez que retromencionado grupo não goza de condições suficientes para a obtenção de emprego formal, o acesso aos serviços e programas governamentais. Nesse sentido, o próprio exercício da cidadania – enquanto direito fundamental – resta negativamente afetado, uma vez que a fruição dos direitos em suas esferas cível, política e social mais parece um fim impossível de ser alcançado.

---

<sup>1</sup> Na mesma linha da tese defendida por Ihering (2009), na obra intitulada *A Luta pelo Direito*.

Desta forma, integrar territorialmente um espaço marcado por extrema precariedade, bem como estar sujeito às vulnerabilidades que lhes sujeitam a dimensões de extremo desamparo, tais como o desconforto em virtude das intempéries, a insegurança das ruas e, de mesmo modo, a insalubridade (VALENCIO et al., 2008), geram entraves, por vezes insuperáveis, relativamente a efetivação de direitos por via da prestação de serviços por parte do Estado.

A permanência das pessoas em situação de rua nas condições em que vivem, por si só, figura como um elemento caracterizador de patentes violações de direitos humanos.

## **A QUESTÃO DE GÊNERO NA SOCIEDADE E A MULHER EM SITUAÇÃO DE RUA**

Segundo dados do I Censo e Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua, realizado entre os anos de 2007 e 2008, apontou que 82% dos entrevistados eram homens (valor que corresponde a 22.669 pessoas) e somente 18% eram mulheres (4.964 pessoas). A disparidade entre os números não ocorre de maneira injustificada, uma vez a situação de rua vivida por mulheres é permeada por desafios ainda mais intensos se comparados aos enfrentados pelos homens nas mesmas condições (QUIROGA & NOVO, 2009).

A vida nas ruas se apresenta como um contexto profundamente masculinizado e isto em virtude dos diversos reflexos do machismo, do sexismo e da misoginia ainda tão presentes e nítidos no seio social e, em razão disso, as mulheres em situação de rua são encaradas, segundo Quiroga e Novo (2009), como vítimas fáceis por serem consideradas extremamente frágeis. Sobreviver nas ruas, portanto, impõe às mulheres desenvolver estratégias específicas que em nada são necessárias aos homens.

Analisar a questão de gênero atrelada à discussão sobre as pessoas em situação de rua se faz necessário, uma vez que as mulheres notadamente se apresentam como um grupo que sofre com o processo de vulnerabilidade de maneira mais acentuada, não sob a perspectiva equivocada e nitidamente machista de serem consideradas frágeis, mas em razão da existência de relações de poder definidas pelo gênero (SCOTT, 1989) e pela injustiça de gênero (FRASER, 2006) existentes na sociedade.

A definição de gênero elaborada por Scott (1989) tem duas partes. O núcleo essencial dessa conceituação baseia-se numa espécie de conexão integral entre duas proposições, quais sejam: o gênero enquanto elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças observadas entre os sexos, e o gênero como uma forma primeira de significar as relações de poder existentes no seio social.

Relativamente às relações de poder estabelecidas entre os gêneros no contexto social, segundo Fraser (2006), há nas sociedades o que referida autora classifica como injustiça de gênero e isto sob aspectos econômicos e políticos os quais estão intrinsecamente ligados à própria conceituação de gênero, nesse sentido, a mulher tende sempre a ocupar um lugar mais marginalizado se comparado ao do homem:

Por um lado, o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho “produtivo” remunerado e trabalho “reprodutivo” e doméstico não-remunerado, atribuindo às mulheres a responsabilidade primordial por este último. Por outro lado, o gênero também estrutura a divisão interna ao trabalho remunerado entre as ocupações profissionais e manufatureiras de remuneração mais alta, em que predominam os homens, e ocupações de “colarinho rosa” e de serviços domésticos, de baixa remuneração, em que predominam as mulheres (FRASER, 2006, p. 233-234).

Segundo Fraser, o gênero, na verdade, não se apresenta somente como uma forma de diferenciação pautada em critérios econômicos e políticos, mas também uma diferenciação

atinente à valoração cultural. Dessarte, ele também abarca elementos os quais se assemelham mais à sexualidade e não unicamente à classe, logo, isso permite enquadrá-lo na problemática do reconhecimento. Seguramente, um aspecto central da injustiça de gênero é, segundo a referida autora, o androcentrismo, ou seja, a construção socialmente autorizada de normas que privilegiam os traços associados à masculinidade.

Arelado ao androcentrismo está o sexismo cultural o qual consiste na desqualificação generalizada das coisas classificadas como “femininas”, mais precisamente, as mulheres. Segundo Fraser, existe uma gama de formas com as quais tal desvalorização pode se expressar:

Essa desvalorização se expressa numa variedade de danos sofridos pelas mulheres, incluindo a violência e a exploração sexual, a violência doméstica generalizada; as representações banalizantes, objetificadoras e humilhantes na mídia; o assédio e a desqualificação em todas as esferas da vida cotidiana; a sujeição às normas androcêntricas, que fazem com que as mulheres pareçam inferiores ou desviantes e que contribuem para mantê-las em desvantagem, mesmo na ausência de qualquer intenção de discriminar; a discriminação atitudinal; a exclusão ou marginalização das esferas públicas e centros de decisão; e a negação de direitos legais plenos e proteções igualitárias (FRASER, 2006, p. 234).

As pessoas em situação de rua, cotidianamente, se deparam com um universo variado de situações desafiadoras, tais como a dificuldade de acesso à alimentação e ao transporte, além de dificuldades financeiras, vícios em determinadas drogas e, como consequência disso, encaram o estigma social (CRAWLEY *et al.*, 2013). Embora em um número mais reduzido, a mulher em situação de rua se torna mais vulnerável por viver em um contexto permeado por preconceitos, violência, desigualdade de gênero e a baixa efetividade dos direitos sociais (ROSA & BRETAS, 2015).

Há, portanto, uma intensificação do processo de marginalização social e de vulnerabilidade pelos quais a mulher em situação de rua está submetida, isto porque o fato de ser mulher mais parecer já trazer em seu bojo inúmeras dificuldades a serem enfrentadas e isto objetivando a superação de discursos e de práticas machistas, sexistas e misóginas. A própria literatura nacional e internacional aponta para as condições de vida indignas e vulneráveis das mulheres em situação de rua as quais constituem nitidamente violações de direitos humanos.

No Brasil, o I Censo e Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua elaborado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) entrevistou 31.922 pessoas em situação de rua e revelou que 79,2% das mulheres contra 46,8% dos homens relataram já ter passado por algum hospital. O quantitativo é revelador no que diz respeito à maior vulnerabilidade das mulheres em situação de rua, por exemplo, a serem vítimas de estupros e de agressões.

Na cidade de Nova York, uma pesquisa feita por D’ercole e Struening (1990) envolveu 141 mulheres em situação de rua e revelou um alto índice de violência física e estupro. 21 das mulheres entrevistadas relataram terem sido estupradas; 42 foram estupradas e também agredidas; 62 foram agredidas, mas nunca sofreram nenhum tipo de abuso sexual.

Um outro estudo realizado por Wenzel, Leake e Gelberg (2000), em Los Angeles, com um universo de 974 mulheres em situação de rua, revelou que cerca de 13% afirmaram ter sofrido estupro no último ano, em virtude disso verificou-se uma acentuação dos problemas relativos ao uso e abuso de álcool e outras drogas, bem como um aumento significativo de casos de depressão.

Já na cidade de Toronto, no Canadá, um outro estudo feito por Cheung e Hwang (2004) acerca do risco de morte entre mulheres em situação de rua, fez uma análise comparativa acerca



de dados extraídos de outras publicações com o mesmo recorte de sua pesquisa as quais retratavam a realidade de Montreal, Copenhagen, Boston, Nova York e Brighton. Os dados apontaram que as mulheres em situação de rua com idade entre 18 e 44 anos têm entre oito e trinta vezes mais chances de morrer do que as mulheres da mesma faixa de idade da população geral.

A realidade das mulheres em situação de rua denuncia graves violações aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a inexpressiva efetivação desses direitos é o retrato mais genuíno do processo de exclusão e de vulnerabilidade em que se enquadra supracitado grupo. Logo, muito embora os direitos fundamentais devam ser compreendidos, na sua essência, como essenciais e inafastáveis do próprio conceito de dignidade humana, o manto da invisibilidade, por vezes, ainda oculta a população em situação de rua dos olhos da sociedade civil e do Estado. Nesse mesmo sentido, ao se tratar do recorte na questão de gênero, o processo de “invisibilização” é duplo, uma vez que se dá em virtude do fato de ser mulher em uma sociedade nitidamente machista e em razão de compor um grupo socialmente excluído.

## **ASSISTÊNCIA SOCIAL E A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA**

A situação de rua é uma das consequências menos estudadas da persistente desigualdade, da injusta distribuição de terra e propriedade e da pobreza mundial. Apenas no século atual o Estado brasileiro deu visibilidade a esse grupo. O primeiro passo foi com a Pesquisa Nacional da População em Situação de Rua, realizada em 2008, e com a Política Nacional para a População em Situação de Rua, Decreto n. 7.053/2009.

As pessoas em situação de rua foram convertidas em um grupo estigmatizado, objeto de criminalização, discriminação e exclusão social. A situação de rua é permeada pela pobreza e pelo não acesso a diversos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988. No que tange às políticas voltadas ao atendimento e à garantia de acesso aos direitos das pessoas em situação de rua, é imprescindível que haja uma abordagem ampla, interdisciplinar, capaz de agregar atores diferentes.

De acordo com o Decreto n. 7053/2009, citado acima, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento<sup>2</sup>, a população em situação de rua é um grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema<sup>3</sup>, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular. Além disso, utiliza logradouros públicos e áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A Organização das Nações Unidas define dois conceitos relativos à pessoa em situação de rua: o desabrigado e o sem-teto. O desabrigado é um indivíduo que vive nas ruas por falta-lhe residência, devido a tragédias naturais, guerras, desemprego em massa, falta de renda, etc. Já o sem-teto seria a pessoa, ou a família, sem abrigo que sobrevive à vida nas ruas. Ele carrega suas posses consigo, pernoitando nas ruas, nas estradas ou cais, ou em qualquer outro local, a partir de uma trajetória mais ou menos aleatória.

---

<sup>2</sup> O Decreto n. 9759, de 11 de abril de 2019, extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Importante salientar que a rede de proteção social no Brasil é muito frágil, uma eterna luta pelo Direito, avanços e retrocessos caminham juntos. Há uma limitação de representação das pessoas em situação de rua nos vários comitês e conselhos de representação e de controle social.

<sup>3</sup> Em 2018, a extrema pobreza atingiu 13,5 milhões pessoas com renda mensal per capita inferior a R\$ 145, ou U\$S 1,9 por dia, critério adotado pelo Banco Mundial para identificar a condição de extrema pobreza (IBGE, 2019).

Entre as pessoas em situação de rua, além dessa condição que as define, tanto no âmbito nacional quanto internacional, encontram-se múltiplas situações de vulnerabilidade: mulheres, idosos, negros, LGBTQs, estrangeiros, pessoas com deficiência, egressos do sistema penal, pessoas com algum nível de transtorno mental e usuário de drogas e álcool. Alguns precisam de atenção de saúde especializada, e no Brasil são poucas as políticas direcionadas para esse segmento.<sup>4</sup> Os cenários de exclusão são muitos, uma vez que cada um traz consigo uma história de trajetórias interrompidas que resulta na situação de rua.

A política de assistência social é um dos primeiros contatos que as pessoas que se encontram na rua têm com o Estado, por meio do Centro de Referência Especializado em população em situação de rua (Centro Pop). De acordo com Boschetti (2006), falar da assistência social no Brasil, antes da CF de 1988, significa falar de uma ação residual em termos de recursos, fragmentada em termos de programas e ações indefinidas quanto aos objetivos e à clientela. É recente a previsão do atendimento do cidadão na perspectiva de garantia de direitos. Muitas das ações sociais desenvolvidas antes da CF/88, ficavam à mercê das ações das igrejas, sobretudo, da igreja católica e às ações pontuais da sociedade civil organizada. A proteção social se desenvolve em tensa e contínua luta das classes sociais. Para Jaccoud (2009, p. 58), “a proteção social pode ser definida como um conjunto de iniciativas públicas ou estatalmente reguladas para a provisão de serviços e benefícios sociais visando enfrentar situações de risco social ou de privações sociais”.

Com a Constituição Federal de 1988, que assegurou a assistência social no campo da proteção social do país, na seguridade social, Art. 194, houve modificações substanciais. Até então, as ações limitavam a assistência social a uma ação residual em matéria de recursos financeiros, fragmentada no âmbito dos programas e benefícios, indefinida quanto a seus objetivos e funções e ineficaz quanto à redução da pobreza. (SPOSATI, 1989, p. 65).

A assistência social pode ser considerada a política de referência, “a porta de entrada”, para as pessoas em situação de rua frente ao Estado. Mas muitos desafios ainda fazem parte do cenário de implementação e efetivação dessa política como direito. Os Centros Pop estão apenas nas capitais e nas grandes cidades do país, com 2 ou 3 unidades por cidade. A realidade de rua está nos mais variados municípios e regiões, ficando muitas dessas ações nas mãos das entidades assistenciais e nas ações sociais das Igrejas.

A assistência social é marcadamente caracterizada pelas ações sociais das entidades, e ainda hoje ocorre a transferência dos serviços do Estado para os serviços comunitários, muitas vezes de cunho filantrópico e assistencial. “Esta terceirização é uma forma de gestão da questão social que, na linha da desinstitucionalização, agora se volta para o empenho da própria população na participação nos serviços prestados pelo Estado” (FALEIROS, 2013, p. 33).

A situação de rua é um fenômeno de exclusão social vivenciado por muitos indivíduos. Bastante difundida é a distinção em relação às formas de permanência na rua, como abordam Vieira, Bezerra e Rosa (1992), entre as pessoas que ficam, as que *estão* e as que *são* da rua. Ou seja, existem indivíduos que praticamente se institucionalizaram na rua e não têm o desejo nem a perspectiva de deixar essa situação. Já outros exprimem o contrário. Portanto, são múltiplas situações, ratificando a heterogeneidade desse grupo.

Há uma estigmatização por parte da sociedade de tratar as pessoas que estão na rua como um problema daquele sujeito que prefere a rua a estar numa residência. Ninguém quer estar na rua por opção. A rua é o retrato de uma série de problemas que antecede esse estado: violência

---

<sup>4</sup> As comunidades terapêuticas (CTs) oferecem programas terapêuticos e de reinserção social a dependentes de álcool e outras drogas. São instituições privadas e sem fins lucrativos (Matias, 2016). Algumas recebem financiamento público para prestar atendimento e trabalham na perspectiva religiosa (a cura pela fé).

doméstica, desemprego, alcoolismo, drogas, perda de vínculos familiares. Quando se vai para a rua, é porque houve a quebra dos vínculos familiares e sociais que dão sustentação a esse indivíduo. E muitos não conseguem retornar aos padrões de moradia convencional, uma vez que quando estão na rua constroem outros vínculos com as pessoas que lá estão. Sabe-se que o termo “institucionalizados na rua” não é ficção. Portanto, ficam muitos desafios a serem enfrentados pelo Estado e pela sociedade civil organizada perante aos problemas e diversidade da problemática da rua.

Preliminarmente se faz necessário afastar qualquer possibilidade de confusão entre catadores de resíduos e pessoas em situação de rua. Não há falar em homogeneidade, uma vez que se trata de grupos distintos, todavia, alguns catadores estão em situação de rua – em razão da condição de extrema pobreza –, bem como algumas pessoas em situação de rua laboram na catação por ser a única alternativa para consecução do mínimo para sobrevivência, dada a exclusão do mercado de trabalho formal.

**Figura 1 - Qual sua situação residencial?**

**Tabulações cruzadas**

**Resumo de processamento de casos**

	Válidos		Casos Omissos		Total	
	N	Porcentagem	N	Porcentagem	N	Porcentagem
Sexo * Situação Residencial	32	100,0%	0	0,0%	32	100,0%

**Tabulação cruzada Sexo \* Situação Residencial**

Contagem

		Situação Residencial				Total
		Casa própria	Alugada	Morador de rua	Outros	
Sexo	Masculino	1	9	11	2	23
	Feminino	1	5	3	0	9
Total		2	14	14	2	32

Fonte: Pesquisa empírica realizada pelo autor – UNIFOR - 2017

Em pesquisa realizada com catadores nas ruas de Fortaleza, no estado do Ceará, dos 32 entrevistados, apenas 1 mencionou ter casa própria, 14 relataram estar em situação de rua e 14 responderam ter casa alugada. Necessário mencionar que os alugueis, no entanto, não observam o critério da garantia de continuidade e, muito menos, de os padrões de um local propício para habitação. Na realidade, são pagamentos por diárias, sem nenhum tipo de contrato firmado e o ambiente é, via de regra, sujo e perigoso em razão da má conservação.

A análise da realidade de pessoas em situação de rua que laboram como catadores não pode inobservar a intensificação das condições de vulnerabilidade as quais atingem esse grupo. Isto ocorre em razão da atividade laboral ser realizada de maneira insalubre, precária e desumana<sup>5</sup>.

A situação de rua como um fenômeno de exclusão social não se restringe unicamente aos espaços físicos, públicos ou privados, na verdade, paralelamente, há uma privação aos contextos institucionais, sobretudo, no que toca à prestação de serviços. Dos 32 entrevistados, apenas 1 respondeu receber algum benefício da assistência social. É simplista e, por vezes, até ofensivo dizer que todos têm o mesmo direito, quando em termos práticos, pela condição em que vivem,

<sup>5</sup> Não por acaso, a atividade laboral dos catadores é considerada como insalubre em grau máximo, conforme estabelecido na Norma Regulamentadora NR-15, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

essas pessoas não têm seus direitos efetivados em razão da falta de conhecimento sobre como proceder, pela falta de documentação necessária ou, inclusive, pelo afastamento das zonas de atuação do Estado.

**Figura 2 - Recebe algum benefício da Assistência Social?**

	Válidos		Casos Omissos		Total	
	N	Porcentagem	N	Porcentagem	N	Porcentagem
Sexo * Recebe algum benefício da Assistência Social (bolsa família, LOAS)?	32	94,1%	2	5,9%	34	100,0%

**Tabulação cruzada Sexo \* Recebe algum benefício da Assistência Social (bolsa família, LOAS)?**

Contagem

Sexo		Recebe algum benefício da Assistência Social (bolsa família, LOAS)?		Total
		Não	Bolsa família	
Sexo	Masculino	22	1	23
	Feminino	8	1	9
Total		30	2	32

Fonte: Pesquisa empírica realizada pelo autor – UNIFOR - 2017

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil não apresenta dados oficiais relativos às pessoas em situação de rua, tal fato, certamente, inviabiliza a construção de políticas públicas de moradia mais efetivas. A inexistência de um número preciso se traduz, também, em desconhecimento de onde e como essas pessoas estão vivendo. O Estado não pode, sob o argumento da complexidade quanto à coleta de dados desses grupos sem residências, se escusar de tratar a questão com mais responsabilidade, sob pena de falhar na concretização do disposto como os objetivos da República Federativa do Brasil, sendo alguns destes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

As pessoas em situação de rua, sofrem duplamente com o processo de exclusão social, uma vez que, sob o manto da invisibilidade, são isoladas dos espaços de interação da sociedade civil e, inclusive, dos ambientes institucionais do próprio Estado. Tal invisibilidade se revela de maneira muito clara, por exemplo, quando se constata que pela ausência de documentação, são privadas de acessar determinados serviços e benefícios sociais. Vê-se, na maioria das vezes, um nítido distanciamento entre a população em situação de rua e as instituições estatais.

Especialmente quando se trata de mulheres, as condições de vulnerabilidade são ainda mais intensas, tendo em vista que a vida nas ruas se apresenta como um contexto profundamente masculinizado e isto em virtude dos diversos reflexos do machismo, do sexismo e da misoginia ainda tão presentes e nítidos no seio social e, em razão disso, as mulheres em situação de rua são encaradas como vítimas fáceis por serem consideradas extremamente frágeis.

Sobreviver nas ruas, portanto, impõe às mulheres desenvolver estratégias específicas que em nada são necessárias aos homens. Faz-se necessário, portanto, identificar e quantificar as mulheres que vivem nessas situações para tornar possível uma abordagem mais apropriada por parte das instituições responsáveis, sobretudo, quando se trata de um país no qual os indicadores de violência contra à mulher são alarmantes, como é o caso do Brasil.

Quando se trata de mulheres em situação de rua que laboram na catação, faz-se necessário mencionar que a vulnerabilidade pode ser ainda maior, uma vez que o trabalho aqui analisado é considerado insalubre em grau máximo segundo Norma Regulamentadora (NR-15), além de penoso e degradante por ser marcado por longas e extenuantes jornadas de trabalho.

A assistência social ainda enfrenta alguns desafios que integram o cenário de sua implementação e efetivação como direito constitucionalmente garantido. Como um desses entraves, certamente está a localização dos Centros Pop, uma vez que estão apenas nas capitais e nas grandes cidades do país, com 2 ou 3 unidades por cidade. A realidade de rua está nos mais variados municípios e regiões, ficando muitas dessas ações nas mãos unicamente das entidades assistenciais e nas ações sociais das Igrejas. Essa realidade se traduz em tratamentos desiguais, tendo em vista que nem todos os indivíduos serão alcançados.

## REFERÊNCIAS

BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil**. Brasília: Letras Livres; UnB, 2006.

CHEUNG, Angela Man-Wei.; HWANG, Steven W. Risk of death among homeless women: a cohort study and review of the literature. **Canadian Medical Association Journal**. v. 170, n. 4, p. 47-1243, 2004.

CRAWLEY, J.; KANE, D.; ATKINSON-PLATO, L.; HAMILTON, M.; DOBSON, K.; WATSON, J. Needs of the hidden homeless – no longer hidden: a pilot study. **Public Health**. v. 127, n. 7, p. 674-80, 2013.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

COUTO, Berenice Rojas *et al.* (Org.). **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento**. São Paulo: Cortez, 2010.

NERY, Carmen. Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos. **Agência IBGE Notícias**. 06 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 20 nov. 2019.

D'ERCOLE, Ann.; STRUENING, Elmer. **Victimization among homeless women: implications for service delivery**. **The Journal of Psychology**. v. 18, n. 1, p. 5-141, 1990.

FALEIROS, Vicente. **Globalização, correlação de forças e serviço social**. São Paulo: Cortez, 2013.

FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

HALLAIS, Janaina Alves da Silveira.; BARROS, Nelson Filice de. Consultório de rua: visibilidades, invisibilidade e hipervisibilidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 7, jul. 2015.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JACCOUD, Luciana. **Entre o trabalho e a garantia de renda: a trajetória recente da proteção social no Canadá**. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. (Texto para Discussão, n. 1420).

KOTHARI, Miloon. **Report of the special rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living**. Economic and Social Council. Commission on Human Rights, Sixty-first session. United Nations. 2005.

MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan. Direito fundamental social à moradia: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 17, n. 17, p. 168-187, jan/jun de 2015. Disponível em: <http://revista.eletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/549/420>. Acesso em: 29 mar. 2019.

MADEIRO, Carlos. Piora na renda faz Brasil estacionar em ranking de qualidade de vida. **Universo On Line**, Cotidiano, 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/04/16/piora-na-renda-faz-brasil-estacionar-em-ranking-de-qualidade-de-vida.htm>

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm). Acesso em: 10 mar. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão dos Direitos Humanos. **Direitos econômicos, sociais e culturais: relatório do Relator Especial sobre a moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida**, Miloon Kothari. Brasília, 2005. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a\\_pdf/r\\_relator\\_onu\\_miloon\\_khotari\\_moradia1.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_relator_onu_miloon_khotari_moradia1.pdf) Acesso em: 28 mar. 2019.

NACIONES UNIDAS. **Relatoria Especial da ONU para o Direito à Moradia Adequada**. O que é direito à moradia? Disponível em: [http://direitoamoradia.org/?page\\_id=46&lang=pt](http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt). Acesso em: 10 mar. 2019.

QUIROGA, Júnia Valéria.; NOVO, Marina. Elas da rua: população em situação de rua e a questão de gênero. In: CUNHA, Júnia Valéria Quiroga da; RODRIGUES, Monica (Orgs.). **Rua: aprendendo a contar**. Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009. ISBN: 978-85-60700-34-9.

ROSA, Anderson da Silva., BRETAS, Ana Cristina Passarella. Violence in the lives of homeless women in the city of São Paulo, Brazil. **Interface (Botucatu)**, v. 19, n. 53, p. 85 – 275, 2015.

SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses**. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. A assistência social e a trivialização dos padrões de reprodução social. In: SPOSATI, Aldaíza de Oliveira; FALCÃO, Maria do Carmo B. de Carvalho; TEIXEIRA,

Sonia M. Fleury. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. São Paulo: Cortez, 1989.

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva *et al.* Pessoas em situação de rua no Brasil: estigmatização, desfiliação e desterritorialização. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 7, n. 21, p. 536-605, dez. 2008.

VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de. **Direito Penal das minorias e dos grupos vulneráveis**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

VIEIRA, Maria Antonieta da Costa; BEZERRA, Eneida Maria R.; ROSA, Cleisa Moreno M. (Org.). **População de rua: quem é, como vive, como é vista**. São Paulo: Hucitec, 1992.

WENZEL, Suzanne L.; LEAKE, Barbara D.; GELBERG, Lilian. Health of homeless women with recent experience of rape. **J Gen Intern Med**. v. 15, n. 1, p. 68 – 265, 2000.

# DA RUA À CASA: UMA ANÁLISE ACERCA DA EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA EM RECIFE

Rávanny Landim Bezerra

Graduanda em Direito (UFPE)

## DA RUA À CASA: POSSÍVEIS ACEPTÕES DE UMA MORADIA EM CONCRETO

“Casa. Substantivo feminino. Nome genérico de todas as construções destinadas à habitação.”<sup>1</sup>

“Rua. Substantivo feminino. Área e, em geral, todo o espaço por onde se pode caminhar.”<sup>2</sup>

Essas duas definições insurgentes, retiradas de um dicionário qualquer, possuem uma intersecção quase cega, mas que ainda se vê: a cidade e seus significados. Feita da rua e do espaço privado, a cidade enquanto elemento complexo, não só da geografia, é marcada pela dinâmica dos espaços que, em constante dialética, reforçam as duas estruturas acima referidas, casa e rua. A primeira, sinônimo de proteção à intimidade, local no qual se descansam as horas; a segunda, espaço ao relento, supostamente de transição entre o primeiro e os demais espaços em que se vive – trabalho, escola, faculdade, mercado.

Essa perspectiva pela qual se pode perceber a cidade, nada poderia informar sem a presença do elemento humano, capaz de transformar e transitar entre esses espaços. Capaz, sobretudo, de conferir-lhes significado, subjetividade. Capaz de desejar, com imensa literatura, possuir tais espaços em sua completude, vivenciá-los.

Em conversas realizadas com moradores de ocupações urbanas na cidade do Recife, a palavra “casa” é uma constante nos discursos sobre pensar o futuro e o desejo. Deseja-se a casa, representativa da possibilidade de moradia em concreto. Entende-se a casa, portanto, enquanto espaço de vivência e de realização de desejos em família e individualmente. A moradia, entendida enquanto casa, ultrapassa um teto em sentido estrito para ganhar dimensões do imaginário: deseja-se uma casa com quintal, com varanda, com um quarto para receber a visita que vem do interior do estado, haveria com certeza uma mangueira rica em frutos em seu jardim.<sup>3</sup>

Ainda que insuficiente neste ponto, o Código Civil traz, em seu artigo 70, o conceito de domicílio como “o lugar onde ela [a pessoa] estabelece sua residência com ânimo definitivo”. Na linguagem do cotidiano, domicílio é a casa.

Para além da ordem individual do desejo, marcada pela subjetividade que lhe é própria, a moradia faz referência a uma série de conceitos referenciados, entre os quais habitabilidade, custo de vida, possibilidades de lazer ao entorno, adequação sociocultural, acesso aos serviços básicos, segurança de posse e outros tantos elementos. Igualmente neste sentido, há o Comentário Geral nº 4 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, cuja redação extensa possui uma ampla visão do direito à moradia, aqui adotada.

<sup>1</sup> In Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em <<https://dicionario.priberam.org/casa>> Acesso em 30 de novembro de 2019.

<sup>2</sup> in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em <<https://dicionario.priberam.org/rua>> Acesso em 30 de novembro de 2019.

<sup>3</sup> Os exemplos transcritos correspondem aos desejos relatos pelos ocupantes da Ocupação Carolina de Jesus, Barro, quando perguntados o que gostariam de ter em sua casa.

Entre tais elementos, a segurança da posse vem a ser colocada em constante violência quando de conflitos fundiários. A certeza de que é legítima a permanência do indivíduo em determinado território sempre é ameaçada com violentas remoções e despejos forçados oriundos de decisões judiciais, apoiadas pela força policial, ou mesmo despejos oriundos de milícias ou através da “mão invisível do mercado” – sendo este último compreendido enquanto especulação imobiliária, gentrificação e demais fenômenos correlatos, uma vez que para o Capital, casa não é desejo, não é nem sequer “domicílio”, mas apenas bem de consumo durável ou não, a depender de quem o consome.

## **O DIREITO À MORADIA EM CONTEXTOS DE DISPUTA: RECIFE, A LUTA DE CLASSES E O MITO DO MAU PLANEJAMENTO URBANO**

Como discorrido no tópico anterior, a moradia se coloca como um lócus capaz de concentrar desejos e é, também, por onde passa a vida na cidade. A vivência nas cidades perpassa, necessariamente, pelo local em que vive o sujeito, que a partir daí passará a pensar sua rotina tendo sua casa como referencial: quais ônibus pegar, que trajeto fazer, que horas voltar para casa a fim de garantir sua segurança, quais as perspectivas de permanecer nesse espaço ao longo de sua vida, quanto tempo será gasto até o trabalho etc. Deste modo, é fato que a casa em que se vive determina as vivências enquanto classe, raça, gênero e sexualidade, modelo perfeitamente representável desde os primórdios do Brasil no seio da dicotomia Casa Grande-Senzala.

Nesta dimensão, pensa-se a cidade como os grandes centros urbanos do Brasil. O último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou que 84,4% dos brasileiros habita neste espaço geográfico, colocando o Brasil como um dos países com maior taxa de urbanização. Este processo de urbanização, conforme contam os livros de história, se dá de forma acelerada a partir do século XX: apenas a título de exemplificação, houve um salto de 19 milhões de pessoas morando nas cidades para 161 milhões, apenas entre os anos de 1950 e 2010.

Acompanhado a este processo surgem as explicativas que tentam justificar o cenário de calamidade em que se encontram, hoje, as cidades, no tocante ao déficit habitacional. O mais famoso discurso nesse sentido é o mau planejamento urbano, que coloca o déficit habitacional como um problema eminentemente técnico.

Déficit habitacional, entendido como a precariedade do direito à moradia, é calculado através de quatro elementos centrais: ônus com aluguel, ou seja, a impossibilidade ou a dificuldade de se pagar o aluguel do imóvel, parâmetro considerado para uma família de até três salários mínimos e que gasta, pelo menos, 30% deste valor com aluguel; coabitação, quando há diversas famílias vivendo num mesmo imóvel, sem que haja privacidade entre elas; habitação precária, quando a moradia não é compatível com a ideia de dignidade da pessoa humana; adensamento excessivo, uma vez que há diversas construções precárias em espaço reduzido. A partir deste cálculo, a Prefeitura do Recife estipulou o déficit habitacional na cidade em 71 mil moradias, no ano de 2019. Considerando a região metropolitana, em 2017, a ONG Habitat Para a Humanidade publicou estudo revelando o déficit habitacional em 108 mil moradias, sendo 280 mil pessoas vivendo em habitações precárias.

Nesse interím, o déficit habitacional, explicado pela ótica do mau planejamento urbano, seria resolvido se o Poder Público possuísse maior competência ou não fosse inclinado pelo mau da corrupção. Tal discurso tem como uma das principais consequências a desqualificação da política enquanto local de disputa e elaboração dos projetos da cidade, uma vez que este espaço já estaria previamente corrompido. Tal perspectiva foi repetida através dos anos em discursos de diversos autores que não necessariamente tratam da questão da moradia, mas que acabam por



contaminá-la com esta narrativa falaciosa. Pode-se citar, nesta esteira, Sérgio Buarque de Holanda e Raimundo Faoro que, através de suas óticas e tese patrimonialistas, enxergam o Poder Público como um espaço irracional, incapaz de separar o público do privado e, por isso mesmo, não-técnico e incapaz de resolver problemas complexos da sociedade brasileira.

Tal perspectiva, relacionada aos discursos tecnocratas que tendem, em geral, deslegitimar as movimentações populares, ignora completamente a estrutura do capitalismo dependente que aqui existe, marcado pela superexploração da força produtiva. Nestes trópicos, o Estado, apresentado pelas figuras da chamada “classe política”, se comporta como um gerente dos interesses da burguesia, para quem a moradia é apenas mercadoria, e não um direito social previsto no Art. 6º da Constituição Federal de 88.

O espaço urbano e, em especial seus centros – naturalmente efervescentes do ponto de vista cultural, econômico e social –, são fulminados pelo interesse do capital imobiliário que tem, consigo, um grande aliado no Estado. Longe de querer traçar uma via crucis da longa história das terras no Brasil, cabe-nos compreender, antes de tudo, que a terra é um recurso escasso.

O solo urbano é um bem econômico que não se reproduz. Nasceu com os acidentes geológicos em primeiro lugar, para depois ter sido fracionado em município por obra de um poder soberano nacional, e é apenas isso. Não se multiplica, não se amplia, e esse é o motivo que o leva a ser tão disputado. Contudo, no choque existente entre valor de uso e valor de troca, uma fatalidade acaba imperando: a cidade enquanto negócio se opõe aos modelos de cidade enquanto lugar de vivências e convivências. Quanto menos democrática e justa fora cidade, mais lucrativa ela será. (CARVALHO, C.; RIBEIRO, G.; RODRIGUES, R., 2016, p. 32)

Dado o exposto, longe de um planejamento urbano desastrado, o que se tem é um planejamento urbano orientado aos interesses de uma minoria hegemônica, constituindo-se enquanto projeto de cidade propositalmente segregador, racista, misógino e elitista. Sem cair em reducionismos baratos, ao olhar para o perfil populacional que incorpora a massa daqueles que sofrem pelo déficit habitacional, facilmente há correspondência com a grande massa populacional trabalhadora, ocupante de postos de trabalho assalariados, precários ou informais, cuja cor de pele e gênero são, majoritariamente negra e feminina<sup>4</sup>, de orientação sexual (elemento performático) plural.

Nesta esteira, desde antes da promulgação da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 – cuja importância reside em dispor sobre as terras devolutas, estabelecendo a propriedade privada de terra no Brasil –, até os dias atuais, a realidade das cidades não nos olvida da antiga lição: “A história das sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes.” (MARX; ENGELS, 2010, p. 40).

Afunilando a análise para o caso recifense, esta cidade se coloca como perfeito parâmetro para o que foi dito anteriormente. A atual gestão da cidade do estado encontra-se, no presente ano de 2019, com o Partido Socialista Brasileiro (PSB). Tal gestão há muito apresenta indícios de uma clara promiscuidade com o setor do capital imobiliário: desde os leilões manifestamente ilegais do hoje destruído Cais de Santa Rita para o Consórcio Novo Recife, ao financiamento da campanha do prefeito Geraldo Júlio (PSB-PE) nas eleições municipais de 2016 por parte de construtoras, tais como a Queiroz Galvão, CinkelConstrutora, OAS e Gabriel Bacelar, segundo constam os dados do “Congresso em Foco”.

---

<sup>4</sup> A partir de um censo auto-declarado do IPEA, realizado entre 1995 a 2015, com fito de verificar a desigualdade de gênero e raça no mercado de trabalho, constatou-se que a classe trabalhadora brasileira, assim considerada dos 10 aos 60 anos, é composta majoritariamente por mulheres (40 milhões) e negras (20 milhões). Tal realidade também se repete no que diz respeito ao trabalho informal, apesar de não haver, no estudo em questão, dados exatos.

Ademais, desde 2018 Recife passa pelo processo de Revisão do Plano Diretor da cidade, cujo atropelo e a mitigação da participação popular – constitucionalmente prevista –, motivou denúncia às autoridades por parte de movimentos sociais na cidade, especialmente da Articulação Recife de Luta. A participação de conglomerados empresariais, entretanto, tem sido marcante neste processo de revisão, mostrando novamente o caráter da política estatal de moradia na cidade.

Outrossim, o número de habitacionais a serem construídos em prol da moradia popular têm caído significativamente na cidade: em matéria publicada pela jornal local “Rádio Jornal”, de setembro de 2017 até outubro de 2019, apenas 1.032 moradias populares foram concluídas, número muito aquém do prometido. Para o secretário de Planejamento Urbano do Recife, Antônio Alexandre, a singela explicação de esgotamento do modelo de financiamento de habitações do país é suficiente.

O suposto esgotamento, fundamentando na ausência de verba para construção de habitacionais que apresentam, por diversas vezes, problemas em sua funcionalidade, sequer passou pela reflexão da construção de um modelo de política habitacional que tenha como objetivo o reaproveitamento de imóveis que não cumpram sua função social – preceito constitucionalmente previsto, por exemplo, nos art. 182 e 183.

Tais imóveis, marcados pela ociosidade ou subutilização, encontram-se em explícita situação ilegal e, mesmo assim, quando objetos de disputa, recebem tutela do Estado através do Judiciário. No sentido de buscar alternativas à moradia pela perspectiva da função social da propriedade, em 2018, a ONG Habitat para a Humanidade, em parceria com o programa da FASE em Pernambuco, o coletivo A Cidade Somos Nós e o Coletivo Arquitetura, Urbanismo e Sociedade (CAUS), divulgou um estudo mostrando a quantidade de instalações ociosas no bairro de Santo Antônio, centro do Recife, possíveis de se tornarem moradias populares: 2.106 unidades habitacionais, no total, com um investimento estimado de R\$252.781.694,85.

Entretanto, tal empreendimento, apesar de encontrar aparato jurídico no decreto municipal 31.671/2018<sup>5</sup> entraria em confronto com os interesses do Capital Imobiliário e, por tal motivo, não se faz interessante. Em detrimento do interesse comum, o que se tem, quando se tem, são moradias habitacionais de baixa qualidade, através de programas que buscam a conciliação de classe.

Entre os anos 1986 (ano de extinção do Banco Nacional de Habitação) e 2008, houve um hiato no que diz respeito às políticas habitacionais para moradia no Brasil, que tentou ser superado pelo Minha Casa Minha Vida. Apesar dos esforços de Vargas, considera-se apenas que há dois programas para habitação no Brasil em larga escala – BNH e MCMV –, os quais falharam em suas principais propostas, garantindo aos bancos e imobiliárias vinculadas enormes lucros.

As iniciativas do BNH voltadas aos mais pobres – seja no caso dos projetos de desfavelização no Rio de Janeiro ou no caso das COHAB – resultaram em fracassos praticamente estrondosos (...). Não havia praticamente nada de subsídios, isto é, o valor completo do imóvel tinha de ser pago pelo usuário do programa. Além disso, as prestações eram elevadas e seguiam normas do crédito bancário privado. (...) Ou seja, o BNH financiou casas para classe média e não para os trabalhadores mais pobres, que, como vimos, representam 90% do déficit habitacional. (BOULOS, 2015, págs. 37 e 38)

Quanto ao Minha Casa Minha Vida, do segundo governo Lula,

Não há dúvida que o setor imobiliário e, especialmente, as incorporadoras financeiras e seus investidores foram altamente beneficiados pelo programa, já que este não só os salvou da derrocada, como impulsionou o valor de suas ações. Realizados seus lucros,

---

<sup>5</sup> Que instituiu, entre outras coisas, a desapropriação de imóveis abandonados.

essas grandes empresas, que foram as que mais lançaram unidades no programa em sua primeira fase, começam lentamente a deixá-lo na segunda fase, voltando-se para os nichos mais tradicionais do mercado. De qualquer forma, impulsionado pelo programa, o crédito habitacional passou de 1,55% do PIB do país, em 2006, para 3,48% em 2010 e 6,73% em 2013 (ROLNIK, 2015, págs. 305 e 306)

Apesar das grandes falhas no programa, inclusive no que diz respeito às próprias unidades habitacionais, cujas denúncias relatam falhas estruturais, atrasos na entrega, não adequação aos parâmetros socioculturais de seus moradores, tamanhos mínimos do apartamento e, especialmente, habitacionais construídos distantes dos centros, nas chamadas franjas urbanas, talvez o maior potencial transformador desta iniciativa estava na possibilidade do Minha Casa, Minha Vida Entidades, que de alguma maneira reconhecia a luta organizada dos movimentos sociais e organizações populares em prol da moradia digna. Entretanto, se antes poderia ser possível falar de pontos positivos, hoje, esta possibilidade está fulminada, tendo em vista o desmonte do programa na gestão Bolsonaro. Em 2020, segundo matéria do Estadão, os recursos do Minha Casa Minha Vida serão reduzidos em 50%, apenas para tentar concluir as obras que estão em andamento.

Outrossim, é também através da via judicial que se tem construído uma violenta resposta à luta urbana e popular por moradia. Neste sentido, a criminalização de movimentos sociais na esfera penal, os despejos forçados, as remoções, as indenizações medíocres e o desrespeito generalizado constituem a rotina de um judiciário elitista na realidade pernambucana e brasileira. É também através de um suposto projeto de modernização que são perpetradas as maiores violências. Da Comunidade de Pocotó, no bairro de Boa Viagem, em Recife, à Comunidade Quilombola Vila de Mercês, no Cabo de Santo Agostinho, as populações tradicionais e de baixa renda sofrem, desde sempre, com a chegada do suposto desenvolvimento e modernização da cidade, representada nas grandes obras. No caso da Comunidade Quilombola Vila de Mercês, desde a década de 70, com a aproximação de Suape e, mais recentemente, com construção de todo o Complexo Industrial que a abriga, o direito à moradia coloca-se como um direito de última dimensão, permeado também pela violência a outros direitos, vez que não há qualquer respeito à ancestralidade e vida daquele povo.

Na capital, a posse de anos de famílias e comunidades inteiras são deslegitimadas em detrimento de interesses de uma burguesia que ultrapassa os limites do nacional. Não há como negar, nesse sentido, a influência de um imperialismo que ainda nos marca enquanto país de capitalismo dependente. Para despejar esses povos, recorre-se a estratégias extrajudiciais, nas quais a própria vida dessas pessoas é colocada em risco, e também a disputas fundiárias de caráter judicial, especialmente ações de reintegração de posse e desapropriação. É, também, no ataque às comunidades e indivíduos que informalmente ocupam seus territórios – face a ausência de outras alternativas - que está concentrada a ofensiva do Capital, no qual o Estado só chega através de seu braço armado, policial, até mesmo penal, jamais como um ente protetor.

No entorno da cidade que cresceu sob os auspícios do planejamento e das leis, onde os investimentos públicos são pautados pelas demandas do mercado imobiliário – a chamada cidade legal – surgiram loteamentos irregulares e as favelas, semeados como as cidades e as vilas do início da colonização, empurrados para espaços ainda não ocupados, como morros, mangues, margens dos rios, encostas, em que toda a infraestrutura é construída sem o menor rigor urbanístico, não porque as pessoas que erigiram tais complexos irregulares de moradias fossem analfabetas ou desorganizadas, como faz crer o senso comum midiático, mas sim porque é essa a lógica de segregação econômica da nossa sociedade. As casas, caminhos e improvisos, edificados nos mutirões de final de semana, constituem – juntamente com o desemprego, o trabalho informal e temporário, as atividades domésticas nos lares abastados e o trabalho precário dos serviços terceirizados

– a formação social da cidade ilegal brasileira. (CARVALHO, C.; RIBEIRO, G.; RODRIGUES, R., pág. 27)

Com o status da ilegalidade, tais moradias e seus moradores são relegados a um patamar de sub-cidadania, no qual não se faz necessário pensar em uma urbanização com igualdade de acesso aos bens econômicos da cidade. No caso Recifense, a título de exemplificação, pode-se citar o caso da Comunidade de Ilha de Deus, cujo acesso por terra somente se deu em 2009, com a construção de uma ponte, denominada de “Vitória das Mulheres”: foi somente através da luta feminina que se conquistou uma ponte que possibilitou, a partir de então, o acesso à comunidade de carro, garantindo a passagem de ambulâncias, carro de gás etc. À época, fora feita uma pesquisa censitária e, segundo dados do Governo do Estado de Pernambuco, quase 90% da população colocou a construção da ponte como prioridade número um para a comunidade.

Casos como o de Ilha de Deus se repetem em diversas outras localidades, e mostram como a participação popular e atuação dos movimentos sociais são as únicas capazes de fazer frente aos interesses hegemônicos, em incrível resistência aos processos como os de gentrificação e especulação imobiliária. Como alternativa ao planejamento urbano excludente, não bastam apenas as urnas a cada quatro anos. Nesta direção, apenas a luta política organizada tem se mostrado capaz de abandonar características colonizadoras e edificar experiências emancipatórias em prol do direito humano à moradia e, em última instância, à cidade e à própria vida.

## **CRÍTICAS NECESSÁRIAS AO CONCEITO DE DIREITO HUMANO: NOVOS PARADIGMAS PARA A QUESTÃO DO DIREITO HUMANO À MORADIA**

Erigido ao patamar de direito humano, o direito à moradia recebeu ampla posituação desde meados do século passado. Apenas na seara internacional, são múltiplos os tratados, convenções e pactos dos quais o Brasil é signatário, estando a moradia como direito inclusive previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no artigo 25. Apenas a título de exemplificação, pode-se citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>6</sup>, cuja proteção é orientada para a não interferência ilícita no domicílio (art. 17, I); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>7</sup>, reconhecido pelo seu art. 11, I; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas Formas de Discriminação Racial (art. 5, “e”, III)<sup>8</sup>; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (art. 43, I, “d”)<sup>9</sup>.

Na seara nacional, este direito humano também foi consagrado, recebendo proteção constitucional no artigo 6º, além de uma série de outros dispositivos e instrumentos, dos quais se pode exemplificar o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), Plano Nacional de Direitos Humanos (Decreto nº 7.037 de 21 de dezembro de 2009), a criação do Ministério das Cidades (ressalta-se que desde janeiro de 2019, o Ministério das Cidades e o Ministério da Integração Nacional foram fundidos e transformados em Ministério do Desenvolvimento Regional), Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017<sup>10</sup>. Ademais, não há que se esquecer o tão importante princípio da

<sup>6</sup> Adotado em 16 de dezembro de 1966, entrada em vigor em 23 de maio de 1976.

<sup>7</sup> Adotado em 16 de dezembro de 1966, entrada em vigor em 03 de janeiro de 1976.

<sup>8</sup> Adotado em 21 de dezembro de 1965, entrada em vigor em 04 de janeiro de 1969

<sup>9</sup> Adotado pela Resolução nº 45/158 da Assembleia Geral de 18 de dezembro de 1990.

<sup>10</sup> A nova lei de regularização fundiária de 2017, entretanto, tem sido polêmica para alguns setores de movimentos sociais que pautam a moradia. Neste sentido, a ADIn 5.883, de autoria do Instituto de Arquitetos do Brasil, alega a inconstitucionalidade da lei na parte que trata da regularização fundiária urbana, por entender que os dispositivos afrontam o modelo constitucional de política urbana, sendo incompatível com a proteção constitucional da propriedade, a competência comum para conservação do patrimônio público, a função social da propriedade na ordem econômica etc, contribuindo para a concentração desigual de terras.

função social da propriedade (art 182, 183, 5º, inciso XXIII da CF), responsável por relativizar o direito à propriedade privada, vez que esta precisa ser útil e atender a uma demanda comum.

A função social é parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade. Isto é, tal direito inexistente se não estiver corroborado pelo exercício de tal função. A Constituição Federal, ao garantir o direito de propriedade, condicionou o seu exercício ao atendimento de uma garantia maior, qual seja, a realização e/ou atendimento de sua função social. (MORAES e DAYRELL, 2008, p.14)

Acerca da previsão legal desse direito, alguns autores defendem a perspectiva de que, como direito social, o direito à moradia está intimamente relacionada a uma discussão sobre os custos e as obrigações do Estado. Letícia Marques Osorio, citando I. Sarlet e M. Craven, em artigo publicado no livro “Direito à Moradia Adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar” (2014), se alia a ideia de que o Estado possui, em relação à moradia, duas atuações: uma negativa ou de defesa, responsável pela não interferência na realização do direito subjetivo à moradia, pois este seria um direito associado a tantos outros, especialmente ao direito à liberdade; e outra positiva, através da adoção de uma estratégia nacional de habitação. Tal perspectiva sai do ponto neutro, por entender que é dever e obrigação do Estado agir de maneira proativa quanto a este problema.

Mas para determinar o real significado do direito à moradia é necessário discutir a natureza das obrigações do Estado, um debate que remonta ao processo de elaboração do PIDESC em 1949. Duas visões têm refletido esse debate: a que o Estado assume a responsabilidade primária de assegurar que todos tenham uma moradia, e a que considera que o Estado simplesmente deve criar condições econômicas para permitir que a iniciativa privada opere o mercado imobiliário. Como apontado por Craven, o texto final do art. 11 do PIDESC não indica a responsabilidades dos vários intervenientes no que se refere à provisão habitacional. Pelo contrário, ele pretendeu ser um texto neutro, pois muito ficou a depender do texto acordado com relação à cláusula geral relativa às obrigações previstas no art. 2º, I, do Pacto. (OSORIO, 2014, pág. 46)

Tal postura, apesar parecer acertada, ainda sim coloca mais um elemento capaz de “travar” a disputa pela moradia no país: o custo econômico. Para Letícia, o caminho mais correto é o de uma implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais – dos quais a moradia faz parte. Essa implementação progressiva seria capaz de preservar os recursos do Estado, ao passo em que se pensam estratégias para o problema do déficit habitacional.

Os conceitos de realização progressiva e disponibilidade de recursos reconhecem a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral e do direito à moradia em particular não será alcançada em um curto período de tempo. A implementação progressiva desses direitos, portanto, deve ser avaliada em relação ao nível de desenvolvimento do país e aos recursos disponíveis. (OSORIO, 2014, pág. 49)

Esta perspectiva, bastante difundida no senso comum, é similar ao discurso do secretário de Planejamento Urbano do Recife, Antônio Alexandre, já mencionado neste artigo. Perceba-se: o suposto esgotamento de recursos impede que haja uma política habitacional de qualidade no país. Este discurso é falacioso, primeiro porque desconsidera perspectivas alternativas para o problema do déficit habitacional no Brasil, especialmente relacionadas à desapropriação de imóveis, cujas dívidas de IPTU são milionárias, e não há atendimento à função social da propriedade. No Brasil, existe um enorme vazio urbano, cujo Censo de 2010 indica ter atingido o número de 6,05 milhões de imóveis completamente desocupados. É verdade que não há um número exato que corresponda à quantidade destes imóveis que seria passível de ocupação, mas o que é fato é que, quando intentado a pensar soluções alternativas para o déficit habitacional, o Estado se furta de sua obrigação constitucional.

Ademais, na disputa pela cidade, este pensamento que coloca a culpa pelo déficit habitacional somente na ausência de recursos, deixa de analisar o verdadeiro projeto político que remonta desde os primórdios do Brasil, baseado na segregação socioespacial. Como expõe Virgínia Pitta Pontual, em seu livro “Dois prefeitos e uma cidade: narrativas do Recife das décadas de 1930 a 1950”, ao discorrer sobre as políticas urbanas dirigidas por Novaes Filho à época no contexto da urbanização mercantil, nota-se que a retirada de mocambos em prol de uma “higienização social”, como feito por Novaes a partir de 1937, está presente até os dias hoje.

Neste sentido, a já findada Ocupação Marielle Franco, no centro do Recife, resistiu por 382 dias em um imóvel desocupado desde 2008, antigo Edifício SulAmérica, cuja a dívida de IPTU chegou a casa de R\$1,5 milhões, de acordo com o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto. Durante a ocupação o edifício teve reformas, voltou a ter luz, água, a ter função social. Entretanto, no plano judicial, nenhum desses elementos foi sequer considerado. Todavia, o fim da ocupação não se deu em virtude de despejo forçado, prática corriqueira, mas sim em razão da precariedade do edifício, que colocava a vida dos ocupantes em risco – violência por parte do Estado, ainda que em sua forma omissiva. Dado tudo que foi exposto, é necessário reconsiderar a perspectiva pela qual majoritariamente se tem tratado o direito humano à moradia, como um elemento descolado da realidade.

Maria Aparecida Lucca Caovilla, em seu livro “Descolonizar o Direito na América Latina”, propôs uma importante reflexão acerca da construção histórica e ideológica dos direitos humanos, compreendidos numa perspectiva ocidental, a fim de quebrar com o ciclo de “manutenção de aspectos tradicionais que resultam em percepções insuficientes sobre os diferentes fenômenos jurídicos” (2016, pág 42).

Em primeiro, há que se falar do caráter excessivamente abstrato deste paradigma “universal” de direitos humanos, que separa a realidade concreta da norma e que pode explicar, em certa medida, a sua inefetividade<sup>11</sup>. Tal perspectiva é especialmente acentuada após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Tal documento, apesar de erigido como paradigma universal dos direitos humanos e de ter, é fato, importância, não precedeu qualquer debate verdadeiramente comprometido com as realidades nacionais e especialmente peculiares de países de África e América Latina. Enquanto nações de capitalismo periférico, não tiveram espaço para o debate no contexto internacional.

Obviamente, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos oriunda de seus processos históricos e dinâmicas de poder próprias, disfarçada, entretanto, de universal, através de um rigor formalista. Comparada a outras declarações, a exemplo da Declaração do Estado da Virgínia, Magna Carta de 1255, Bill of Rights, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão etc, apesar de elaboradas em épocas distintas, possuem em comum o forte conteúdo liberal de inspiração iluminista, cuja proteção à liberdade e a propriedade privada se sobrepõe aos outros elementos. Apesar da Declaração de 1948 ter esse caráter em menor grau que as demais citadas, ele ainda existe, sendo prova disso o direito de propriedade colocado por muitos anos como o primeiro e único na esfera econômica a ser defendido ou mesmo o não reconhecimento por muito tempo de direitos coletivos (exceto o de autodeterminação). Ademais, é a influência do racionalismo, especialmente francês, e do jusnaturalismo, que dá os contornos definitivos da Declaração de 1948.

---

<sup>11</sup> A importância da consolidação dos direitos humanos, ainda que da perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é incontestável. Entretanto, o que se pretende aqui é criticar tal perspectiva, entendendo que por excessivamente abstrata, acabam por se reduzir apenas a processos normativos e institucionais.

O que nos parece mais preocupante, entretanto, é que tal perspectiva liberal acerca dos direitos humanos acaba por criar uma escada de valores entre esses, dividindo-os em dimensões e gerações.

Em todas as partes do mundo ocidental, a liberdade de imprensa é mais forte que o direito à intimidade e privacidade; o livre comércio é mais forte que o direito ao emprego – direito humano reconhecido como direito econômico, social e cultural – e o direito ao voto é mais forte que o direito à participação nas decisões políticas. Na verdade, isso pode ser considerado como uma situação de esquizofrenia, já que, ao se ler a Declaração de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, verifica-se uma grande quantidade de direitos reconhecidos sem que se tornem efetivos estes direitos na realidade da vida das pessoas. (MULLER, 2014, pág. 170)

A superação desse espaço de colonizado, entretanto, não está assentada, como alguns querem acreditar, num maior desenvolvimento tecnológico ou na aprimoração de suas economias para competição no mercado capitalista internacional, mas passa, necessariamente, pelo rompimento de estruturas dependentes. No campo dos direitos humanos, semelhante crítica pode ser traçada.

Para tanto, Hélio Gallardo (GALLARDO *apud* CAOVILO, 2016), nos traz importante reflexão sobre o conceito de direito humano, que para ele possui uma perspectiva sinestésica, ao fazer referência a pelo menos cinco elementos: luta política e social; reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinária; reconhecimento jurídico positivo e institucional; a eficácia e efetividade jurídica; sensibilidade sociocultural. O direito humano à moradia só pode ser compreendido nestes 5 eixos, especialmente no que tange a luta política e social, tendo em vista que a realidade brasileira (e, quiçá, mundial) aponta para uma disputa dos espaços da cidade, em que só é possível competir quando organizado em movimentos sociais e organizações populares.

Gallardo é capaz de historicizar e criticar os direitos que estão postos como dados estanques oriundos da categoria “sujeito de direito”, a fim de superá-los. Superá-los porque os direitos humanos, vistos de uma perspectiva liberal e liberalizante, não promovem de fato a emancipação dos povos, sendo sempre elaborados em por e em prol de grupos hegemônicos. Aceitá-los é, portanto, aceitar “a preferência das normas de caráter individual às normas de caráter econômico, social e cultural, ou seja, a preferência da livre-iniciativa ao emprego, a preferência da propriedade à moradia e assim por diante.” (MULLER, 2014, pág. 176)

É preciso enxergar o Direito não como um espaço estanque, deslocado da realidade em que se constrói a vida. Também para Joaquín Herrera (FLORES, 2000) a superação desta perspectiva de direitos humanos se faz necessária, através da retomada de uma concepção ampla e corporal dos direitos humanos, não mais abstrata, não mais fragmentada entre o que existe na materialidade e o que se coloca como ideal. Para ele, há que se buscar uma perspectiva “impura” dos direitos humanos, tendo em vista que a visão pura é a aquela liberal e imutável. A perspectiva impura, portanto, faz referência a uma filosofia em que o movimento, o tempo e o plural se constituem enquanto objeto de estudo.

O que se propõe aqui é uma metodologia científica relacional, capaz de resgatar os processos históricos envolvidos na construção do paradigma do direito humano, capaz também de problematizá-los, o que não implica no rechaçamento às construções anteriores, também importantes. Nas palavras tão certas de Joaquín Herrera: “Los derechos humanos son algo más que dichas ‘declaraciones’ y ‘pactos’. Son el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidade humana” (FLORES, 2000, pág. 4).

## **A OCUPAÇÃO URBANA: ESPAÇO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DESEJOS ORIUNDOS DO ESTÔMAGO E DA FANTASIA**

A clássica assertiva de Marx, no início do O Capital, ao falar sobre as necessidades oriundas do estômago ou da fantasia, parece apropriada para conceituar e melhor entender o que leva alguém ocupar um imóvel ou terreno subutilizado ou ocioso, fazendo dali sua casa. Os desejos oriundos do estômago, enquanto se referem às necessidades concretas da vida humana, materiais econômicas, se expressam perfeitamente quando da ameaça constante de não ter onde morar. Facilmente se compreende o porquê de milhares de famílias precisarem habitar encostas, morros, constituindo ocupações irregulares. A fantasia, por sua vez, é o elemento de esperança, indicando o caráter aberto, vale dizer, cultural e histórico de tais processos. Necessita-se acreditar, por exemplo, que os filhos terão onde morar. Necessita-se, portanto, prover esta habitação.

Nesse sentido, a ocupação pode se dar de forma desordenada, através de conglomerados familiares, sem necessariamente existir entre eles algum tipo de vínculo organizativo de demandas. Esta expressão é muito comum nos processos de favelização, datados desde o início de nossa República. Neste sentido, cabe-nos explicar a origem do termo e sua relação com a história:

A palavra favela origina-se, ao que parece, da denominação dada a um arbusto, a favela, comuns na região de Canudos. Os soldados do exército brasileiro, voltando da luta com Antônio Conselheiro e seus adeptos, não tinham lugar onde morar no Rio de Janeiro. Vão ocupar o morro da Providência, onde se instalaram em barracos, tipo de assentamento. Segundo Abreu (1994, p.35), foi apenas durante a segunda década do século XX que a palavra favela teria se tornado um substantivo genérico, referindo-se não mais exclusivamente ao Morro de Favela e sim designando um habitat pobre, de ocupação irregular e ilegal, em geral nas encostas. (PASTERNAK, pág. 2008, p. 76)

Para além dos processos de favelização, comuns nos centros urbanos, nos interessa também as ocupações gestacionadas no interior de organizações populares e movimentos sociais, politicamente orientadas em torno da concretização do direito à moradia. Estas ocupações têm como importantes atores sociais sujeitos dotados de capacidade política para reivindicar, para si e para os seus, direitos, expondo o próprio corpo à luta.

O Movimento dos Trabalhadores Sem Terra e as Ligas Camponesas são dois grandes exemplos desta luta redirecionada ao campo, à reforma agrária. No contexto urbano, também coexistem uma série de organizações populares e movimentos, associações de bairro diversas, movimentos de atingidos por barragens e comunidade tradicionais (quilombolas e indígenas), politicamente organizadas em torno das demandas do direito à moradia. A formação de territórios de resistência, personificados nas ocupações, representam o que há de maior valor na luta pela moradia: é o corpo, o suor e o sangue dessas pessoas que constrói a ocupação. Nas palavras de Lucia Maria Moraes e Marcelo Dayrell Vivas, no artigo denominado “O Direito à Moradia, o Acesso à Terra e o Papel dos Movimentos Sociais no Brasil” (2014), “ a ocupação é uma ação decorrente de necessidades e expectativas, que inagura questões, cria fatos e descortina situações”.

Ainda, quanto às ocupações rurais, mas que também servem à reflexão quanto às ocupações urbanas,

são os trabalhadores desafiando o Estado, que sempre representou os interesses da burguesia agrária e dos capitalistas em geral. [...] por essa razão, o Estado só apresenta políticas para atenuar os processos de expropriação e exploração, sob intensa pressão dos trabalhadores. A ocupação é, então, parte de um movimento de resistência a esses processos, na defesa dos interesses dos trabalhadores, que são a desapropriação do latifúndio, o assentamento de famílias, a produção e a reprodução do trabalho familiar, a cooperação, a criação de políticas agrícolas voltada para o desenvolvimento da agricultura



camponesa, a geração de políticas públicas destinadas aos direitos básicos da cidade (FERNANDES, 2000, p.53 apud FERNANDES, E.; ALFONSIN, B)

No bojo desta pesquisa se analisou, como método de resistência dos movimentos sociais em Recife, duas ocupações urbanas, cujos processos de assentamento no território em disputa se deu de forma completamente distinta. A primeira, existente no centro Recife, denominada de “Comunidade do Pilar”, remonta à uma ocupação urbana desordenada desde o século XVIII, que posteriormente foi se organizando em torno de movimentos sociais, a exemplo do CAUS e do Centro Popular de Direitos Humanos. A segunda, diz respeito a uma ocupação pensada e colocada em prática pelo movimento social denominado Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), no ano de 2017, em um terreno ocioso no bairro do Barro, Recife.

Ambas as ocupações, objeto desta pesquisa, foram estudadas em seus aspectos históricos, sociais e judiciais, a fim de entender quais as táticas e instrumentos utilizados para a concretização do direito humano à moradia, com fito em entender melhor a sua eficácia e aplicabilidade. Outrossim, ambas as ocupações possuem a participação e gestão popular como elemento central de sua luta política, buscando empoderar atores envolvidos no processo em uma constante luta contra opressões, interna e externa às ocupações. Neste sentido, ao identificar pontos de convergência e divergência entre os dois casos concretos, também se buscou entender como o Poder Público se projeta neles e quais os interesses estão em disputa.

Esta pesquisa surge da necessidade urgente de se debater, no âmbito do Direito, a pauta habitacional. Surge também da atividade extesionista da autora no Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular – NAJUP (UFPE), através do qual a autora teve oportunidade de participar de atividades nestas ocupações, entre as quais atividades de assessoria jurídica e práticas de educação popular.

## **METODOLOGIA ADOTADA**

A fim de melhor entender as impressões e perspectivas dos moradores e militantes das ocupações, foi adotada a técnica de observação participativa, considerada como uma coleta de dados para conseguir informações sob determinado aspecto da realidade, com a integração do investigador ao grupo investigado segundo LACATOS (1996 p.79), e COSTA (1987) apud NERY (2008).

Para realização desta pesquisa foi empregada uma metodologia do tipo qualitativa, no qual houve seleção das ocupações urbanas a serem estudadas, tendo como critérios os seguintes quesitos:

- a) impacto da atuação do movimento social no contexto da luta pela moradia na cidade do Recife;
- b) impacto da ocupação/comunidade no espaço geográfico em que se situa;
- c) participação das moradores na organização da ocupação/comunidade ou engajamento destes na pauta pela moradia;
- d) menor ou nenhuma interferência estatal na organização interna do movimento;
- e) capacidade de mobilização de terceiros em torno da pauta pela moradia;
- f) capilaridade da ocupação em outras pautas referentes à cidade.

Isto feito, as ocupações selecionadas foram a Comunidade do Pilar, no centro do Recife, e a Ocupação Carolina de Jesus (MTST), no Barro, tornando-se objeto de estudo da pesquisa, a fim de extrair da análise dos casos concretos, os métodos empregados por estes na efetivação do direito

à moradia. Para tanto, foi feita uma revisão bibliográfica, com posterior entrevista aos militantes e moradores de ambas as ocupações, através de uma entrevista não-estrutura pois, apesar de ter um esqueleto central de perguntas (cujo centro gravitacional girava em torno do histórico de luta da ocupação, das perspectivas para o futuro e dos métodos empregados), a fala nesta pesquisa também se coloca como um elemento capaz de empoderar e de resgatar o que se diz, não fazendo sentido limitá-la.

Após identificar tais métodos utilizados, eles foram alocados em dois grupos:

I – métodos que fogem da ordem institucional-positivada (especialmente a ocupação);

II – métodos que utilizem das ferramentas legais e estatais (de caráter jurídico e legislativo).

Por lógico, muitas vezes tais métodos são usados em conjunto e possuem intersecções. Esses métodos foram avaliados em sua eficácia social, cuja medição se deu de acordo com requisitos específicos, quais sejam:

a) satisfação da população em relação à solução elaborada;

b) aplicação prática da solução elaborada;

c) abrangência da solução.

## **COMUNIDADE DO PILAR: ANÁLISE DE CASO CONCRETO**

A área portuária de Recife, onde existe o Bairro do Recife, tem histórico de ocupações por moradia desde o século XVIII. A hoje denominada Comunidade do Pilar<sup>12</sup> existe pelo menos desde 1970 e, assim com as demais ocupações realizadas ao entorno, possui no porto uma fonte de renda – através do turismo e também com trabalhos conexos à atividade portuária, com forte identidade comercial.

As famílias que hoje habitam a Comunidade do Pilar vieram de lugares diversos, através dos processos de remoção de outras áreas da cidade, a exemplo da expulsão oriunda da construção da Dantas Barreto e da expansão do Porto Recife. Através dos anos, novas famílias foram se alocando na Comunidade, modificando suas formas de renda e se adaptando, por exemplo com a instalação de lanchonete e bares nos barracos que compõe a comunidade e que são majoritariamente frequentados pelos trabalhadores do Porto e fábricas vizinhas.

Em 1990, o Plano de Revitalização do Bairro do Recife (PRBR) – documento concluído em 1993 -, dividiu a o Bairro do Recife em Polos, notadamente:

I- Setor de Intervenção Controlada: constituído pelos Pólos Alfândega/Madre de Deus, Bom Jesus e Arrecifes, cuja área, por ter valor cultural reconhecido, deveria ser preservada;

II- Setor de Consolidação: Polo Capibaribe, ocupado por instituições públicas e que deveria receber investimentos no sentido de dinamizar as áreas de convívio;

III- Setor de Renovação Urbana: Polo Pilar, correspondente à Comunidade do Pilar, cuja área deveria ser reconstruída em razão da favela que ali existia, denominada “Favela do Rato”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Existe um plano de revitalização do Bairro do Recife elaborado pela prefeitura na década de 90, que denomina esta mesma área de “Polo Pilar”, entretanto, utilizamos a denominação popularmente conhecida do espaço, a fim de garantir, com a palavra, a preservação da memória cultural.

<sup>13</sup> Favela do Rato era o nome que se dava ao espaço que hoje denominamos Comunidade do Pilar. Este nome surgiu porque na área existiam muitos ratos, em razão do trigo que se utilizava no Moinho Recife, empresa da área. Em pesquisa feita por Nancy Siqueira Nery (2008), o nome “Favela do Rato” também originou-se porque alguns moradores afirmavam que, em razão da precariedade higiênica e econômica, “disputavam” o espaço e a comida com os roedores.

Os setores de Intervenção Controlada e Consolidação receberam massivos investimentos, inclusive da iniciativa privada, tendo sido reformados e revitalizados. O Setor de Renovação Urbana, entretanto, não recebeu qualquer tipo de investimento, piorando enormemente a vida dos moradores do Pilar.

Ao longo da primeira década do século XXI, foram propostas diversos planos de revitalização da Comunidade do Pilar, entre os quais o “Programa de Requalificação Urbanística e Inclusão Social da Comunidade do Pilar” (PRUISCP), de 2002 e o projeto “Complexo Turístico Cultural Recife Olinda”, de 2003. Em 2008, mais um projeto foi gestacionado, sendo este o que ainda está em vigor. Denominado de “Plano de Requalificação Urbana e Inclusão Social da comunidade do Pilar”, conta com recursos majoritariamente do Governo Federal (Pacto de Aceleração de Crescimento – PAC), prevendo a construção de 588 habitacionais, escola municipal, Unidade de Saúde da Família, mercado público, praças, espaços para atividades artísticos-culturais, pavimentação, saneamento, iluminação pública e quadra poliesportiva. A promessa existente é a de transformar a área em um grande atrativo turístico e conectar, finalmente, a Comunidade do Pilar ao Bairro do Recife e à cidade como um todo. Entretanto, como demonstra a realidade, a situação dos moradores é de completo descaso em relação ao poder público, com a existência de moradias precárias e difícil acesso aos serviços públicos, existindo na área apenas uma Escola Municipal e um Posto de Saúde da Família.

As moradias, feitas de madeira em sua maioria, permanecem iguais ao longos dos anos, sem que os numerosos planos tenham alterado a estrutura básica da comunidade. Para NERY (2012, p.60) “os seus barracos não diferem dos de nenhuma outra favela do Brasil, mas o fato de estarem fixados numa área de preservação histórica (ZEP 9) proporciona-lhes um forte diferencial do ponto de vista do valor imobiliário da área.” Neste sentido, os moradores da Comunidade do Pilar são vítimas da gentrificação, que ao mesmo tempo confere aos moradores do Pilar um dos piores IDH da cidade<sup>14</sup>, classifica o território em questão como um “terreno de oportunidades”:

A gentrificação é um fenômeno ao mesmo tempo físico, econômico, social e cultural. Ela implica não apenas uma mudança social mas também uma mudança física do estoque de moradias na escala dos bairros; enfim, uma mudança econômica sobre os mercados fundiários e imobiliários. É esta combinação de mudanças sociais, físicas e econômicas que distingue a gentrificação como um processo ou conjunto de processos específicos (BIDOU- ZACHARIASEN. 2006 apud NERY. 2012, p.23).

Para além do mencionado, ainda em 2008, foram cadastradas 588 famílias no âmbito do plano de requalificação, das quais muitas delas foram removidas de suas moradias sob a justificativa de iniciação das obras, e inscritas no cadastro de beneficiárias do programa de auxílio moradia, no qual a família recebe uma ajuda mensal de R\$200 reais por um tempo necessário até que exista uma alternativa habitacional. Vale ressaltar que, sendo Recife uma capital, o preço médio dos aluguéis ultrapassa enormemente esse valor. Ademais, muitas das famílias trabalham nos arredores ou na própria comunidade, o que faz sua remoção ter por consequência o comprometimento do próprio sustento. Em contrapartida, as famílias que não aceitaram a inscrição em tal cadastro, receberam uma indenização mínima, referente apenas às benfeitorias necessárias e úteis realizadas no imóvel, desconsiderando, portanto, a posse históricas destas pessoas neste território, além de colocar de lado importantes parâmetros de adequação sociocultural e de construção de laços afetivos.

---

Entretanto, em função da conotação negativa do antigo nome, os moradores do Pilar pleitearam a mudança do nome junto à Prefeitura do Recife que, através do Decreto 18.570/2000 passou a chamar a comunidade de Comunidade Nossa Senhora do Pilar – referência à igreja que existe em suas proximidades.

<sup>14</sup> Dados retirados do Atlas de Desenvolvimento Humano do Recife (RECIFE, 2005).

Mesmo com a remoção de famílias em prol do programa de requalificação, o que se ocorreu foi um atraso do mesmo, que somente se iniciou em 2010, com previsão de término em 2012. Até o momento, entretanto, só foram entregues 156 unidades habitacionais, no ano de 2016, muitos dos quais com diversos problemas estruturais. Há que se mencionar que tal entrega se deu após forte pressão do Ministério Público Federal (inquérito civil público n. 1.26.000.002505/2015-31). Ou seja, desde 2008, inúmeras famílias ainda não receberam o sua unidade habitacional, permanecendo no auxílio de R\$200,00. Cabe, ainda, relatar que mesmo com promessa de entrega de 588 habitacionais, esse número ainda não seria suficiente para abranger todas as famílias moradoras da comunidade.

Em janeiro de 2008 inaugurou-se um novo conflito em relação ao direito à moradia destas pessoas: a prefeitura propôs a remoção de mais moradores sem perspectiva alguma da retomada das obras. As famílias, entretanto, se organizaram politicamente em prol de seus direitos. Tal organização foi apoiada por diversos movimentos pelo direito à moradia, como o caso do coletivo de arquitetura, CAUS e do Centro Popular de Direitos Humanos. A Prefeitura, que mantém um posto de atendimento dentro da comunidade, buscou e busca minar a luta coletiva dos moradores, taxando-os de “invasores”, visitando-os diariamente e criando um ambiente de completa instabilidade e repressão. No âmbito judicial, a estratégia adotada pela prefeitura é a de evitar o debate coletivo, interpondo ações de desapropriação ou fazendo acordos, ambos individuais

Para fins desta pesquisa, será analisada uma Ação de Desapropriação, processo de número 0032112-24.2019.8.17.2001, que tramita perante a 8 Vara da Fazenda Pública da Capital, ajuizada pelo Município de Recife contra uma moradora do Pilar no presente ano de 2019. Vamos nomear a ré do processo com o nome fictício de “Lia de Itamaracá”, em homenagem à cirandeira pernambucana e para preservar a identidade da moradora da comunidade.

O território em conflito, por ter sido individualizado, diz respeito a um lote na comunidade, cujo domínio útil foi cedido ao Município do Recife, pela União, através de um Contrato de Cessão com encargo, sob regime de Concessão de direito real de uso, assinado pelo então prefeito Geraldo Julio. O objetivo desta cessão era implantação de empreendimento habitacional de interesse social no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida. As benfeitorias mencionadas no processo, existentes no terreno (correspondentes à casa de “Lia de Itamaracá”), deveriam ser desapropriadas em razão da utilidade pública, declarada pelo Decreto Municipal n. 31.465 de 30 de maio de 2018. Na ocasião da petição inicial, pede-se a urgência na desapropriação para fins da imissão na posse, para qual se daria uma indenização no valor de R\$20.695,41.

Após comprovado o depósito do valor, o juiz do caso deferiu o pedido de imissão provisória na posse, deferindo também o levantamento de 80% do valor por parte da expropriante, “Lia de Itamaracá”, sendo esta a última movimentação nos autos. Ante o exposto, alguns elementos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, para além da análise da estratégia de desmobilização, através do ajuizamento de ações individuais, o processo encontra-se minado de vícios, como a caducidade da alegação de urgência na imissão da posse. Explica-se: o Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, traz, no seu artigo 15, prazo máximo de cento e vinte dias para alegar-se a urgência e requerer a imissão na posse:

DECRETO-LEI Nº 3.365 DE 21 DE JUNHO DE 1941

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

(...)

§ 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.

§ 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória.

Havendo o Decreto Municipal n. 31.465 instituído a desapropriação da área do Pilar em 30 de maio de 2018, e sendo a ação ajuizada em 28 de maio de 2019, ultrapassou-se o prazo de 120 dias entre a alegação de urgência e o respectivo requerimento da imissão provisória na posse, sendo completamente inadmissível a sua concessão, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade. Ademais, ainda que se estivesse dentro do prazo, questiona-se qual a urgência na imissão da posse, tendo em vista o descaso de décadas da Prefeitura do Recife no que tange a construção dos habitacionais, em atraso há anos. Não há, no caso em concreto, qualquer perspectiva de se iniciarem obras, também porque a Prefeitura, em outras oportunidades, alegou não possuir os recursos necessários para tanto.

Apesar de denominada como imissão provisória, sabe-se, pela realidade dos fatos, que os efeitos desta são definitivos, vez que a expropriada desde então perderia a materialidade do objeto que, além de sua moradia, é sua fonte de renda. Nesse interím, ainda é possível questionar o valor da indenização ofertada, tendo em vista que o valor está muito aquém do que seria considerado uma indenização justa, assim considerada como um valor capaz de recompor o patrimônio da expropriada com valor que corresponda ao desfalque sofrido em decorrência da expropriação. No caso em questão, até mesmo lucros cessantes seriam devidos, tendo em vista que a ré também desempenha sua atividade produtiva no local (possui uma “vendinha” no qual vende produtos de primeira necessidade).

Sob justificativa de utilidade pública, o que se tem, em verdade, é uma ofensa ao direito à moradia. Desapropriar uma cidadã idosa, em caráter de urgência, transformando sua casa em um terreno ocioso, sem cumprimento à função social, não nos parece condizente com o interesse público, havendo, em verdade, um desvio de finalidade, com conseqüente agravamento do déficit habitacional que supostamente se quer combater. Não há qualquer tipo de respeito à posse, situação fática, de “Lia de Itamaracá”, que há mais de 30 anos habita a casa, como se proprietária fosse.

Outro elemento que deve ser levado em consideração diz respeito ao instituto da Regularização Fundiária (Reurb) da Comunidade do Pilar, que a Prefeitura do Recife deu entrada através da Lei Federal 13.465/2017. Esta lei, responsável por regular o procedimento da Reurb, traz no seu Art. 31, parágrafo 8, a proibição de retirada dos moradores de área a ser regularizada até que o requerimento seja completamente processado e arquivado.

Art. 31. Instaurada a Reurb, o Município deverá proceder às buscas necessárias para determinar a titularidade do domínio dos imóveis onde está situado o núcleo urbano informal a ser regularizado.

§ 8º O requerimento de instauração da Reurb ou, na forma de regulamento, a manifestação de interesse nesse sentido por parte de qualquer dos legitimados garantem perante o poder público aos ocupantes dos núcleos urbanos informais situados em áreas públicas a serem regularizados a permanência em suas respectivas unidades imobiliárias, preservando-se as situações de fato já existentes, até o eventual arquivamento definitivo do procedimento.

Lia de Itamaracá tem direito de permanência, entretanto, este direito resta completamente desrespeitado, tanto pelo Município, quanto pelo Poder Judiciário, gerentes dos interesses do Capital.

## OCUPAÇÃO CAROLINA DE JESUS: ANÁLISE DE CASO CONCRETO

A ocupação Carolina de Jesus, organizada pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto surge após a tentativa de realização da chamada ocupação Nova Canudos, em um território particular. Na ocasião, diversas famílias, expulsas do território da Nova Canudos, adentram, na madrugada de do dia 17 de fevereiro de 2017, um terreno do governo do estado de Pernambuco, localizado no bairro do Barro, zona oeste de Recife. Esse terreno, cuja extensão é 13.598,00 m<sup>2</sup>, pertencia a particulares até 2010, quando então o estado de Pernambuco, através da ação de desapropriação de número 0034227-87.2008.8.17.0001, teve sua propriedade reconhecida em prol da utilidade pública. Intentava-se, à época, expandir o Terminal Integrado de Passageiros do Barro.

Entretanto, de 2010 até 2017, ano em que ocorreu a ocupação, não houve, por parte do estado de Pernambuco, qualquer indício de posse sobre o bem. Não haviam seguranças no local, não havia maquinário, não havia qualquer construção durante esses sete anos. O terreno, cuja função social não se exercia, estava em completo abandono. A entrada dos ocupantes, como de costume, foi recebida com bastante violência.

Nas primeiras 24 horas da ocupação, a própria Secretaria Estadual de Habitação, na pessoa de Bruno Lisboa, abriu canal de diálogo com os ocupantes, tendo marcado uma reunião que posteriormente foi cancelada. Como resposta, os militantes do MTST se reuniram em protesto em frente à Companhia Estadual de Habitação e Obras (CEHAB), no cruzamento da avenida Agamenon Magalhães com a rua Odorico Mendes. O protesto, no entanto, foi recebido com bastante truculência pela Polícia Militar, que utilizou-se inclusive de munição letal e deteu diversos militantes. O episódio, conhecido como Massacre da CEHAB, foi amplamente divulgado nos meios de comunicação de mídia, com militantes hospitalizados e presos.

Em resposta à violência, o MTST conseguiu aglutinar, no dia da audiência de custódia, grande número de pessoas, integrantes de diversos movimentos e da comunidade acadêmica, em solidariedade ao ocorrido. Felizmente, os manifestantes foram soltos e recebidos por todos que esperavam do lado externo do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano.

Apesar das tentativas de negociação com o MTST, o Estado descumpriu o pacto acordado para construção de habitacionais no âmbito do Minha Casa, Minha Vida Entidades, e ajuizou Ação de Reintegração de Posse contra réus incertos e não sabidos, integrantes do MTST, no dia 23 de fevereiro de 2017, processo de número 009096.12.2017.8.17.2001, tramitando perante a 2 Vara da Fazenda Pública da Capital. Junto aos autos, há anexado o Ofício número 26 de 22 de fevereiro de 2018, no qual a própria CEHAB aconselha o Estado de Pernambuco a ajuizar a referida ação. Na petição inicial, os ocupantes são taxados de invasores, acusados de impedir o trânsito do Terminal Integrado e Passageiros, sem qualquer menção ao direito constitucional de moradia, direito coletivo.

O que mais surpreende, entretanto, não é apenas o descumprimento ao que fora acordado entre a CEHAB e o movimento, mas, sobretudo, a decisão do juiz e sua fundamentação quando do deferimento da liminar para reintegração de posse. Na ocasião, o juiz do caso (E.M.S), alega a existência de dois direitos em conflito, quais sejam, o direito de posse do Estado, baseado também na utilidade pública do terreno, e o direito de liberdade dos manifestantes, conforme se pode extrair do seguinte excerto de decisão (ID17782989), datada de 23 de fevereiro de 2017:

Ademais, impede ressaltar que não se está a negar a validade e essencialidade do direito à liberdade de expressão ou do direito de reunião, invocados pelos manifestantes, mas sim fazendo-se um juízo de ponderação com esteio nas características do caso concreto, necessário quando direitos constitucionalmente assegurados entram em aparente colisão. **Frise-se que é assente na doutrina e na jurisprudência que no conflito de direitos**

**fundamentais o intérprete deverá valer-se do princípio da concordância prática ou harmonização, a fim de evitar o sacrifício total dos bens jurídicos tutelados, de modo a preservar o núcleo duro (essencial) de cada direito, permitindo, assim, a coexistência pacífica e harmônicas dos direitos em colisão.** Ora, de um lado se encontra o direito de posse do Estado sobre área extensiva de equipamento público urbano, e do outro o direito à liberdade de manifestação e de reunião dos integrantes do MTST, ambos de primeira geração. (PROC. 009096.12.2017.8.17.2001 da 2 Vara da Fazenda Pública da Capital)

Beira o inacreditável que o juiz E.M.S sequer tenha percebido a dimensão do que se coloca em conflito neste processo: não é apenas a liberdade dos manifestantes mas, sobretudo, o seu direito à moradia que em última instância se coloca como o próprio direito à vida dos ocupantes que, em face da reintegração de posse, se encontrarão expostos à rua e à violência. A suposta utilidade pública não faz qualquer sentido, uma vez que o terreno estava completamente abandonado pelo Estado há 7 anos, sem que este tenha tido qualquer ímpeto de expandir o Terminal Integrado do Barro. Não há também qualquer impedimento ao funcionamento do TIP, havendo relatos dos usuários que a presença da ocupação melhorou, inclusive, a segurança do local.

Citando Carnelutti, doutrinador italiano, a decisão também remete a uma suposta mudança violenta de titularidade de posse que, em verdade, não condiz com a realidade. Havendo caracterizado o abandono do terreno por parte do Estado, não havia qualquer elemento que comprovasse a posse por parte do ente público em momento anterior. Não há qualquer sentido em se reestabelecer o que nunca existiu. Nesse sentido, há uma clara confusão dos conceitos de posse e propriedade, sendo a primeira uma situação de fato, conforme a própria lição invocada pelo juiz de direito:

*É sabido que as ações possessórias são um compartimento processual destinado à tutela da posse como fato evidente em si, servindo como instrumento de pacificação social, para fazer cessar as perturbações à estabilidade das situações de uso do bem consolidadas pelo decurso do tempo. Funciona esta espécie processual como um remédio contra a ruptura do equilíbrio social representada pela ameaça de turbação ou esbulho. Na percuente lição de Carnelutti, “a posse é a situação de fato e um componente da estabilidade social. Se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desequilíbrio social, em perturbação da ordem. Impõe-se que a passagem da posse para um outro titular se dê sem quebra da harmonia social...quando a disputa pela posse se acende, urge que cesse através do processo, e não pelo exercício da justiça privada. Esta última produz a ruptura da paz social e viola a soberania do Estado; representa a usurpação de um dos seus Poderes” (Sistema Del Diritto Processuale Civile, Ed. CEDAM, vol. I, no 73, pp.208-209). (PROC. 009096.12.2017.8.17.2001 da 2 Vara da Fazenda Pública da Capital)*

A decisão impõe também, uma multa diária de cinco mil reais por manifestante que descumprir a reintegração, constituindo-se a prova absoluta de que o juiz está completamente descolado da realidade, já que aquelas pessoas sequer possuem condições materiais de pagar um aluguel e por isso precisam morar em barracos levantados de lonas de plástico preto e madeira. Essa multa, de valor exorbitante, nos parece como uma própria ofensa ao princípio do mínimo existencial, colocando o direito à propriedade como valor absoluto, em detrimento da própria subsistência de uma imensidão de homens, mulheres, crianças e idosos. Como de praxe, o juiz também autoriza o uso da força policial.

Com fulcro no art. 562 do CPC, determino a expedição de mandado liminar de reintegração de posse do imóvel em questão, o qual deve ser imediatamente desocupado pelo grupo que ali se encontra. Fixo, desde logo, para o caso de descumprimento, multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por manifestante que se negar a desocupar o imóvel em questão. Autorizo, desde logo, o oficial de justiça a requisitar força policial, se necessário for e, ainda, a cumprir o mandado aos sábados, domingos e feriados ou nos

Na esteira da desumanização das pessoas ocupam aquele território em conflito, o relatório número 012 de 2019 do 12 Batalhão de Polícia Militar consta como um levantamento feito por aquele órgão, a fim de fornecer maiores informações à reintegração de posse. Entre as perguntas constantes do relatório, pergunta-se se há tráfico de drogas no local e se há água e luz (regular ou não). O interesse na água e luz existe pois, havendo, seria requisitada a ajuda das respectivas companhias no ato de reintegração, para suspender o fornecimento de água e de luz. Tal atitude contribui para a criação de um ambiente inóspito, verdadeira violência aos direitos dos moradores. Quanto ao tráfico, muito nos interessa tal questionamento, pois nos parece um típico caso de criação de profecias autorrealizáveis, no qual a vítima busca ser desumanizada, colocada como criminosa, indigna, não merecedora da tutela do Estado. Relembrando que esta é uma Ação de Reintegração de Posse, do que interessa este elemento ao objeto do processo?

Felizmente, a última movimentação do processo refere-se ao pedido, por parte do Estado de Pernambuco, pela extinção do feito, tendo em vista que a CEHAB enviara um ofício solicitando a extinção da ação por causa das negociações em torno da construção de habitacionais na área, em curso desde 2017. Até o momento, entretanto, nada foi construído, existindo apenas a promessa ainda distante, mas já tão valiosa e conquistada através da ocupação persistente dessas pessoas.

## **CONCLUSÕES**

Através dos casos sob análise, a conclusão até então aparente aponta no sentido da ineficácia quase que completa dos instrumentos jurídicos para a efetivação do direito à moradia, quando em ações em que os movimentos sociais (ou integrantes destes) estejam na situação de réus. Isso ocorre, sobretudo, porque existe uma mentalidade que perpassa não somente o judiciário, mas todas as demais instâncias da vida, de que o direito à moradia só existe através da propriedade vendida, comprada e escriturada, no qual a própria casa se coloca como mercadoria transacionada no mundo todo. O que existe, na realidade, é a movimentação incansável dos movimentos de resistência, que ocupam territórios em conflito por anos a fio, a espera de um olhar do Poder Público, em prol da regularização de suas terras. Em entrevista colhida no âmbito desta pesquisa, Ana Cecília, professora de Direito da UPE e advogada-militante do MTST, relata que as vitórias mais significativas do movimento, quando em territórios judicializados, são ganhos de prazo.

Mesmo quando há vitórias significativas no âmbito de programas estatais, como por exemplo o Minha Casa, Minha Vida Entidades, o que se procede é uma morosidade enorme por parte do Estado, que constantemente é arbitrário e muda, unilateralmente, os termos de suas ações. Não é o Estado, ente abstrato, destacado da realidade, o grande vilão do déficit habitacional. Essa perspectiva seria deveras redutora e não capaz de abarcar a complexidade dos processos internos existentes no Brasil. Entretanto, também não é a pobreza, fenômeno considerado em si, ou a informalidade, as causadoras das maiores violências ao direito à moradia, mas sim um conjunto de fatores que estruturam as dinâmicas da cidade, moldados a partir de uma perspectiva de classe, cujo interesse hegemônico de conglomerados empresariais, em colúio com os entes estatais, imperam em detrimento da maioria da população.

A cidade, como crucial para o modelo de produção e reprodução capitalista, muda ao longo dos anos. Os arranjos que existem no presente não são os mesmos de antes, nem serão os do futuro – a exemplo da própria tendência que vivemos de esvaziamento dos centros tradicionais, com a criação de novas relações de centro-periferia. Entretanto, enquanto subsistir a



base econômica em que se assentam esses processos, os resultados serão sempre os mesmos: o déficit habitacional é intrínseco a um modelo de capitalismo dependente.

Enquanto perspectiva de redução de danos, inúmeras são as propostas, e vão desde a criação de Ouvidorias Agrárias no campo, à inclusão, no Código de Processo Civil, da obrigatoriedade da audiência de mediação nos casos de posse coletiva de mais de ano e dia, já colocada em prática e que tem capacidade de evitar, em certa medida, despejos violentos. As perspectivas de mudança real são sempre estruturais, ultrapassando as simplificações das conjuturas. Pensar desta maneira só é possível se vinculada aos movimentos sociais e organizações populares, capazes de concentrar em si imensa potência política e capacidade de fornecer, também, verdadeira materialidade ao conceito de direito humano. Em contextos como o atual, é apenas através da ocupação, instrumento da vida real, que se é possível trazer eficácia ao direito à moradia.

Um juiz ou juíza que concede uma reintegração de posse está apenas reafirmando e aplicando os pressupostos fundantes da Carta de 1948, quais sejam, a propriedade, a segurança e o contrato. Refundar estes pressupostos, partindo das experiências verdadeiramente locais é repensar a lógica do transplante jurídico, que em nada contribui para resolução do déficit habitacional que atinge a América Latina como um todo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 2002

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365**. 1941

BRASIL. **Lei Federal 13.465**. 2017

**Eduardo e João da Costa inauguram ponte na ilha de deus**. Blog do Jamildo, 2009. Disponível em <<https://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2009/12/16/eduardo-e-joao-da-costa-inauguram-ponte-na-ilha-de-deus/>> Acesso em 30 de novembro de 2019.

BOULOS, Guilherme. **Por que Ocupamos?** Uma Introdução à Luta dos Sem-Teto. 1. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2015.

**CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Descolonizar o Direito na América Latina. Chapecó: Argos Editora da Unochapecó, 2016.**

**CARVALHO, C.; RIBEIRO, G.; RODRIGUES, R. Em busca da cidade: a luta pela moradia adequada como força motriz da reforma urbana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

**Déficit habitacional chega a 108 mil moradias na Região Metropolitana**. Diário de Pernambuco, 2017. Disponível em <<https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2017/10/deficit-habitacional-chega-a-108-mil-moradias-na-regiao-metropolitana.html>> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

**Déficit habitacional no Recife chega a 71 mil moradias**. Radio Jornal, 2019. Disponível em <<https://radiojornal.ne10.uol.com.br/noticia/2019/09/23/deficit-habitacional-no-recife-chega-a-71-mil-moradias-176663>> Acesso em 30 de novembro de 2019.

FERNANDES, E.; ALFONSIN, B (Coord.). **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FLORES, Joaquín Herrera. **El Vuelo de Aneo: rechos humanos y crítica a la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto comunista**. Tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

**Moradia no centro**. Habitat Para Humanidade, 2017. Disponível em <<https://habitatbrasil.org.br/projetos/advocacy/moradia-no-centro/>> Acesso em: 30 de novembro de 2019.

MORAES, L. M.; DAYRELL, M. **Direito humano à moradia adequada**. Brasília: Plataforma DhESCA Brasil, 2008.

MULLER, Cristiano. Os conflitos fundiários urbanos no Brasil desde uma perspectiva crítica dos direitos humanos. *In*: FERNANDES, Edésio; AFONSIN, Betânia (Coord). **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 161-182.

NERY, Nancy Siqueira. **Inclusão socioespacial de comunidades pobres: Programa de Requalificação urbanística e inclusão social da Comunidade do Pilar Bairro do ecife – PE**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Geografia) –Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

OSORIO, Letícia Marques. O Direito à Moradia como direito humano. *In*: CARVALHO, C.; RIBEIRO, G.; RODRIGUES, R. **Em busca da cidade: a luta pela moradia adequada como força motriz da reforma urbana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 39-84.

PASTERNAK, Suzana. A favela que virou cidade. *In*: VALENÇA, Mário Moraes (Ed.) (Org). **Cidade (i)legal**. Rio de Janeiro: Mauad, 2008. p. 73-108.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças**. São Paulo: Boitempo, 2015



**Coordenação:**

Flávia Santiago Lima (UPE)

Jairo Lima (UENP)

João Andrade Neto (PUC-MG/FACULDADE ARNALDO)

Vanice Regina Lírio Valle (UNESA)



## DIREITOS FUNDAMENTAIS E REVISÃO JUDICIAL DIFUSA: ANÁLISE DA AUTOCONTENÇÃO PRATICADA PELO STF NO ÂMBITO DAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**Juliana de Brito Giovanetti Pontes**

Mestra em Direito (UNICAP). Bolsista (CAPES).

### INTRODUÇÃO

Como se comporta o Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às matérias julgadas nas reclamações constitucionais? O grande volume de litígios que chega anualmente à Corte, além da sua capacidade institucional, tem como consequência a seletividade; ora os Ministros selecionam as matérias que são efetivamente julgadas, ora selecionam – expressa ou tacitamente – as matérias que não serão apreciadas, em comportamento autocontido.

A seletividade compreende a escolha das reclamações que serão levadas a julgamento favorável ao reclamante pelo STF, que, a partir do processo decisório, torna possível a produção de efeitos concretos no âmbito social, político e jurídico.

Visando à análise empírica da ocorrência de autocontenção no plano da revisão judicial difusa, a identificação de um padrão de comportamento decisório por parte do Supremo foi abordada através de modelos explicativos do comportamento judicial. Para tanto, o emprego do modelo causal legalista permite analisar quais elementos estritamente jurídicos influenciariam as chances de julgamento de uma reclamação.

A hipótese investigada é de que as chances de julgamento procedente da reclamação variam conforme o tema constitucional (variável legalista) alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial.

Assim, por meio da presente pesquisa, houve a coleta de dados relacionados às reclamações constitucionais (1988-2017), os quais foram submetidos à análise por regressão logística (logit), de modo a aferir quais temas estariam relacionados às maiores chances de ocorrer o comportamento autocontido dos julgadores.

### CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A reclamação constitucional consiste no instrumento jurídico-processual direcionado à preservação da competência e à garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) (art. 102, I, “I” e art. 105, I, “f” da CF), bem como à fiel observância de enunciado de súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88), de decisão do Supremo

Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e também à garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

No âmbito infraconstitucional, as reclamações encontram-se regulamentadas pela Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil – CPC), nos artigos 988 a 993. O advento do CPC/15 acabou por revogar os artigos 13 a 18 da Lei 8.038/90, que regulava o referido instituto, e trouxe importantes modificações relacionadas à reclamação.

A inserção das reclamações no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, como política de codificação, apresentou-se de forma positiva, uma vez que garantiu maior unidade ao ordenamento jurídico. Por facilitar o entendimento frente à necessidade de consulta mais rápida e lógica das leis, o código permitiu uma organização sistemática bem mais acessível, se comparado às leis esparsas (HOLLIDAY, 2016, p.21).

Assim, o instituto da reclamação foi introduzido no CPC/15 com ampliação da competência e também das hipóteses de seu cabimento originariamente previstas no texto constitucional. Agora, há previsão expressa para conhecimento do instituto a todos os tribunais, com maior detalhamento do procedimento em comparação ao regime anterior.

A reclamação constitucional foi introduzida no direito brasileiro por construção da jurisprudência do STF, a partir do julgamento da Rcl 141, por meio da qual o Tribunal, com fundamento na teoria dos poderes implícitos (*implied* ou *resulting powers*), adotou o entendimento de que seria cabível reclamação proposta perante aquela Corte sempre que ocorresse desrespeito a uma decisão sua ou no caso de violação da competência da mesma.

No referido precedente, foi estabelecido que, se a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de interpretá-la e o dever de assegurar sua efetividade estaria, de modo implícito, outorgando àquele Tribunal a competência para impor sua autoridade, sob o risco de seu poder/dever não ser efetivo.

A sistematização do instituto da reclamação ocorreu em quatro fases distintas: a primeira vai desde o período de criação do Supremo Tribunal Federal até 1957, quando a reclamação foi aprovada e incorporada ao Regimento Interno do STF; a segunda inicia em 1957 e vai até 1967.

A terceira fase teve início com a Constituição Federal de 1967 (PACHECO, 1989, p.19) – que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, dessa forma, atribuindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos e legitimando definitivamente a reclamação, agora fundamentada no texto constitucional.

Por fim, a quarta fase, começou com a Constituição Federal de 1988, que passou a prever a reclamação como da competência originária do STF e do STJ. Desse modo, adquiriu *status* de competência constitucional.

Assim, a reclamação constitucional surgiu na jurisprudência do STF tendo por base a teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), oriunda do direito norte-americano, impulsionado pela necessidade possuir um mecanismo que garantisse a autoridade de suas decisões.

Não há um prazo fixado pelo legislador para que a reclamação seja proposta. No entanto, o inciso I, §5º do art. 989 do CPC/15 condicionou o cabimento da reclamação ao trânsito em julgado da decisão – coisa julgada material. Diante da possibilidade de reclamação contra decisão administrativa, não há limite temporal, uma vez que não há coisa julgada material; o mesmo é verificado em relação às decisões que não comportam recursos.

Questão que merece destaque é se o cabimento de recurso próprio impede a interposição de reclamação em face da mesma decisão. Tal questão foi debatida pelo STF, quando do julgamento da Rcl nº 329. Destacou-se que “a recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso para o STF da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação” (BRASIL, 1990). Do mesmo modo, na Rcl nº 655, o Supremo Tribunal entendeu que, durante a pendência de julgamento de recurso, é também cabível a reclamação (BRASIL, 1997).

As reclamações podem ter por objeto tanto decisões em sede de processo objetivo quanto subjetivo. Com relação às decisões proferidas em sede de processo objetivo, as mesmas são dotadas de efeito vinculante, conferindo ao julgado uma forma obrigatória qualificada com a consequência processual de assegurar, caso haja resistência dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo próprio para impor o seu cumprimento, qual seja, a reclamação constitucional (ZAVASCKI, 2003, p.66).

Qualquer interessado ou o Procurador-Geral da República poderão propor a reclamação. Esse aspecto permite que as minorias políticas exercitem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988. Consequentemente, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias (COUTO; ARANTES, 2006, p.241).

A legitimidade ativa e passiva na reclamação colide na questão em se saber se a decisão violada ou a competência invadida visa ao exercício do controle de constitucionalidade ou não. Isso ocorre devido ao fato de a reclamação não ser o instrumento apto para fazer valer a jurisprudência do Tribunal, mas sim, para assegurar a autoridade de suas decisões (MARTINS; PAVAN, 2013, p.270).

Assim, visando à análise empírica da ocorrência de autocontenção no plano da revisão judicial difusa, como se comporta o Supremo Tribunal Federal em relação às matérias julgadas nas reclamações constitucionais?

## **A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

A partir da expansão do poder judicial, ocorrida no século XX, o Judiciário teve sua importância reconhecida quanto ao julgamento e interpretação da norma ápice do ordenamento. A inclusão dos tribunais no cenário político resultou em alterações na implementação de políticas públicas.

Segundo Carvalho (2004, p.115), esta foi, de forma simplificada, a equação que acomodou o sistema político (a democracia) e seus novos guardiões –a Constituição e os juízes. A nova arquitetura institucional favoreceu o desenvolvimento de um ambiente político que tornou possível a participação do Judiciário nos processos decisórios.

Somados a esse aspecto, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e a impossibilidade de o Estado solucionar a maior parte das demandas sociais, fez com que esse poder estatal passasse a atuar de modo proativo, visando suprir a carência de deliberação por parte dos demais poderes políticos, em especial, o Legislativo.

A crise de representação parlamentar e a percepção do Judiciário como um canal aberto para os perdedores no debate político-partidário, tornou possível a ocorrência da judicialização das questões políticas, fenômeno que se desenvolveu no âmbito das democracias constitucionalistas (MACIEL; KOERNER, 2013).

A inefetividade das instituições majoritárias favoreceu em grande parte a prática da judicialização das questões políticas. Como consequência da inércia dos poderes Legislativo e Executivo na realização de políticas públicas e na satisfação das demandas sociais, os grupos de interesses passaram a recorrer aos tribunais, que por sua vez, acabaram emitindo decisões para tais conflitos.

Aliado a isso, o sistema de controle de constitucionalidade misto tem no controle difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988.

A abertura das normas de direitos fundamentais também exigiu um novo papel do Poder Judiciário, semelhante ao que esse poder tem nos sistemas de tradição do common law, no qual é através do seu papel criador, de *judge-made-law*, que se densifica e concretiza as normas previstas no texto constitucional (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p.63).

“A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político” (CARVALHO, 2004, p.118). Assim, explica-se a utilização dos tribunais pelos grupos de interesse tem por fim a obtenção de vetos, a partir dos quais seja possível efetivar seus interesses.

É difícil estabelecer uma única causa que justifique a judicialização da política. Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.

O processo de judicialização desenvolve-se sob três etapas: primeiro, quando há o ajuizamento de processos perante os órgãos do Poder Judiciário; depois, no julgamento do pedido liminar e finalmente, quando as ações sofrem julgamento em seu mérito ao final do processo. Cabe destacar que os grupos de interesses são responsáveis por judicializar determinados temas, não os tribunais: esses respondem à judicialização promovida por aqueles.

O que se observa é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter seus direitos protegidos. Mesmo no contexto americano, Keith Whittington (1999, p.583) destaca que a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado.

A autocontenção judicial é um dos produtos da judicialização da política. A conduta dos magistrados baseada na autorestrição/autocontenção, ocorrerá quando o juiz utilizar suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso.

A doutrina da *judicial self-restraint* ou autocontenção judicial, apresenta-se fortemente nos Estados Unidos e tem como requisito básico a inconstitucionalidade evidente, onde, havendo dúvida acerca dos critérios a serem adotados em julgamento, prevalece a vontade do legislador.

A autocontenção é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial, já que foi proposta no emblemático caso *Marbury x Madison*, no qual o Justice Marshall, embora tenha afirmado a supremacia da Constituição e a atribuição da Suprema Corte em resguardá-la, entendeu que, no mérito, não seria cabível ao tribunal interferir em temas designados a outros poderes. “Sua decisão foi norteada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada” (LIMA; GOMES NETO, 2018, p.224).

No Brasil, em período anterior à Constituição de 1988, era constantemente observada a ocorrência da autocontenção judicial. Em contrapartida, com a nova Carta constitucional, esse

quadro sofreu modificações, tornando constante a presença do ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. [...] Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétreia (BARROSO, 2011, p.233).

Cabe destacar que no cenário nacional, até o presente momento, os estudos de natureza empírica têm se dedicado à judicialização no controle concentrado de constitucionalidade, existindo amplo material referente aos fenômenos. Entretanto, pouquíssimos são os trabalhos relacionados ao conteúdo da judicialização no campo das reclamações constitucionais, estas por sua vez, inseridas no controle difuso.

A autocontenção judicial ocorrerá quando o juiz utilizar suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso; também, quando agir com prudência e cautela na utilização de suas opiniões – e nesse caso, tem-se o denominado “juiz respeitoso”, agindo de modo ainda mais limitado do que na primeira situação; há ainda autocontenção quando atua de modo a limitar as práticas políticas sobre o exercício do poder judicial (POSNER, 1983 p.10).

O princípio da autolimitação judicial é outro dos princípios importados da jurisprudência norte-americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: *os juizes devem autolimitar-se à decisão de questões judiciais e negar a justiciabilidade das questões políticas*. O princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas ‘questões políticas’ da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional (CANOTILHO, 1993, p.1308) – grifos no original.

Muitas vezes, a *judicial self-restraint* é confundida com o formalismo. Este apresenta como caractere uma filosofia judicial tímida, pois nega o elemento criativo produzido pelo juiz no processo decisório.

O formalismo não configura método útil para a solução de casos difíceis na cultura jurídica contemporânea, mas uma forma de descrever falsamente o processo judicial, camuflando o exercício do poder. Isso ocorre na judicialização e no ativismo judicial, onde o magistrado “tenta ampliar o poder de sua Corte, em face das demais instituições do governo, podendo alguns deles resistir a essa invasão<sup>1</sup>” (POSNER, 1983, p.20) – tradução da autora.

A autocontenção não significa timidez quanto à proclamação das decisões, mas sim a presença do interesse em modificar o resultado de uma decisão ou a intenção do magistrado em não julgar, sendo por isso o formalismo elemento estranho à restrição judicial.

---

<sup>1</sup> The activist judge has need for such concealment. He is trying to enlarge the power of his court at the expense of other institutions of government, and some of them may resist the encroachment (POSNER, 1983, p.20).



## O MODELO EXPLICATIVO LEGALISTA E MÉTODO APLICADO NA PESQUISA

Na última década, houve um considerável aumento na quantidade de estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal. Em suas variadas abordagens, que vão desde trabalhos centrados na explicação do comportamento individual de cada Ministro, até análises sobre a relação do STF com os atores responsáveis por acionar o controle de constitucionalidade, tal conjunto de estudos tem contribuído para destacar o comportamento desse ator cada vez mais relevante no processo político decisório nacional.

Embora seja reconhecida a influência da participação do Supremo Tribunal Federal na política brasileira, o conhecimento sobre seu processo decisório ainda é significativamente limitado em vários aspectos. Um desses aspectos, objeto desta pesquisa, refere-se à variação nas chances de julgamento procedente da reclamação conforme o tema constitucional (variável legalista) alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial.

Os modelos explicativos do comportamento judicial possuem em comum a apresentação, individual ou conjunta, de elementos que se propõem a explicar os motivos pelos quais as decisões do Poder Judiciário são tomadas, a serem confirmados por meio de testes empíricos aplicados sobre dados pertinentes às decisões (GOMES NETO, 2018, p.5).

Um modelo consiste numa representação simplificada da realidade; não se trata da realidade em si. Modelos propositadamente ignoram certos aspectos da realidade e, em contrapartida, focam em selecionados, às vezes até relacionados, conjuntos de fatores cruciais. Esta simplificação fornece um instrumento útil a um entendimento do mundo real que estudos mais exaustivos e descritivos não alcançam (SEGAL; SPAETH, 2002, p.45).

A combinação de variáveis, premissas e equações – tidas como representações numéricas, ordinais ou categóricas de um fato ou de um fenômeno – constitui, em um modelo causal, o instrumento cujo objetivo é capturar a essência de um comportamento e explicar as particularidades do fenômeno ocorrido (NAGEL; NEEF, 1977).

“Modelos formais de pesquisa são desenvolvidos e aplicados para permitir a interpretação de dados empíricos sobre os fenômenos e a explicação destes fenômenos, mediante rígidas regras de inferência” (GOMES NETO, 2018, p.6).

O modelo legalista busca estabelecer, com alguma precisão, a partir do exame das decisões em relação aos precedentes judiciais que examinaram questões idênticas ou semelhantes, quais categorias jurídicas estariam sendo empregadas, como justificativa para o controle judicial. Em suma, se as categorias (variáveis) estritamente jurídicas importam na variação do resultado das decisões judiciais.

A concepção adotada pelo modelo legalista prevê que o ato de julgar é considerado uma atividade puramente neutra e técnica, ou seja, os juízes decidem casos baseados exclusivamente no que está escrito na lei (GOMES NETO, 2015, p.22).

Ainda de acordo com esse modelo, ao julgarem conflitos envolvendo direito público e questões politicamente relevantes, os juízes visam apenas ao bom direito, interpretando cuidadosamente as leis, sem haver preocupação quanto à aceitabilidade das novas políticas públicas ou modificações nas políticas já existentes por parte dos grupos destinatários (BAUM, 2009).

[...] este juiz procura interpretar a norma com precisão, sem preocupação com a conveniência das políticas que possam daí resultar. Diante de um caso sobre liberdade de expressão, o juiz legalista simplesmente iria procurar qual a melhor interpretação da Primeira Emenda (BAUM, 2009, p.8).

O modelo legalista não considera que fatores como ideologia ou filiação partidária, dentre outros, possam interferir no modo como as Cortes estabelecem suas decisões, e sim, que os juízes excluem espontaneamente quaisquer elementos pessoais ou políticos quando da elaboração de suas decisões (EPSTEIN; WALKER, 2007).

Propõe também relativa estabilidade nas decisões que abordam questões sobre a *judicial review* (controle judicial de legalidade ou inconstitucionalidade), não havendo mudança significativa na trajetória dos julgamentos, exceto diante de alterações na Constituição, na legislação ordinária ou nos precedentes, ocorridas anteriormente ao caso sob análise. (GOMES NETO, 2015; LIMA 2014).

Para o modelo legalista, os membros da Corte não podem seguir suas próprias preferências, os desejos do público ou outros fatores relevantes e não jurídicos, caso tenham por objetivo manter o respeito de seus colegas e demais membros da comunidade jurídica.

O uso do modelo legalista para a análise das matérias que influenciariam no exercício do controle difuso, via reclamações constitucionais, justifica-se pelo fato de os magistrados adotarem como fundamento de sua decisão fatores jurídicos, evidenciando que somente o Direito importa na formulação das decisões.

A variável legalista matéria possui natureza categórica, ou seja, estando presente em estudos sobre o Direito, sendo extraída e codificadas com base na legislação, jurisprudência e demais formas jurídicas. Neste trabalho, procura-se analisar se as matérias contidas nas reclamações é um fator que contribuiria para o aumento das suas chances de julgamento.

Com o total de 29.247 reclamações apresentadas ao STF até o dia 05/12/17, foi colhida uma amostra aleatória de 379 casos julgados no mérito, tendo como base um universo reduzido de 28.868 reclamações, posto que este estudo compreende as apenas reclamações propostas a partir da Constituição Federal de 1988.

A hipótese legalista concernente à matéria é de que as chances de julgamento procedente da reclamação variam conforme o tema constitucional alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial.

As matérias analisadas foram: Título I – Dos Princípios Fundamentais (art. 1º ao art. 4º), Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º ao art. 17), Título III - Da Organização do Estado (art. 18 ao art. 44), Título IV – Da Organização dos Poderes (art. 45 ao art. 135), Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (art. 136 ao art. 144), Título VI – Da Tributação e do Orçamento (art. 145 ao art. 169), Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170 ao art. 192), Título VIII – Da Ordem Social (art. 193 ao art. 232) e Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais (art. 233 ao art. 250).

Esta pesquisa utilizou regressões logísticas para testar a existência de uma relação causal entre as diversas variáveis explicativas legalistas e a variável dependente binária (julgamento), pois, tanto a variável dependente quanto as variáveis explicativas aqui empregadas, possuem natureza categórica. A variável dependente (julgamento) é dicotômica (0,1), onde 1 corresponde ao julgamento e 0 corresponde ao não julgamento da reclamação.

As variáveis foram submetidas à análise por regressão logística binária, também denominada logit: o emprego desse tipo de análise estatística tem por objetivo antever o resultado de uma variável dependente binária categórica, tendo-se por base uma ou mais variáveis de natureza explicativa (GOMES NETO, 2015, p.69).

Dessa forma, busca inferir as chances de a variável dependente/resposta assumir um determinado valor em razão da presença ou não de outras variáveis, quais sejam, as independentes/explicativas.

## ANÁLISE DOS OUTPUTS DA VARIÁVEL LEGALISTA

Conforme visto, as variáveis categorizadas como *matérias*, dizem respeito aos temas constitucionais, estabelecidos conforme os títulos da CF/88. São elas: Título I – Dos Princípios Fundamentais (art. 1º ao art. 4º), Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º ao art. 17), Título III - Da Organização do Estado (art. 18 ao art. 44), Título IV – Da Organização dos Poderes (art. 45 ao art. 135), Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (art. 136 ao art. 144), Título VI – Da Tributação e do Orçamento (art. 145 ao art. 169), Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170 ao art. 192), Título VIII – Da Ordem Social (art. 193 ao art. 232) e Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais (art. 233 ao art. 250).

A hipótese legalista concernente à matéria é que as chances de julgamento procedente da reclamação variam conforme o tema constitucional alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial. Analisando os resultados obtidos tem-se:

**Tabela 1 - Resultados da Logit sobre a associação entre Resultado e Matéria**

Matérias	$\beta$	S.E.	Sig.	Exp. ( $\beta$ )
Título II	-0,10	0,57	0,865	0,91
Título IV	0,99	0,53	0,620	2,70

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal

Apenas dois títulos constitucionais apresentaram associações: o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Título IV – Da Organização dos Poderes. O Título II apresenta sinal negativo, contribuindo, com isso, para a diminuição das chances de julgamento; no entanto, apresenta baixa significância.

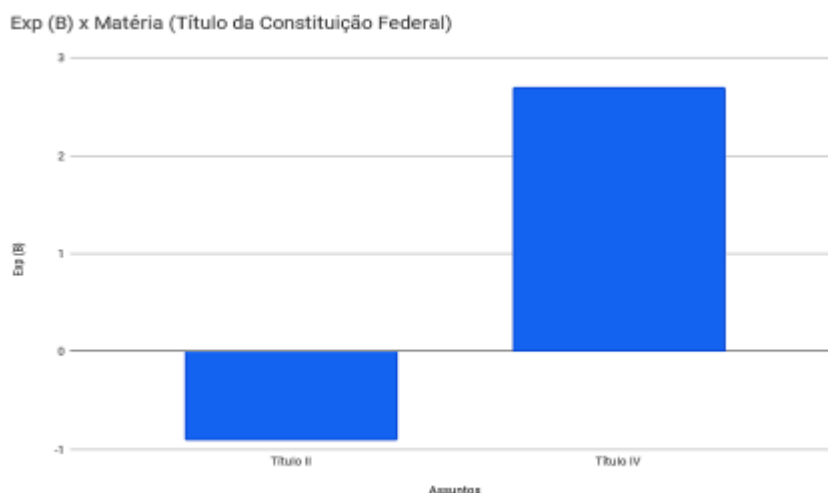
Já o Título IV encontra-se positivamente associado, também apesar da baixa significância estatística, em relação às chances de julgamento em 2,7 vezes. Através desta variável, é possível inferir que, estando presente as normas contidas naquela fração do texto constitucional como fundamento (matéria) de uma reclamação constitucional, altas são as chances de que haja o julgamento favorável em face do reclamante.

Desse modo, a hipótese relacionada à matéria – de que as chances de julgamento procedente da reclamação variam conforme o tema constitucional alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial – confirma-se parcialmente devido à presença dos títulos constitucionais II e IV nas reclamações propostas perante o Supremo (ver gráfico 1, a seguir).

É possível verificar a alta seletividade de temas pelo STF quando do processo decisório das reclamações, preferindo julgar temas englobados pelo Título IV – Da Organização dos Poderes em oposição àqueles ligados ao Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Ao contrário do esperado, temas ligados ao Título II contribuiriam para o não julgamento da reclamação, uma associação que permite a inferência deste não ser aparentemente o instituto mais adequado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

### Gráfico 1 - Resultados da Logit sobre a associação entre Resultado e Matéria



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal

O Título I, Título V e o Título IX não estiveram presentes na amostra das 379 reclamações sob análise, não estando associadas ao aumento ou à diminuição das chances de julgamento das reclamações constitucionais.

Por sua vez, o Título III, Título VI, Título VII e o VIII não apresentaram índices de associação ao aumento ou à redução das chances de julgamento favorável das reclamações. Surpreendentemente o Título VI, relacionado à tributação e ao orçamento, também se revelou uma variável não associada. Isto explica-se devido à circunstância de a reclamação constitucional ser um instrumento de controle difuso, utilizado para discutir questões que envolvam pequenos valores.

### CONCLUSÕES

Confirmou-se parcialmente a hipótese de que as chances de julgamento procedente da reclamação variam conforme o tema constitucional alegado nos fundamentos da respectiva petição inicial, devido à presença dos títulos constitucionais II e IV nas reclamações propostas perante o Supremo.

Assim, foi possível verificar a alta seletividade de temas pelo STF quando do processo decisório das reclamações, preferindo julgar temas englobados pelo Título IV – Da Organização dos Poderes em oposição àqueles ligados ao Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Desse modo, o Supremo pratica a autocontenção judicial ao negar julgamento às reclamações cujo conteúdo compreenda o título II da CF/88, beneficiando-se com a seletividade negativa praticada por meio de tais reclamações.

Ao contrário do esperado, temas ligados ao Título II contribuiriam para o não julgamento da reclamação, uma associação que permite a inferência desse instituto não ser aparentemente o mais adequado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

### REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p.059-085, Junho, 2012. Disponível

em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-243220120001\\_00003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-243220120001_00003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 17 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUM, L. **Judges and their audiences**: a perspective on judicial behavior. Princeton University Press, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 329**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/05/1990, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 29-06-1990. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710994/reclamacao-rcl-329-sp>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 655**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, DJ 09-10-2001, nº 183. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19157883/reclamacao-rcl-655-es-stf>. Acesso em: 27 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 3. ed. 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, nov., 2004. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf). Acesso em: 25 mai. 2018.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol.21, n.61, 2006. p.41-62. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092006000200003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092006000200003&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 22 mai. 2018.

EPSTEIN, L.; WALKER, T. G.. **Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints**. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 2007.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Pretores estratégicos: por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões?**: análise empírica dos pedidos de suspensão apresentados ao STF (1993-2012). 2015. 97 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/16709>. Acesso em: 27 jul. 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? Comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial [texto pendente de publicação], 2018.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A reclamação constitucional no novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**. Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais, v.1, n.1, jan./abr. 2018, p.221-247. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55990>. Acesso em: 11 jul. 2018.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, 2002. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=67311576006>. Acesso em: 06 abr. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. **Reclamação e ação declaratória de constitucionalidade**. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Orgs.). Reclamação constitucional. Salvador: Juspodium, 2013, p.41-70.

NAGEL, S.; NEEF, M. Models Of Judicial Decision-Making. In: JOHNSON, G. W. (Ed.) **American Political Science Research Guide**, vol.1. New York, IFI/Plenum Data Company, 1977.

PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 646, p.19-32, ago., 1989.

POSNER, Richard. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, article 1, 1983. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>. Acesso em: 24 mai. 2017.

SEGAL, Jeffrey A; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 99, n. 4, 1999. Disponível em: [https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose\\_Friendly\\_Hand\\_0.pdf](https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Interpose_Friendly_Hand_0.pdf). Acesso em: 17 jul. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

# A DOUTRINA DA QUESTÃO POLÍTICA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Larissa Pinheiro Quirino

Mestranda em Direito Constitucional (UFPE). Especialista em Direito Tributário (IBET) Advogada.

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal brasileiro sofreu algumas modificações institucionais após a redemocratização nacional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Analisando os artigos 102 e seguintes da Carta Magna Brasileira, podemos ver que este tribunal passou a ser responsável pelo julgamento de uma infinidade de demandas, o que acaba ocasionando duas consequências - sem o prejuízo de outras que possam ser apontadas em outros estudos -: a) grande volume de demandas, que levam à necessidade de se buscar técnicas de justiciabilidade para frear a chegada de determinadas demandas, ou evitar que o tribunal tenha que se debruçar sobre o mérito de todas as ações a ele apresentadas; b) o aumento do poder desta instância judicial que, por ter que decidir sobre "tudo", acaba imiscuindo-se em demandas eminentemente políticas; ou, acaba escolhendo - por razões não demonstradamente plausíveis ou jurídicas -, julgar ou não o mérito de uma demanda.

Uma das técnicas de justiciabilidade aplicada pela Suprema Corte Brasileira, é a adoção - nem sempre expressa - da doutrina da questão política em seus julgados.

A doutrina da questão política, ou *political question doctrine*, teve seu nascimento na doutrina constitucional Norte-Americana, tendo um dos seus primeiros aparecimentos no voto do *Chief Justice Marshall*, no caso *Marbury vs. Madison*, onde afirmou que a Corte Constitucional não poderia julgar o mérito de demandas que envolvessem questões políticas, estas consideradas como questões onde se houvesse mera expressão de discricionariedade política, as quais deveriam ficar ao encargo dos Poderes Executivo e Legislativo.

Considerando essas bases doutrinárias, este artigo trata, em sua primeira etapa, do nascimento e desenvolvimento da *political question doctrine* na realidade norte-americana, analisando conceitos e ponderações de autores como Alexander Bickel, Louis Henkin, Louis Michael Siedman e Mark Tushnet; além de fazer a análise da aplicação desta doutrina em julgados de destaque da Suprema Corte Norte-Americana.

Ainda nesse primeiro momento, demonstra-se a correlação existente entre a *political question doctrine* e as teorias da separação dos poderes, teorias estas que são utilizadas como justificativa para a aplicação daquela doutrina.

Num segundo momento, faz-se uma análise da estruturação institucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988, criticando alguns aspectos dessa estruturação e levantando a hipótese de que alguns desses aspectos estruturais seriam, de certo modo, responsáveis pelas distorções encontradas nas decisões do Supremo Tribunal em relação à aplicação da doutrina da questão política.

A fim de demonstrar a pesquisa documental realizada, num terceiro momento do artigo, foram apresentadas cinco decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que tratam sobre a questão política de forma explícita e implícita. A primeira decisão refere-se ao julgamento do mandado de segurança nº 1.423/1951, pois, não obstante pretender-se fazer um recorte temporal

de pesquisa pós redemocratização, tentou-se demonstrar como a Corte entendeu a aplicação da doutrina da questão política em momento histórico anterior, num julgado específico. Passada essa primeira análise, traz-se casos julgados em anos posteriormente à vigência da Constituição de 1988: a) um caso onde o tribunal fala expressamente em questão política (RE 599362 ED / RJ - 2016); b) três casos em que o Supremo Tribunal aplicou de forma oculta a doutrina da questão política, e que se diferenciam por, de acordo com o estudo realizado, no caso no mandado de segurança nº 34.193/DF o Supremo ter adotado postura consentânea com o posicionamento historicamente adotado antes (demonstrado nas duas decisões trabalhadas anteriores), e no mandado de segurança nº 34.441/DF e na ADO 26, o Supremo ter distanciado-se das premissas iniciais referentes à aplicação da doutrina da questão política na realidade jurídica brasileira.

## A DOCTRINA DA QUESTÃO POLÍTICA NO DIREITO NORTE AMERICANO

A doutrina da questão política, ou *political question doctrine* como é chamada pelos teóricos norte-americanos, foi desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos, tendo irradiado para o Brasil.

O emblemático caso *Marbury vs. Madison* não foi icônico apenas pela inserção no mundo jurídico da lógica do *judicial review*, desenvolvendo o controle de constitucionalidade; mas também apresentou as primeiras bases da doutrina da questão política, ou da primeira versão desta doutrina, como defendido por Louis Michael Seidman (SEIDMAN, 2004, PP. 441-480).

Neste momento, o *Chief Justice* Marshall delimitou, em sua decisão, as bases dessa primeira fase da doutrina da questão política: "*questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*" (SEIDMAN, 2004, p. 441). Assim, a Corte Constitucional dos Estados Unidos não poderia decidir quaisquer matérias meritórias que dissessem respeito a questões políticas, as quais deveriam ser submetidas e decididas pelo Executivo. Para ficar mais claro, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, o *Chief Justice* Marshall defendeu que os atos do Executivo que expressem mera vontade política, não podem ser analisados pelo Judiciário, diante da discricionariedade política em torno da matéria. No entanto, no caso concreto, considerou que o ato de entrega do diploma da investidura a Marbury era uma mera função a ser exercida pelo Chefe do Executivo, não havendo qualquer cunho político no ato em questão, de modo que sua entrega era devida.

Outra exemplo que pode nos ajudar a clarificar o que seria a questão política alegada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é o posicionamento desta Corte Constitucional sobre o *Partisan Gerrymandering*.

No caso *Davis vs. Bandemer* (1986), discutia-se a constitucionalidade da prática do *partisan Gerrymandering*, momento em que a *Justice O'Connor* proferiu voto no sentido de que a Suprema Corte não poderia discutir o mérito do *Gerrymandering*, por se tratar de questão eminentemente política, não podendo o Judiciário adentrar nesta seara, a qual deveria ser resolvida pelos outros poderes. De acordo com a *Justice O'Connor*: "*no group right to an equal share of political power was ever intended by the Framers of the Fourteenth Amendment*" (SEIDMAN, 2004, p. 447).

Mais de trinta anos depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos mantém a mesma posição sobre o tema, como podemos ver no caso *Rucho vs. Common Cause* (2019), onde foi decidido que, por mais que a prática do *partisan Gerrymandering* pudesse mostrar-se incompatível com os



princípios democráticos, o Poder Judiciário não poderia adentrar no mérito da causa por estarem presentes *nonjusticiable political questions*, o que afasta a competência do Judiciário<sup>1</sup>.

Uma explicação do conceito da doutrina da questão política é dada por Louis Henkin, quando afirma que "*there might be constitutional provisions which can properly be interpreted as wholly or in part 'self-monitoring' and not the subject of judicial review*" (HENKIN, 1976).

Para Mark Tushnet, esta é uma perfeita explanação do que se poderia entender como conceito da doutrina da questão política. Completando a conceituação, Tushnet apresenta, em seu artigo "*Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*", as bases dessa doutrina, apontadas pelo Justice Brennan, no caso *Backer vs. Carr*, onde foram apresentados seis fatores para ajudar a determinar quais perguntas eram de natureza "política" (TUSHNET, 2002, p. 1206):

- a) Compromisso constitucional textualmente demonstrável da questão a um departamento político coordenado;
- b) a falta de padrões que possam ser descobertos e administráveis judicialmente para resolvê-lo;
- c) a impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de um tipo claramente por discricção não-judicial;
- d) a impossibilidade de um tribunal empreender uma resolução independente sem expressar a falta do respeito devido aos ramos coordenados do governo;
- e) uma necessidade incomum de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada;
- f) a potencialidade do constrangimento de vários pronunciamentos de vários departamentos em uma questão.

Na prática, a utilização desta doutrina nada mais significa do que a abstenção do Poder Judiciário em julgar o mérito de uma demanda que a ele foi apresentada. Seria uma técnica de justiciabilidade, que justificaria o *non liquet*. Como afirma Mark Tushnet, a *political question doctrine*, assim como outras doutrinas de justiciabilidade, mostra-se como técnica que a Corte se vale para justificar sua abstenção de decidir sobre o mérito de uma causa, quando a decisão sobre aquele mérito poderia se mostrar imprudente (TUSHNET, 2002, p. 1204).

O mais interessante, como bem afirma Louis Michael Seidman, é que na maioria das vezes as Supremas Cortes decidem causas valendo-se das bases teóricas dessa doutrina, e sequer indicam que a estão utilizando, restando totalmente oculta nas fundamentações judiciais, o que a torna "*ubiquitous and hidden*": *ubiquitous* porque seria onipresente no sentido em que, uma Corte Constitucional não poderia decidir uma causa que verse sobre direito materialmente constitucional sem fazer esse sopesamento político-jurídico, de modo que, toda decisão da Suprema Corte valer-se-ia dessa doutrina (seja para eximir-se de adentrar no *meritum causae*, seja para julgá-lo); e *hidden* por estar oculta na fundamentação da decisão judicial.

No entanto, outras visões foram desenvolvidos acerca desta teoria.

A primeira fase tratada acima, foi chamada por Louis Seidman de "*faux' political question doctrine*" (SEIDMAN, 2004, p. 445).

Posteriormente, Seidman defende que existiria uma "teoria da autoridade interpretativa", considerando, nessa segunda visão da *political question doctrine*, que o tribunal estaria autorizado a adentrar na discussão do mérito constitucional em alguns casos, analisando algumas questões políticas. Assim, a autoridade interpretativa final poderia dizer qual o sentido de algumas

---

<sup>1</sup> Sobre o caso *Rucho vs. Common Cause*: In: <https://www.commoncause.org/redistricting-litigation/common-cause-v-rucho/>. Acesso em: 26 set. 2019.

disposições constitucionais, desde que seu julgamento seja "racional" (BICKEL, 1962, p. 11-198). A crítica feita acerca dessa versão da teoria é que, de acordo com o posicionamento do tribunal, ficar-se-ia entre a primeira fase da *faux political question doctrine* (um conjunto vazio, em que não se admitiria a "intromissão" do Judiciário), e a terceira fase, que será apresentada agora.

Por fim, a terceira fase desta doutrina, apontada por Seidman, é a *secret political question doctrine*. Nesta última versão, Seidman afirma que, diante do fato de nenhum princípio normativo poder estabelecer sua própria legitimidade, considerando que, mesmo que a resposta a uma questão constitucional seja clara, os tribunais devem sempre decidir se devem ou não cumprir essa solução juridicamente prevista, temos uma versão doutrinária que demonstra a inevitabilidade das Cortes Constitucionais adentrarem em questões políticas para proferirem um julgamento; isto porque, mesmo que a solução jurídica esteja clara na Constituição, o magistrado deve analisar questões políticas (impacto econômico, social...), e decidir, no caso concreto, se deve, ou não, aplicar aquela solução constitucional. Essa construção teórica encontra guarida também nas lições de Alexander Bickel, para quem o direito constitucional não pode ser autovalidado, defendendo que os juízes devem, inevitavelmente, fazer julgamentos sobre a aplicação da lei constitucional (BICKEL, 1962, p. 11-198). O que acaba por propiciar a inserção de questões políticas nas decisões judiciais, haja vista que os magistrados não poderiam fechar os olhos para as consequências das suas decisões.

Entendido um pouco da conceituação e da forma como se manifesta na prática a doutrina da questão política, resta-nos refletir como a aplicação dessa doutrina interfere na teoria da separação dos poderes.

### **A doutrina da questão política e as teorias de separação dos poderes**

Quando começamos a desenvolver estudos sobre a doutrina da questão política, surge inevitavelmente um sentimento, tal como o expressado pelo *Justice* Frankfurter no caso *Backer vc Carr*, que, tendo proferido voto dissidente acerca da questão meritória de redistribuição distrital, apontou para uma possível violação à separação dos poderes, no momento em que o Poder Judiciário imiscui-se em temas eminentemente políticos.

A grande dúvida que surge, então é, haveria uma real violação à teoria da tripartição dos poderes? Para respondermos a esta pergunta, e desenvolver a pesquisa proposta nesse trabalho, temos que entender como a teoria da separação dos poderes evoluiu até os dias atuais.

### **Teorias clássicas: Montesquieu e os federalistas**

Quando falamos em teoria da separação dos poderes, acredito que um dos primeiros nomes que vem à mente é o de Montesquieu.

Não obstante não ser o único (e talvez, nem o mais importante) idealizador dessa teoria, Montesquieu é considerado ainda como um dos grandes nomes ligados a essa construção de modelo de estrutura política.

Em sua obra " O Espírito das Leis", o referido filósofo baseia sua construção no conceito de LIBERDADE. Para ele, o foco seria alcançar a liberdade social, um estado de harmonia social, que só poderia ser atingido com a separação do poder em três instâncias: Legislativo; Executivo e Judiciário. Isto porque, a união de mais de um desses poderes nas mãos de uma só pessoa ou instituição, levaria à existência de leis tirânicas, ou a um sistema de opressão. Na concepção de Montesquieu, o Judiciário (que deveria ser composto por representantes do povo), deveria ser um mero "boca da lei", sem realizar qualquer tipo de interpretação da legislação; indicando o

Legislativo como o poder moderador dos demais, o qual seria constituído por nobres (MONTESQUIEU, 1993).

Posteriormente, ainda no ideal clássico de separação dos poderes, temos a doutrina desenvolvida pela obra "O Federalista", desenvolvida nos Estados Unidos a partir das discussões para elaboração da Constituição Norte-Americana.

Diferentemente de Montesquieu, a obra estadunidense acreditava que a separação dos poderes seria o meio adequado para se evitar um estado de TIRANIA. Para Hamilton, a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania (HAMILTON et al., 2011, p. 298).

Mesmo defendendo a separação dos poderes, os autores dessa obra reconhecem a dificuldade e impossibilidade de existir uma divisão absoluta entre os poderes estatais; divisão esta que seria até indesejável, porquanto um poder deve fiscalizar o outro (*cheks and balances*). Daí vemos já surgir uma preocupação de como se chegar a um equilíbrio entre os poderes, a fim de que não exista a usurpação de um poder pelo outro. Inicialmente, foi pensado que, para evitar tal usurpação, bastaria que a Constituição Norte-Americana previsse delimitadamente as funções de cada poder, para garantir essa equidistância; no entanto, posteriormente, verificaram que seria impossível evitar a usurpação apenas com a previsão normativa na Constituição, de modo a afirmarem que: "o verdadeiro meio de embaraçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações" (HAMILTON et al., 2011, p. 318).

Em outras palavras, os autores apontados concluíram que além da existência normativa das funções de cada poder na Constituição, dever-se-ia garantir meios e interesse para que os que exercem determinada função, não quisesse se imiscuir em outro poder, como bons salários, boas condições de trabalho.

### **Nova teoria da separação dos poderes: Bruce Ackerman**

Fugindo um pouco da bitolação doutrinária ligada à ideia clássica de separação dos poderes, encontramos uma nova proposta nas lições desenvolvidas por Bruce Ackerman.

De acordo com referido constitucionalista norte-americano, a separação dos poderes deve existir para atender a três ideais de legitimidade: a) a democracia - a separação dos poderes viria impedir o projeto populista de autogoverno -; b) a competência funcional - as leis democráticas devem sair do plano simbólico através de sua implementação pelos tribunais ou pelas burocracias, que devem fazê-lo de uma modo relativamente imparcial -; c) proteção e ampliação dos direitos fundamentais - sem a observância dos direitos fundamentais, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania (ACKERMAN, 2013. p. 7).

Fixadas estas bases, Ackerman propõe uma nova estrutura de separação de poderes, apresentando um modelo de "parlamentarismo limitado" como um modelo mais consentâneo com as necessidades contemporâneas das Nações; não podendo admitir-se que continuemos tratando problemas estruturais atuais, com teorias do início da Idade Moderna, que não atendem aos atuais desafios dos Estados.

De um modo bem sucinto, Ackerman propõe a construção constitucional explícita de duas instâncias distintas de poder, para assegurar que o governo burocrático resgate as suas pretensões fundamentais à integridade e excelência no regulamento do interesse público; bem

como defende a necessidade de que a Corte Constitucional - atuante na tutela dos direitos fundamentais - seja suplementada por instituições não-judiciais separadas (ACKERMAN, 2013. p. 9).

Diante do que foi desenvolvido até agora sobre a doutrina da questão política e as teorias da separação dos poderes, vemos que existe uma linha muito tênue entre uma necessária intervenção de um poder em relação ao outro (*check and balances*), para fins de garantir o respeito a ideais constitucionais; e um intromissão ilimitada, que pode vir a ocasionar distorções estruturais e trazer consequências negativas num esperado Estado Democrático de Direito.

Para termos uma melhor compreensão do que se está sendo tratado neste estudo, e para podermos ter uma melhor construção teórica sobre o tema na realidade brasileira, faz-se necessário analisarmos como o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões utilizando (expressamente ou não) a doutrina da questão política.

## **A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL: O MODELO INSTITUCIONAL DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO**

Para podermos desenvolver o estudo, foi realizado um recorte temporal desde a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais.

Com o início da vigência da Constituição Federal de 1988, verificamos no Brasil uma certa modificação estrutural (ao menos em tese) dos poderes estatais; o que não poderia deixar de acontecer, haja vista que o país saía de um estado de exceção imposto por uma ditadura militar de direita, e passava para um modelo de Estado Democrático de Direito.

Foi adotado o ideal de separação de poderes clássico, no sentido de se desenhar constitucionalmente três estruturas de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário; devendo cada um ter suas funções típicas (aqueles ligadas estritamente com seu objetivo institucional); funções atípicas e funções necessárias para se manter o equilíbrio da estrutura estatal, através da promoção da fiscalização mútua entre os poderes.

Ao analisarmos a Constituição Cidadã, o que podemos concluir é que, de fato, o Poder Judiciário ganhou um papel de destaque na nova conjuntura política do Estado Brasileiro pós redemocratização. Isto pode ser constatado já no art. 5º da citada Constituição Federal, que prevê, em seu inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade do Judiciário ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Daí já vemos que a Constituição Brasileira determina que o Poder Judiciário tem o poder-dever de decidir toda e qualquer demanda que lhe for apresentada.

Mais na frente no texto constitucional, vemos, em seu art. 101 e seguintes (bem como em outros artigos dispersos na referida Carta Magna), que foi conferido ao crivo da análise do Supremo Tribunal Federal uma série de demandas das mais diversas matérias, o que acarreta as seguintes consequências: a) a Corte Superior Brasileira tem um leque enorme de atuação, decidindo sobre diversas matérias jurídicas; b) referida corte não tem como ser caracterizada como uma corte constitucional, pois está fadada a solucionar os mais diversos temas jurídicos, não sendo uma Corte que decide exclusivamente temas constitucionais de relevância nacional.

Outros fatores estruturais também concorrem para as distorções encontradas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como a maneira institucional em que são proferidos os votos dos ministros, e como a "popstarização" dos ministros, que, através da transmissão dos julgamentos pela TV Justiça e da atuação midiática destes magistrados, os tornaram propensos a desenvolver

uma ministocracia e a tomar decisões eminentemente políticas, trazendo consequências maléficas para o desejado Estado Democrático de Direito, e para o equilíbrio da separação dos poderes.

Para demonstrar as hipóteses levantadas acima, iremos analisar três decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem a doutrina da questão política, umas de forma expressa, e outras de forma implícita. Será analisada uma decisão antes da promulgação da Constituição de 1988, a título de comparação; uma decisão após 1988, que fala expressamente da doutrina da questão política; e duas decisões pós 1988, que, não obstante traga as bases da referida doutrina, não a menciona expressamente; sendo uma que não decide o mérito da causa, alegando tratar-se de questão eminentemente política; e outra que o tribunal, legisla positivamente.

## **A DOCTRINA DA QUESTÃO POLÍTICA NO BRASIL**

Nesta terceira parte do artigo, propomos tratar da aplicação da doutrina da questão política no Brasil, através da análise de cinco casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem a análise de questões políticas.

A escolha das decisões apresentadas neste trabalho foi realizada dentro do recorte temporal proposto, ou seja, entre o período da redemocratização brasileira até os dias atuais. Para escolher referidas decisões utilizou-se a metodologia de pesquisa de decisões através do campo de busca do site do Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento utilizando como palavras-chave as expressões "doutrina da questão política" e "*political question doctrine*". Inicialmente poucas foram as decisões encontradas, tendo sido apenas duas decisões que utilizavam expressamente essas palavras; uma antes da Constituição de 1988 e um após a redemocratização.

Diante dessa constatação, iniciei uma busca por temas políticos já decididos pela Suprema Corte brasileira, e constatei que Seidman já havia advertido: de fato as Supremas Cortes valem-se da doutrina da questão política sem mencionar que o estão fazendo, mas incluindo em suas decisões as bases fixadas pela doutrina para julgar, ou não, o mérito de uma determinada demanda constitucional (SEIDMAN, 2004, p. 444). Este fato dificulta sobremaneira a pesquisa, mas conseguimos detectar algumas decisões para trabalharmos nesse estudo.

## **CASOS SELECIONADOS PARA O ESTUDO DA DOCTRINA DA QUESTÃO POLÍTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **Mandado de Segurança Nº 1.423 de 1951**

Somente a título de comparação, iniciaremos com a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1.423, julgado em 22 de fevereiro de 1951.

No *mandamus*, impetrado pelo advogado Carlos Castilho Cabral, contestava-se ato da Mesa da Câmara que, atendendo a requerimento de mais de um terço dos membros da respectiva Mesa, convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para funcionar até o dia 09 de março de 1951, alegando a infringência do art. 2º, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a violação ao direito líquido e certo do Impetrante e dos demais deputados eleitos, não sendo permitido constitucionalmente que uma Câmara de um Congresso, poderia convocar validamente os membros da Câmara na legislatura seguinte.

O Presidente da Câmara dos Deputados, em suas informações, alegou ilegitimidade do Poder Judiciário de decidir o mérito da causa, por se tratar de questão política, não havendo competência da Suprema Corte de adentrar no *meritum causae*.

No voto do ministro Luiz Gallotti, ele afasta a aplicação da doutrina da questão política ao caso, valendo-se de lição de Castro Nunes:

"As medida políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha dos meios, etc. (...)

Mas dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discricção legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder. (...)

Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar, nem apreciar, na fundamentação de suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, acrescento, nessa esfera restrita, o poder jurisdicional dos tribunais não comporta restrição de espécie alguma, fundada na natureza da medida, seja esta política ou discricionária".(NUNES, 1948, p. 205)

Continua ainda no seu voto: "o antigo critério jurisprudencial norte-americano - (merely, purely, exclusively political questions) já não é repetido por muitos"<sup>2</sup>. Defende ainda posicionamento de Ruy Barbosa que, em seu livro O Direito do Amazonas, defendeu que o princípio da extensão jurisdicional não se subordinaria a uma limitação empírica, mas estaria condicionada tão somente à existência (ou não) de um direito ajuizável. Com isso, afirma que uma questão pode ser distintamente política, altamente política, e até puramente política, fora dos domínios da Justiça; mas, em revestindo a forma de um pleito, adentraria na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.<sup>3</sup>

E finalizando a análise das considerações de Gallotti sobre esse tema, ainda podemos destacar a seguinte passagem: "Se assim pensava Ruy Barbosa na vigência da Constituição de 1891, que não pensaria em face da Carta atual, que declara peremptoriamente não poder a lei excluir da apreciação o Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (...), e não manteve o preceito contido no art. 94 da Carta anterior, segundo o qual era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".<sup>4</sup>

Todos os demais ministros acompanharam o voto do Relator Gallotti em sem adentrar na discussão de mérito (que não nos interessa no presente trabalho), verificamos que, na decisão acima referendada, o Supremo Tribunal Federal apresentou uma postura de total rechaço em relação à doutrina da questão política, tal como desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos, de modo que a Corte Suprema brasileira entendia que deveria sempre decidir o mérito dos casos que lhe eram apresentados, mesmo que tratassem de questão política, sempre que ficasse demonstrado que aquele ato político feria a Constituição e lesava direitos nela garantidos.

<sup>2</sup> Decisão em referência: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA 1.423. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgamento: 22 fev. 1951. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>3</sup> In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA 1.423. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgamento: 22 fev. 1951. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA 1.423. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgamento: 22 fev. 1951. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019. p. 60

## RE 599362 ED / RJ - 2016

Passamos agora a analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 599.362/2016, logo, após a redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988.

O caso em questão discutia a possibilidade de incidência de tributação sobre atos cooperativos. Já na ementa encontramos a seguinte frase: "O tratamento tributário adequado ao ato cooperativo é uma questão política, devendo ser resolvido na esfera adequada e competente, ou seja, no Congresso Nacional".<sup>5</sup>

No voto do ministro relator, Dias Toffoli, tratar-se-ia de uma questão política:

De igual modo, o Ministro **Luiz Fux**, asseverou que, “[a]o que parece, o tratamento adequado eleito pelo Fisco não é o tratamento pretendido pelas cooperativas. **Se há algum ajuste a ser promovido, evidentemente, o Supremo Tribunal Federal não é o locus adequado para tanto.** Neste particular, destaco que a Corte possui precedentes assentando que a definição do adequado tratamento tributário previsto no art. 146, III, c, da CF/88 insere-se no âmbito de atuação do legislador (MIs 701, 702, 703, todos julgados sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio)”.  
(...)

Reiterou o Tribunal que o adequado tratamento tributário do ato cooperativo está na órbita da opção política do legislador e que eventual insuficiência de normas não pode ser considerada como violadora do princípio da isonomia.<sup>6</sup>

Analisando o voto do ministro relator no presente caso, considerando ainda que foi acompanhado por unanimidade, verifica-se ainda que há uma conexão com os argumentos levantados naquele julgamento de 1951. Isto porque, não obstante os ministros terem afirmado que a implantação de uma tributação diferenciada para os atos cooperativos caracteriza-se como uma questão política, de modo que o Judiciário não poderia decidir de modo a criar um tratamento tributário específico para a cooperativa embargante; o Supremo Tribunal Federal nada mais estava fazendo do que afirmar que, no caso concreto apresentado, a solução só se daria com a edição de uma lei complementar de natureza tributária, a qual só poderia ser criada pelo Poder Legislativo. Note-se que, constou expressamente no voto do relator que não havia no caso ofensa a qualquer direito constitucionalmente previsto, porquanto não se vislumbrou no caso concreto, ofensa ao princípio da isonomia. O que o embargante queria era ver-se desonerado de exações tributárias, quando a Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 146, III, "c", que se aplicará tratamento tributário diferenciado para os atos cooperativos, mas em nenhum momento previu imunidade tributária.

Note-se que, não obstante no caso de RE 599362 ED/RJ a Corte Suprema ter afirmado ser caso de questão política, e ter admitido que a questão deveria ser resolvida no âmbito do Poder Legislativo, referido tribunal (ainda no voto do ministro relator) expressou que, se tivesse ocorrido violação a isonomia, a Corte teria atuado:

O Ministro **Gilmar Mendes**, ao observar que o conceito de ato cooperativo é relativamente indeterminado, ressaltou que “se o legislador cometer um discrimen arbitrário entre cooperativas que estão numa mesma situação”, nesse caso, “a disciplina

<sup>5</sup> In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGSO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 599.362/RJ. DJe: 07 nov. 2016. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>6</sup> In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGSO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 599.362/RJ. DJe: 07 nov. 2016. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019. p. 11

poderia resultar numa inconstitucionalidade, uma lesão ao princípio da isonomia e justificar, até mesmo, um debate sobre isso”.

Nesse ponto, importa notar que a Corte não vislumbrou ofensa ao princípio da isonomia pela sistemática de créditos conferida pelo art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que se refere à embargante, cooperativa de trabalho. Reiterou o Tribunal que o adequado tratamento tributário do ato cooperativo está na órbita da opção política (...) <sup>7</sup>

Podemos perceber que, nas duas primeiras decisões analisadas, a postura do Supremo foi a de considerar a possibilidade do tribunal adentrar na questão de mérito de uma causa, sempre que se constate a violação de um direito constitucionalmente previsto. O que mostra que, ao menos com relação à análise dos casos paradigmas estudados, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, diferencie-se da tendência da Corte Constitucional Norte-Americana, estudada no início deste trabalho.

### **Mandados de Segurança Nº 34.193/DF e Nº 34.441/DF**

Ambos mandados de segurança foram impetrados pela ex-presidente Dilma Rousseff, contestando o procedimento e as fundamentações adotadas no processo de impeachment instaurado contra si.

Nos autos do mandado de segurança nº 34.193/DF, a Presidenta da República requereu a anulação do procedimento adotado pela Câmara dos Deputados para o andamento do pedido de impeachment da Impetrante, fundamentando tal pedido na parcialidade e pelo desvio de poder contínuo e permanente que viciou todos os atos decisórios subsequentes ao recebimento parcial da denúncia <sup>8</sup>.

Em sua decisão, o ministro Zavascki entendeu não haver plausibilidade jurídica do pedido da Presidenta da República, porque: a) a ação de mandado de segurança exige que a ilicitude e ilegitimidade do ato apontado como coator seja provada incontestavelmente por provas pré-constituídas, já anexadas com a petição inicial, o que não se vislumbrava no caso, porquanto, tratando-se de alegações de cunho altamente político (parcialidade, imoralidade e abuso de poder por parte do Presidente da Câmara, por alegados acordos daquele Parlamentar com outros Deputados para tentar livrar-se das acusações que pesavam sobre si); b) a matéria meritória tratava sobre a possibilidade, no caso concreto relatado, de ser instaurado o processo de impeachment contra a atual Presidenta da República, matéria esta que foge da competência do Supremo Tribunal Federal, devendo ser decidida pelo Poder Legislativo, nos moldes do art. 86 da Constituição Federal de 1988 <sup>9</sup>.

O ministro Alexandre de Moraes, ao proferir o julgamento final de mérito do *mandamus*, valeu-se da doutrina da questão política para justificar o não julgamento do mérito:

---

<sup>7</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGSO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 599.362/RJ. DJe: 07 nov. 2016. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseAcordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>8</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.193/DF. DJe: 11 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34193%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4vl6bvt>. Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>9</sup> Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 26 set. 2019.



A fase do procedimento na Câmara dos Deputados, objeto de impugnação, possui inegável natureza política discricionária, conforme já tive oportunidade de afirmar, pois a Câmara decide sobre a conveniência político-social de aceitar a acusação ou garantir a permanência do Presidente da República na condução dos negócios do Estado, e não, propriamente, se houve cometimento de crime de responsabilidade. O critério, portanto, é absolutamente político, não sendo possível a análise do mérito pelo Poder Judiciário (Direito constitucional. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. capítulo 10, item 3.2.1)

Obviamente, em um sistema republicano não existe poder absoluto,

ilimitado, pois seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – com a exigência de observância às normas constitucionais.

Assim, haverá possibilidade de revisão judicial, porém o SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL somente poderá verificar a constitucionalidade do procedimento do impeachment, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade da Câmara dos Deputados, em analisar a acusação, sua viabilidade e, politicamente, autorizar ou não a submissão do Presidente da República ao processo e julgamento perante o Senado Federal.<sup>10</sup>

Posteriormente a esta fase do impeachment, a ex-Presidenta Dilma Rousseff impetrou novo mandado de segurança (MS nº 34.441/DF), onde se contestou a decisão do Senado Federal que procedeu à condenação da Impetrante por crimes de responsabilidade consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional. Neste momento, o ministro Teori Zavascki proferiu decisão, nos seguintes termos:

Sustenta-se, com apoio nas premissas já declinadas sobre a natureza pretensamente administrativa do processo e da aplicabilidade, a ele, dos pressupostos jurídicos mencionados, que as controvérsias surgidas a seu respeito são plenamente sindicáveis pela jurisdição, não conformando questão interna corporis. A atuação do Supremo Tribunal Federal, em especial para garantir a não ultrapassagem dos limites da moldura constitucional do impeachment, seria essencial para evitar que o instituto sucumbisse ao puro exercício do poder, assegurando o Estado Democrático de Direito em momentos de crise política. Esse controle, todavia, jamais deveria atingir o mérito do processo de impeachment, cujo campo valorativo seria exclusivo do Parlamento, mas autorizaria o Judiciário a revisar (a) eventual inobservância do devido processo legal, (b) a falta de comprovação de fatos idôneos para a condenação e (c) o desvio de poder no desenvolvimento do processo.<sup>11</sup>

No julgamento da liminar do MS nº 34.441/DF, o ministro Teori Zavascki remeteu-se aos fundamentos utilizados na decisão liminar do MS nº 34.193/DF, alegando que tratar-se-ia de questão de natureza política, não submetida à competência do Poder Judiciário, mas cingida à autoridade do Senado Federal, instância apta para realizar o julgamento de mérito acerca da existência (ou não) do cometimento de crime de responsabilidade pela ex-presidenta Dilma Rousseff.

Em nosso entendimento, após toda a análise teórica e jurídica realizada até o presente momento, verificamos que, nos autos do MS 34.193/DF, a posição do Supremo Tribunal Federal

<sup>10</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.193/DF. DJe: 11 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34193%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4vl6bvt>. Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>11</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.441/DF. DJe: 07 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34441%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6n5p6dn>. Acesso em: 26 set. 2019.

foi coerente com o histórico entendimento da Corte Suprema sobre a aplicação da doutrina da questão política, no sentido em que, em uma primeira análise, a Tribunal não poderia interferir na decisão da Câmara dos Deputados de autorizar o início de um processo de investigação e julgamento sobre a ocorrência de cometimento de crime de responsabilidade pelo Presidente da República, até porque, esta apuração é de interesse de toda a população brasileira, não podendo o Judiciário fazer as vezes da Câmara Federal e inibir a averiguação deste fato. Note que, no voto do ministro Zavascki, naquela oportunidade, foi demonstrado que, havendo qualquer ofensa às normas constitucionais no procedimento adotado pela Câmara, o tribunal tinha o poder-dever de atuar.

Diferentemente é a postura que vemos no julgamento do MS 34.441/DF. Porque neste momento, não obstante reconhecermos que a Constituição Federal de 1988 previu a competência do Senado Federal para o julgamento do mérito do processo de impeachment (art. CF), o Supremo Tribunal Federal "recusou-se" a julgar o mérito da demanda judicial, alegando que caberia ao Senado a decisão sobre o cometimento ou não de crime de responsabilidade pela ex-presidenta Dilma, não podendo o Tribunal verificar se a decisão do Senado estava consentânea com o que de fato é crime de responsabilidade, pois seria uma análise política, que caberia àquela Casa Legislativa:

Dessa forma, somente ao Senado Federal – enquanto juiz natural – compete analisar o mérito da acusação feita contra o Presidente da República, e decidir em única e última instância por sua condenação ou absolvição, sem qualquer previsão constitucional de recurso ou mesmo revisão.<sup>12</sup>

Vemos, portanto, que neste segundo julgamento, o Supremo Tribunal Federal esqueceu das fundamentações jurídicas que historicamente embasaram a aplicação da doutrina da questão política na realidade brasileira, esquecendo que a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV), e que, de acordo com as lições de Ruy Barbosa, a Corte Suprema tinha o poder-dever, não de adentrar em questões meramente políticas, legislando ou editando atos administrativos, mas de analisar os atos que se lhe apresentavam através de demandas judiciais, e verificando se estavam de acordo com os ditames constitucionalmente previstos. E parece-me que a verificação se a conduta praticada pela ex-presidenta da República, apontada pelos Parlamentares, subsumia-se à tipificação dos crimes de responsabilidades apontados, cinge-se a uma verificação eminentemente jurídica (e não uma decisão política), passível de ser analisada pelo Judiciário.

A controvérsia sobre se o teor do ato praticado pela ex-presidenta Dilma Rousseff seria crime de responsabilidade ou não (mérito do ação mandamental proposta) apenas se confirmou quando, o Deputado Rodrigo Maia, no exercício temporário da Presidência da República, um dia depois da conclusão do processo de impeachment, sancionou a Lei nº 13.332/2016, possibilitando ao Presidente da República a praticar exatamente o mesmo ato imputado à ex-presidenta Dilma como crime de responsabilidade (GALINDO, 2018, p. 385-418).

## **ADO 26**

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 discute-se a inconstitucionalidade da omissão legislativa em aumentar a proteção de parcela da população brasileira, que se enquadra como LGBT, através da criminalização de atos de homofobia.

---

<sup>12</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.441/DF. DJe: 07 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34441%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tin.yurl.com/y6n5p6dn>. Acesso em: 26 set. 2019.

Nesta oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional nos seguintes termos:

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.<sup>13</sup>

Neste caso, verificamos que o Supremo Tribunal não só reconheceu o estado de omissão inconstitucional que prejudicava sobremaneira a população LGBT, mas efetivamente criou um novo tipo penal, em discordância com os princípios constitucionais que norteiam o direito penal brasileiro. Não se está aqui criticando a criminalização da homofobia, que para nós é algo que já deveria ter sido feito pelo Poder Legislativo; a crítica do estudo está no fato da divergência de posicionamento do tribunal: num momento afirma que não pode adentrar no mérito de uma questão política, pois caberia ao Poder Legislativo decidir o que é (ou não) crime de responsabilidade no caso concreto; e no outro, flagrantemente fere o princípio da separação dos poderes (tão enaltecido no voto do ministro Alexandre de Moraes<sup>14</sup>), e claramente legisla positivamente, criando um tipo penal por equiparação.

A escolha dessa última decisão foi pensada justamente para ajudar o leitor a verificar nossa crítica de que, hoje, o Supremo Tribunal Federal não sabe qual a doutrina que adota em seus julgados, fazendo-se necessário o desenvolvimento de uma doutrina da questão política que se adeque à realidade jurídico-política brasileira, a fim de evitar que nossa Corte Suprema decida com base em balizas pré estabelecidas e previamente conhecidas, para que os jurisdicionados não fiquem à mercê da vontade íntima e particular dos ministros contemporâneos à decisão judicial, e ainda livrando os parlamentares do ônus políticos das decisões que eles é quem devem tomar (uma vez que os ministros não são eleitos).

<sup>13</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/ DF. DJe: 01 jul. 2019. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

<sup>14</sup> Decisão em: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.193/DF. DJe: 11 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34193%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tin.yurl.com/y4vl6bvt>. Acesso em: 26 set. 2019.

## CONCLUSÃO

Após termos analisado o nascimento das bases teóricas da doutrina da questão política nos Estados Unidos, tendo sua primeira versão sido desenvolvida no voto do *Chief Justice* Marshall, no emblemático caso *Marbury vs. Madison*; perpassando por seus desdobramentos com as doutrinas de Alexander Bickel, Louis Henkin, Louis Michael Siedman e Mark Tushnet; verificamos que, ao menos na realidade norte-americana, concebeu-se uma ideia de que a Corte Constitucional não teria a competência para julgar o mérito de uma demanda que versasse sobre uma questão eminentemente política, a qual deveria ficar ao encargo dos demais poderes (Legislativo ou Executivo). Na demais versões dessa doutrina, apresentada didaticamente por Seidman, verificamos que os teóricos começaram a defender que a *political question doctrine* nada mais era do que uma técnica de justiciabilidade (Tushnet quem melhor defende isso), onde a Suprema Corte Americana vai "escolher" se decide ou não determinado caso concreto, diante da "conveniência" do tribunal. O que se verifica, na realidade, seria uma doutrina inevitável (pois a maioria dos casos decididos pela Corte Constitucional envolve questões políticas) e oculta (pois, por vezes, sequer os magistrados expressam que a estão utilizando para julgar ou não julgar o mérito de uma demanda).

Essas bases teóricas ajudaram-nos a traçar um caminho entre a doutrina da questão política e as teorias de separação dos poderes, tentando mostrar que, muitas vezes, a utilização da *political question doctrine* pelas Cortes Supremas é justificada pela necessidade de se alcançar o desejado equilíbrio entre os Poderes estatais.

Ao final, restou-nos analisar como o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi estruturado após a redemocratização com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e como, de acordo com essa nova estruturação institucional, a Corte Suprema do Brasil adota a doutrina da questão política e profere suas decisões constitucionais.

Na análise de quatro casos, um decidido em 1951 (portanto, antes da vigência da atual Constituição); e os demais julgados após a Constituição de 1988, pudemos ver que, ao menos em relação aos casos estudados, existiu uma tendência histórica do Supremo Tribunal Federal em adotar a doutrina da questão política no seguinte sentido: considerando que o Estado Brasileiro adota o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, onde não pode se afastar da apreciação do Judiciário nenhuma ameaça ou lesão a direito, a Corte Suprema brasileira tem o poder-dever de analisar e decidir o mérito de todas as causas a ele submetidas por meio do exercício do direito de ação, inclusive as demandas que envolvam questões políticas, desde que, nestes casos, fique demonstrada a violação ao texto da Constituição Federal e/ou de direitos fundamentais nela previstos e garantidos. Vemos, então, que a doutrina da questão política, no início da doutrina constitucional brasileira, utilizava como filtros para que o tribunal imiscuisse-se em questões políticas: a) a provocação do Judiciário pela parte lesada, através do exercício do direito de ação; b) na existência de demanda que envolvesse questão política, seria necessário ficar configurada a violação ao texto constitucional e/ou a direitos fundamentais nele assegurados, para que se justificasse a intervenção judicial. Inexistindo essas circunstâncias, caberia aos outros Poderes Estatais resolverem a insatisfação social.

No entanto, em algumas decisões mais recentes, o que pudemos observar na postura do Supremo Tribunal Federal, foi um afastamento em relação àquelas premissas iniciais, e a adoção da doutrina da questão política de acordo com o entendimento íntimo, ajurídico e sem nenhum parâmetro previamente estabelecido para chegar a uma determinada decisão, o que acaba gerando um sentimento de insegurança jurídica e ausência de legitimidade nas decisões da Suprema Corte brasileira.

Em face dessa constatação, verifica-se a necessidade do desenvolvimento de uma doutrina da questão política que atenda às peculiaridades e às necessidades da realidade política, jurídica e social do Brasil; para que, deste modo, se possa chegar tranquilamente a um ponto de equilíbrio, onde se saiba com clareza, quando o Supremo Tribunal irá julgar o mérito de uma demanda que envolva uma questão política e quando este tribunal vai eximir-se de proferir uma decisão meritória, por não ter competência para tanto. E assim, possamos enxergar as decisões da nossa Suprema Corte não mais com desconfiança, falta de legitimidade ou com o sentimento de que aplicam uma doutrina meramente como técnica de justiciabilidade (para justificar o *non liquet*); mas com o sentimento de que se está, efetivamente, fazendo justiça.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão Nº 26/DF**. DJe: 01 jul. 2019. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário Nº 599.362/RJ**. DJe: 07 nov. 2016. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseA cordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000257979&base=baseA cordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança Nº 1.423**. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgamento: 22 fev. 1951. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseA cordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000150985&base=baseA cordaos). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança Nº 34.193/DF**. DJe: 11 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34193%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocr aticas&url=http://tinyurl.com/y4vl6bvt>. Acesso em: 26 set. 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança Nº 34.441/DF**. DJe: 07 dez. 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+34441%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocr aticas&url=http://tinyurl.com/y6n5p6dn>. Acesso em: 26 set. 2019.

EUA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137**. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 27 set. 2019.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. IMPEACHMENT EN BRASIL POS-DILMA: ¿ULISES DESATADO POR HERMES? EL “CANTO DE LAS SIRENAS” HERMENÉUTICO-CONSTITUCIONAL. **Revista Videre**, Dourados, v. 10, n. 19, jan/jun.2018, p. 385-418 - ISSN 2177-7837.

HAMILTON, Alexander; et al. **O Federalista**. Trad. Viriato Soromenho Marques e João C. S. Duarte. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HENKIN, Louis. **Is There a Political Question Doctrine?**, 85 *YALE L.J.* 597 (1976).

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NUNES, Castro. **Mandado de Segurança**. 2ª ed. atual. São Paulo: Forense, 1948.

TUSHNET, Mark. Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine. **80 N.C. L. Rev.** 1203-1235 (2002). Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=facpub>. Acesso em: 25 set. 2019. p. 1206.

SEIDMAN, Louis Michael. The Secret Life of the Political Question Doctrine. **J. Marshall Law Review**. v. 37. Whashington: Georgetown University Law Center, 2004.

WINES, Michael. **What Is Gerrymandering? And Why Did the Supreme Court Rule on It?**. The New York Times: New York. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/06/27/us/what-is-gerrymandering.html>. Acesso em: 27 set. 2019.

# PODER JUDICIÁRIO E AS ELEIÇÕES DE 2018: A RESTRIÇÃO DE MANIFESTAÇÃO POLÍTICA NAS UNIVERSIDADES

Mariana Oliveira de Sá

Mestranda em Direito (UFMG)

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto no artigo 5º, incisos IV, VI, IX, XIV<sup>1</sup>, da Constituição Federal de 1988, que assegura a liberdade para a manifestação do pensamento, para a escolha de uma crença, para desenvolver atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença, e o direito ao acesso à informação. Ou seja, a liberdade de expressão possui dupla acepção - é a liberdade para manifestar pensamento, opiniões, crenças e artes, bem como o direito a ter acesso a informação.

Machado (2002) aponta que há a liberdade de expressão em sentido amplo, ou liberdade de comunicação, e em sentido estrito, a opinião, a informação, a liberdade de imprensa, a liberdade artística, científica, cinematográfica. É a liberdade de expressão, portanto, '*cluster right* das liberdades comunicativas', pois é nele que estão assentadas as demais liberdades, como a liberdade de imprensa, de crença, de religião.

Embora haja menção do nascedouro da liberdade de expressão no *Bill of Rights* inglês, em 1689, sua positivação se dá com a Declaração da Virgínia, em 12 de outubro de 1776 onde consignou-se em seu artigo 1º a liberdade de expressão. Há, ainda, como um dos nascedouros positivados da liberdade de expressão a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

É, contudo, com a Constituição dos Estados Unidos, notadamente a sua Primeira Emenda, que se tem o marco constitucional da liberdade de expressão: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos" (ESTADOS UNIDOS, 1791).

Aqui se tem o marco da liberdade de expressão no mundo ocidental, com um caráter liberal e auto-limitador do Estado, garantindo-se a maximização da liberdade do indivíduo para escolher sua crença, para emitir sua opinião, para divulgar suas ideias, para se reunir pacificamente e para peticionar ao Estado.

É a partir dessa vertente liberal que se realizará a análise da liberdade de expressão e sua limitação, em virtude de sua maior abrangência. Isso porque vê-se liberdade de expressão como uma "afirmação jurídico-política da autonomia individual [...] insusceptível de funcionalização ou instrumentalização" (MACHADO, 2002, p. 83).

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, importa destacar que segundo Edilsom Farias, a liberdade de expressão possui uma concepção dualista: protege a dignidade humana e o desenvolvimento de sua personalidade – perspectiva objetiva; e protege o regime democrático, ao garantir a participação dos cidadãos no debate público e na vida política – perspectiva objetiva.

A partir da ideia da perspectiva objetiva da liberdade de expressão, como garantia de participação do cidadão no debate público e na vida política, é que se insere o tema do presente trabalho – a restrição de manifestação política no âmbito das universidades públicas durante as eleições de 2018.

Durante as eleições de 2018, foram registradas 17 intervenções em universidades, sendo 16 delas instituições públicas, em 9 estados, onde juízes eleitorais autorizaram, às vésperas do segundo turno, operações policiais para investigar supostas propagandas eleitorais irregulares.

Ocorre que, em vários casos, o material apreendido não fazia menção a qualquer candidato, ou seja, não se configurava propaganda eleitoral. Então, o problema que guia a presente investigação, se estrutura da seguinte forma: é adequada a intervenção da justiça eleitoral, no âmbito das universidades públicas, para proibir manifestações de cunho político, durante o pleito eleitoral, sob o argumento de propaganda eleitoral irregular?

O objetivo é analisar as decisões dos juízes eleitorais que determinaram intervenções em universidades federais, para a retirada de propagandas eleitorais irregulares, de modo a verificar a adequação das mesmas, em contraponto às liberdades de expressão, de reunião e de cátedra.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, com foco na análise das referidas decisões judiciais, tendo como marco teórico a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 548, julgada em 31 de outubro de 2018, onde discute-se a liberdade de manifestação e pensamento das ideias em universidades.

A ideia central é apresentar ao leitor os fundamentos utilizados nas decisões dos juízes eleitorais, de modo a compreender a necessidade de se garantir a liberdade de expressão, de reunião e de cátedra nas universidades, como substrato para a democracia.

## **A INTERVENÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NAS UNIVERSIDADES NAS ELEIÇÕES DE 2018**

Entre os dias 23 e 25 de outubro de 2018, 16 universidades públicas<sup>2</sup> foram objeto de operações da justiça eleitoral, visando apurar a realização de supostas campanhas político-partidárias, dentro de seus prédios. Tais ações foram autorizadas por juízes eleitorais, em nove estados: Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Bahia, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará e Amazonas<sup>3</sup>.

O primeiro caso de intervenção da justiça eleitoral a ser analisado é o que ocorreu na Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e na Associação de Docentes da UFCG

---

<sup>2</sup> São elas: Universidade Federal de Campina Grande, Universidade Estadual da Paraíba, Universidade Federal Fluminense, Universidade Federal da Grande Dourados, Universidade Federal Fronteira do Sul, Universidade Federal de São João Del Rei, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal do Amazonas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira e Universidade Federal de Ouro Preto.

<sup>3</sup> Por se tratarem de representações em meio físico, não foi possível obter cópia de todas as decisões. Por isso, algumas delas serão analisadas mediante informações contidas na ADPF nº 548 e em notícias veiculadas. Serão analisadas as decisões integrais proferidas pelo Juiz da 17ª zona eleitoral da Paraíba, pelo Juiz da 18ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul, pelo Juiz da 30ª Zona Eleitoral de Minas Gerais, pela Juíza da 199ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro e pelo Juiz da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul.



(ADUF CG). Foi determinada busca e apreensão na universidade, pelo juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande, visando a apreensão de panfletos, intitulados ‘Manifesto em Defesa da Democracia e da Universidade Pública’, e supostos materiais de campanha do candidato Fernando Haddad, no dia 25 de outubro de 2018.

Conforme consta no Inquérito nº 30.364/2018, o Delegado Federal Rodrigo Augusto de Carvalho Costa, foi procurado pelo Professor e Coordenador do Curso de Medicina da UFCG e por um aluno, que relataram supostas irregularidades eleitorais ocorridas no âmbito da universidade. Estaria sendo entregues em sala de aula por professores da UFCG panfletos cujo conteúdo configuraria propaganda eleitoral ilícita, bem como estariam proferindo discursos em sala de aula para enaltecer o candidato de sua preferência (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Em uma gravação apresentada pelos denunciante, os professores estariam realizando atividade de cunho político-partidário dentro da sala de aula, pois haveria pedido de voto explícito no número 13, além de ameaças veladas aos alunos, com contra-campanha ao candidato Jair Bolsonaro, sugerindo que se o mesmo fosse eleito haveria cobrança de mensalidades na universidade, bem como possibilidade de tortura dos alunos.

O panfleto em questão apresenta um manifesto em defesa da democracia, com pautas que os professores entendem ser adequadas, como a universidade pública e gratuita, a estabilidade dos servidores públicos, a assistência estudantil, os direitos dos trabalhadores da educação, a liberdade de ensino e pesquisa, a valorização da carreira docente, a democratização do acesso e permanência no ensino superior, a defesa da vida, da diversidade e da dignidade humana, bem como da democracia e das liberdades democráticas. No final, apresentar um clamor de voto em defesa da democracia e da universidade, e os dizeres ‘Ele não’, usando para criticar o candidato Jair Bolsonaro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018)..

Diante disso, o juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande, Horácio Ferreira de Melo Júnior, com fundamento no exercício do Poder de Polícia, concedeu medida cautelar de busca e apreensão, para evitar as supostas práticas nocivas e comprometedoras da higidez do processo eleitoral, por violação aos artigos 300 e 301 do Código Eleitoral, visando propiciar a igualdade de oportunidade entre os candidatos. Durante a operação, foram apreendidos diversos panfletos ‘Manifesto em Defesa da Democracia e da Universidade Pública’, panfletos com a fotografia de Lula, Haddad e Manuela D’ávila, panfletos de Frei Anastácio 1345, um documento que estava sendo editado com a inscrição ‘Podemos Viver um ultraneoliberalismo, sob uma ditadura e com respaldo eleitoral’ e 5 HDs externos. A seguir, segue tabela com a síntese do caso da intervenção na UFCG (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).:

**Tabela 1 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal de Campina Grande**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	Juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande	Professores da UFCG divulgavam panfletos com conteúdo de propaganda eleitoral ilícita, bem como proferiram discursos em sala de aula para enaltecer o candidato de sua preferência.	Com fundamento no exercício do Poder de Polícia, concedeu medida cautelar de busca e apreensão, para evitar as supostas práticas nocivas e comprometedoras da higidez do processo eleitoral	Violação aos artigos 300 e 301 do Código Eleitoral, visando propiciar a igualdade de oportunidade entre os candidatos	Apreensão de 5 HDs; panfletos ‘Manifesto em Defesa da Democracia e da Universidade Pública’; com a fotografia de Lula, Haddad e Manuela D’ávila, de Frei Anastácio 1345 documento ‘Podemos Viver um ultraneoliberalismo, sob uma ditadura e com respaldo eleitoral’

Fonte: Elaborado pela autora

É importante destacar que houve outra intervenção da justiça eleitoral também na Universidade Estadual da Paraíba. A partir de denúncia por telefone, oficiais de justiça designados como fiscais eleitorais, no dia 25 de outubro de 2018, foram na universidade verificar o suposto evento político partidário, onde estariam sendo distribuídos panfletos. Na oportunidade, os oficiais de justiça encontraram uma faixa com os dizeres ‘+ livros – armas’ e ‘Marielle, Mestre Moa, Anderson, Laysa (PRESENTE)’, havia, também, alunos com bótons com a frase ‘UEPB pela democracia’. Os alunos presentes no local, informaram que no local ocorreu uma plenária com a temática ‘Democracia’, e que não houve ato de campanha eleitoral. Os oficiais de justiça constaram no Auto de Constatação nº 14/2018 que não fora encontrado nenhum material político (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018). No entanto, a instituição informou que os oficiais de justiça interferiram nas aulas, procurando informações sobre o conteúdo de vídeos e exposições de professores.

**Tabela 2 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Estadual da Paraíba**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	17ª Zona Eleitoral de Campina Grande, por meio de oficiais de justiça designados como fiscais eleitorais.	Realização de evento político partidário com divulgação de panfletos.	Não houve decisão, mas sim fiscalização de propaganda.	Fiscalização de regularidade do pleito eleitoral.	Não foi constatada irregularidades, mas há notícias de intervenção nas aulas ministradas.

Fonte: Elaborado pela autora

No Mato Grosso do Sul, a intervenção ocorreu em 25 de outubro de 2018, na Universidade Federal da Grande Dourados. Segundo consta na decisão do juiz eleitoral da 18ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul, Rubens Witzel Filho, foi recebida denúncia pelo aplicativo ‘pardal’<sup>4</sup>, de que haveria simpósio ou aula pública na instituição, denominada ‘Esmagando o Fascismo – o perigo da candidatura Bolsonaro’, o que violaria o artigo 77, inciso I, da Resolução nº 23.551 do Tribunal Superior Eleitoral (SEMANA ON, 2018).

Desse modo, considerando que tal ato se revestia de conotação político eleitoral, e que a intenção era desmoralizar um determinado candidato, em favor de outra candidatura, além do local se inserir na vedação da legislação eleitoral, foi determinada a proibição da realização do evento, ou sua interrupção, caso iniciado, sob pena de crime de desobediência, e aplicação de demais sanções, com base nos artigos 73, 74, 75 e 77 da Lei Eleitoral, além do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Segundo os organizadores do evento, Diretório Central dos Estudantes (DCE), o ato acontecia no Centro de Convivência da unidade II, na Cidade Universitária, tendo iniciado às 10 horas da manhã, sendo suspenso por oficial de justiça e polícia federal, que teriam abordado integrantes do Diretório, coletado nomes e fotografado. O DCE afirmou que o ato possui microfone livre, para que os alunos manifestassem sobre a conjuntura política do país, a questão do ódio e da violência, e que a interrupção do mesmo configurou censura à liberdade de expressão e reunião<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Pardal é o aplicativo desenvolvido pela Justiça Eleitoral que permite aos eleitores denunciarem infrações durante as campanhas eleitorais, atuando como fiscais da eleição e no combate à corrupção eleitoral.

<sup>5</sup> Vide: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/juiz-proibe-aula-sobre-fascismo-na-ufgd-e-estudantes-denunciam-censura>> Acesso em: 4 dezembro 2018.

**Tabela 3 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal da Grande Dourados**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	Juiz eleitoral da 18ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul	Realização de simpósio/aula pública 'Esmagando o Fascismo'.	Proibição de realização do ato ou sua interrupção se iniciado.	Violação ao artigo 77, inciso I, da Resolução nº 23.551 do TSE, artigos 73, 74, 75 e 77 da Lei Eleitoral, além do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990.	Interrupção do evento, abordagem dos integrantes do DCE e fotografias do ato.

Fonte: Elaborado pela autora

Na Universidade Federal de São João Del Rey, a intervenção se deu pela Juíza da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte, Moema Miranda Gonçalves, após denúncia recebida sobre irregularidade em Nota divulgada pela Reitoria na página eletrônica da instituição. A denúncia alegou que a Universidade infringiu o artigo 24 da Lei nº 9.504/1997, pois a nota veiculada configurava repúdio ao candidato Bolsonaro. A nota em questão manifestava o posicionamento da reitoria sobre o pleito eleitoral, sem citar nomes de candidatos, mas ressaltando que o momento político era marcado por intolerância e discurso de ódio, e que o plano de governo de uma candidatura representava violência simbólica aos grupos minoritários da sociedade, ameaçando o Estado Democrático de Direito e a defesa dos direitos humanos, no final, constava um apelo de reflexão sobre o período eleitoral (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

A justiça eleitoral considerou que tal manifestação possuía caráter de propaganda negativa subliminar, com conteúdo depreciativo e pedido implícito de não voto ao candidato, por isso se tratava de ofensa à igualdade de oportunidades entre os candidatos, já que o suposto ofendido não teria espaço para contra-atacar seu adversário, por isso, com fundamento no artigo 24 da Resolução SER nº 23.551/2017, e no artigo 7º da Resolução TRE nº 974/2014, a juíza eleitoral determinou a notificação da Universidade para que, no prazo de 48 horas, realizasse a retirada da postagem divulgada do sítio eletrônico. Tal decisão fora cumprida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

**Tabela 4 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal de São João Del Rey**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
24/10/2018	Juiz eleitoral da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte	Divulgação de nota de repúdio, que configuraria propaganda eleitoral irregular.	Retirada da nota divulgada no prazo de 48 horas.	Violação ao artigo 24 da Resolução SER nº 23.551/2017, e no artigo 7º da Resolução TRE nº 974/2014.	Retirada da nota pela Universidade.

Fonte: Elaborado pela autora

A Universidade Federal de Minas Gerais também sofreu intervenção. O TRE/MG determinou a retirada de cartazes do Instituto de Ciências Exatas, com o conteúdo 'Pela democracia #elenão', e na Faculdade de Arquitetura, cujo conteúdo não fora divulgado. O impulso para a intervenção da justiça eleitoral se deu por denúncia no site do TRE. Sendo que a decisão judicial fora cumprida espontaneamente, sem a utilização de força policial (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

A decisão fora proferida em 22 de outubro de 2018, pela juíza Riza Aparecida Nery, da 31ª Zona Eleitoral, cujo fundamento se baseou na propaganda eleitoral irregular, pois tratava de maneira negativa e diferente o candidato Bolsonaro, utilizando de instituição pública para a realização de propaganda eleitoral em favor do candidato Fernando Haddad (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

**Tabela 5 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal de São João Del Rey**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
22/10/2018	Juiz eleitoral da 31ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte	Propaganda eleitoral irregular, por meio de utilização de faixas – ‘Pela democracia #ele não’.	Retirada da faixa afixada, sob as penas da lei.	Violação ao artigo 73 da Lei das Eleições.	Retirada da faixa pela instituição.

Fonte: Elaborado pela autora

A intervenção na Universidade Federal de Uberlândia, não partiu da justiça eleitoral. Na instituição, a Polícia Militar retirou uma faixa com o seguinte conteúdo: ‘Em defesa da universidade, agora é Haddad’. Todavia, a faixa estava localizada do lado de fora do *campus*, por isso a instituição não fora notificada pelos fiscais da justiça eleitoral.

Na Universidade Federal Fluminense, a Juíza da 199ª Zona Eleitoral de Niterói, Maria Aparecida da Costa Bastos, determinou a retirada de faixa afixada na Faculdade de Direito, cujos dizeres era ‘Direito UFF antifascista’. Segundo consta na decisão, foram recebidas doze denúncias relatando prática de propaganda eleitoral na instituição, violando o artigo 37, caput, e parágrafo 2º, além do artigo 73, inciso I, da Lei nº 9.504/1997. Isso porque encontrava-se tal faixa afixada, e seu conteúdo seria propaganda eleitoral negativa ao candidato Bolsonaro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Foi realizada diligência na Universidade pelos fiscais eleitorais, em 23 de outubro de 2018, tendo sido encontrado no Centro Acadêmico adesivos e panfletos contendo mensagens com conteúdo político-eleitoral, de apoio ao candidato Fernando Haddad e rejeição ao candidato Jair Bolsonaro.

Diante desse contexto, considerou-se que a faixa em questão veiculava mensagem desabonadora a Bolsonaro. A juíza considerou que tal conduta era ilegal, pois empregava bem público com finalidade político-eleitoral e, para preservar a normalidade e legitimidade das eleições, concedeu tutela de urgência determinando a notificação da instituição para a imediata retirada da faixa, com base nos artigos 37 e 73 da Lei das Eleições, artigos 242 e 323 do Código Eleitoral, artigo 41, parágrafo 2º, da Lei nº 9.504/1997 e artigo 103 da Resolução TSE nº 23.551/2017 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

**Tabela 6 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal Fluminense**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	Juíza da 199ª Zona Eleitoral de Niterói.	Prática de propaganda eleitoral, por meio de faixa com os dizeres ‘Direito UFF Antifascista’.	Tutela de urgência determinando a retirada da faixa, bem como a abstenção de realização de qualquer atividade de propaganda eleitoral na universidade.	Violação aos artigos 37 e 73 da Lei das Eleições, artigos 242 e 323 do Código Eleitoral, artigo 41, parágrafo 2º, da Lei nº 9.504/1997 e artigo 103 da Resolução TSE nº 23.551/2017.	Retirada da faixa.

Fonte: Elaborado pela autora

Também no Rio de Janeiro, houve intervenção na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Contudo, não houve decisão judicial. Fiscais eleitorais do TRE/RJ, juntamente com a polícia militar adentraram na instituição, no dia 25 de outubro de 2018, para verificar as faixas expostas na fachada do edifício com os dizeres ‘Direito UERJ antifascista’. Foram encontradas faixas com os dizeres ‘Marielle Franco presente’ e ‘Ditadura Nunca Mais. Luís Paulo vive’. Contudo, nenhum

material foi retirado ou apreendido, pois não havia mandado judicial para tanto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

**Tabela 7 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Estadual do Rio de Janeiro**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	Fiscais eleitorais e polícia militar.	Prática de propaganda eleitoral, por meio de faixa com os dizeres 'Direito UERJ Antifascista'.	Não houve decisão judicial.	Poder de polícia eleitoral.	Não houve apreensão ou retirada do material, por ausência de mandado judicial.

Fonte: Elaborado pela autora

O Ministério Público Eleitoral do Rio Grande do Sul apresentou pedido de providências em face da Universidade Federal Fronteira Sul, iniciando a intervenção da justiça eleitoral. Seria realizado no dia 25 de outubro de 2018, um evento político denominado 'Assembleia Geral Extraordinária contra o Fascismo, a Ditadura e o Fim da Educação Pública', organizado pelo DCE Resistência. Segundo o *Parquet*, o evento possuía a intenção de fazer propaganda eleitoral negativa do candidato Bolsonaro, e inclinação política favorável à Fernando Haddad. Por isso, seria vedado a sua realização em bens públicos.

O juiz da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul, Marcos Luis Agostini, alinhou-se aos argumentos do MPE, e deferiu o pedido liminar, com fundamento no inciso I, do artigo 73, da Lei das Eleições, determinando a notificação da Universidade Federal da Fronteira Sul, para tomar as medidas cabíveis, de modo a impedir que as instalações da instituição fossem utilizadas para o evento político-eleitoral, sob pena do crime de desobediência. Ao ser notificada da decisão, a Universidade comunicou ao DCE sobre a impossibilidade da realização do evento em suas dependências (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

**Tabela 8 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal Fronteira Sul**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
25/10/2018	Juíza da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul	Prática de propaganda eleitoral, por meio do evento 'Assembleia Geral Extraordinária contra o Fascismo, a Ditadura e o Fim da Educação Pública'.	Tutela de urgência determinando a retirada da faixa, bem como a abstenção de realização de qualquer atividade de propaganda eleitoral na universidade.	Violação ao inciso I, do artigo 73, da Lei das Eleições.	Proibição da realização do evento na Universidade.

Fonte: Elaborado pela autora

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, nos autos nº 0603357-18.2018.6.21.0000, por meio do relator Juiz Auxiliar Rômulo Pizzolatti, impediu a realização do evento político na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, denominado 'Contra o Fascismo. Pela democracia! BOULOS na UFRGS. Com Tarso Genro, Fernanda Melchionna e Maria do Rosário'. Foi ajuizada uma petição pelo deputado federal Jerônimo Goergen (PP) e pelo deputado federal eleito Marcel van Hattem (Novo), requerendo a determinação de proibição da realização do evento, por se tratar de propaganda eleitoral irregular (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Na decisão, ficou consignado que o evento seria a favor do candidato Fernando Haddad e contra o candidato Jair Bolsonaro, e que por se tratar de espaços físicos de instituição pública, configuraria propaganda eleitoral irregular, nos termos do inciso I do artigo 73 da Lei das Eleições. Por isso, proibiu-se sua realização no local.

**Tabela 9 - Intervenção da Justiça Eleitoral na Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

Data	Juiz	Denúncia	Decisão	Fundamento	Resultado
23/10/2018	TRE/RS	Prática de propaganda eleitoral, por meio do evento denominado 'Contra o Fascismo. Pela democracia!'	Tutela de urgência determinando a não realização do ato na Universidade.	Violação ao inciso I, do artigo 73, da Lei das Eleições.	Proibição da realização do evento na Universidade.

Fonte: Elaborado pela autora

No Rio Grande do Norte, a Universidade Federal Rural do Semi-Árido foi notificada pelo TRE para a retirada da faixa constante nas dependências da instituição, com o conteúdo 'Direito UFRSA não vota em fascista'. Na ocasião, não houve utilização de força policial, a determinação foi cumprida pela própria Universidade<sup>6</sup>.

Na Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira, no Ceará, foi realizada operação policial, juntamente com fiscais eleitorais, após denúncia de propagandas eleitorais irregulares, em virtude da realização de evento de apoio à Fernando Haddad, em 25 de outubro de 2018. Na fiscalização, foi determinada a retirada de propaganda de qualquer natureza nos bens estatais, sendo constatado a presença de cinco adesivos, nove cartazes e dez pinturas, além da faixa com o conteúdo 'O Maciço diz #elenão'. O fundamento para a ação, segundo o TRE, é a Resolução do TSE nº 23551/2017, que veda a veiculação de propaganda de qualquer natureza, seja ela positiva ou negativa<sup>7</sup>.

Também houve denúncia de suposta irregularidade na Universidade Estadual do Ceará, durante a Semana Universitária, nos dias 22 a 26 de outubro de 2018, oportunidade onde teriam sido distribuídos materiais de campanha eleitoral, bem como havido militância em prol de votos, além de adesivos, cartazes e pichações com os dizeres 'Ele não'. O TRE/CE determinou a retirada do conteúdo no prazo de 24 horas, sob pena de aplicação de multa diária<sup>8</sup>.

Embora na ADPF nº 548 conste que houve intervenção da justiça eleitoral na Universidade Federal do Amazonas, Universidade Federal de Itajubá, na Universidade Federal da Bahia, na Universidade Federal de Goiás, na Universidade do Estado da Bahia, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, não foram encontradas decisões judiciais, nem informações sobre tais intervenções.

O que se percebe é que o fundamento para as intervenções nas universidades públicas durante as eleições de 2018 possuíram como principal fundamento a prática de propaganda eleitoral irregular. Assim, para verificar a adequabilidade desse movimento da justiça eleitoral, é imperioso realizar uma análise da caracterização da propaganda eleitoral e de sua diferença em relação a manifestação política.

## **PROPAGANDA ELEITORAL X MANIFESTAÇÃO POLÍTICA NAS UNIVERSIDADES**

Nesse tópico, será abordada a diferença entre propaganda eleitoral e manifestação política, atentando-se para a configuração da propaganda eleitoral irregular, argumento central utilizado para autorizar a intervenção no âmbito das universidades durante o período eleitoral.

Gomes (2016) inicialmente informa que o termo propaganda se relaciona com a difusão e propagação de algo a um grupo de pessoas, traduzindo procedimentos de comunicação em massa para a circulação de ideias, buscando a adesão dos destinatários.

<sup>6</sup> Não houve acesso à decisão, não sendo possível detalhar os dados, nem elaborar a tabela.

<sup>7</sup> Não houve acesso à decisão, não sendo possível detalhar os dados, nem elaborar a tabela.

<sup>8</sup> Não houve acesso à decisão, não sendo possível detalhar os dados, nem elaborar a tabela.

O mesmo autor destaca a existência de quatro tipos de propaganda no universo político: a propaganda partidária, que busca divulgar as ideias e informações sobre o partido político e seu programa, expondo sua ideologia, sua história e seus projetos; a propaganda intrapartidária, que é aquela realizada entre os candidatos, direcionada para aqueles que participam da convecção de escolha dos candidatos que concorrerão no pleito eleitoral, sendo vedado o uso de qualquer meio de comunicação em massa; a propaganda institucional, que busca informar a coletividade sobre os atos e feitos do governo, de forma honesta e verídica; e a propaganda eleitoral, objeto de análise do presente artigo, que busca alcançar voto dos eleitores (GOMES, 2016, p. 410-483).

Almeida (2017, p. 360) define a propaganda eleitoral da seguinte forma: “consiste em expor à opinião pública certas propostas e programas de governo com o intuito de convencer o eleitor a votar em determinado candidato e fazer com que saia vitorioso no pleito eletivo”.

A propaganda eleitoral é disciplinada pelo Código Eleitoral, nos artigos 240 a 256, e na Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), nos artigos 36 a 57. Esses artigos delineiam a configuração da propaganda eleitoral regular, porém, como o foco de análise desse artigo é a propaganda eleitoral no âmbito das universidades públicas, centralizar-se-á no estudo da legislação que se refere à problemática em questão. A Resolução nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017, do Tribunal Superior Eleitoral também delineia as regras para a veiculação de propaganda eleitoral, porém, as normas correlatas ao tema aqui trabalhado são a repetição do texto da legislação indicada alhures, a seguir analisadas.

A propaganda eleitoral é permitida após o dia 15 de agosto do ano do pleito (artigo 240 do Código Eleitoral), sendo vedada a partir de 48 horas antes das eleições, nos meios de radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas (parágrafo único do mesmo artigo). As propagandas devem ser realizadas e financiadas pelos partidos políticos, sendo eles responsáveis solidariamente pelos abusos cometidos pelos candidatos e adeptos (artigo 241 do Código Eleitoral) (BRASIL, 1965).

Em qualquer modalidade, a propaganda eleitoral deverá mencionar a legenda partidária e ser feita em língua nacional, não podendo utilizar de mecanismos de publicidade que criem, artificialmente, estados mentais, emocionais ou passionais na população (artigo 242 do Código Eleitoral) (BRASIL, 1965).

Além disso, não se tolera propaganda de guerra, de processos violentos que possam subverter a ordem ou o regime, que manifestem preconceitos de raça ou classe, que instigue as forças armadas entre elas, contra elas ou contra as classes ou instituições civis, que incitem atentados contra pessoas ou bens, que instiguem a desobediência ao cumprimento da lei, que configure oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro ou vantagem de qualquer natureza, que cause perturbação ao sossego público, que seja impressa em material que possa ser confundido com moeda por pessoa inexperiente, que cause poluição urbana, ou configure postura restritiva de direitos, que implique calúnia, difamação ou injúria de pessoas, órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública (artigo 243 do Código Eleitoral) (BRASIL, 1965).

O Código Eleitoral assegura aos partidos políticos a identificação de sua sede e dependência com o seu nome, a utilização de alto-falantes ou amplificadores de voz, com a observância de algumas regras, descritas em nota em nota de rodapé, sendo vedada a utilização de tal mecanismo em locais que se encontrem a menos de 500 metros de prédios públicos (artigo 244 do Código Eleitoral)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Art. 244. É assegurado aos partidos políticos registrados o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e do pagamento de qualquer contribuição: I - fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, pela forma que melhor lhes parecer; II - instalar e fazer funcionar, normalmente, das quatorze às

É garantido, independentemente de licença, a realização de propaganda eleitoral em recinto aberto, sendo que, quando se tratar de comício, deverá ser comunicado às autoridades com a antecedência de 24 horas, e quando não houver local fixado para a realização do ato, ou se no local fixado for impossível ou difícil realiza-lo, essa comunicação deverá ser feita em 72 horas, e a autoridade deverá designar local apropriado para tanto em 24 horas (artigo 245 do Código Eleitoral) (BRASIL, 1965).

Ademais, é assegurado pelo Código Eleitoral que ninguém pode impedir a propaganda, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados (artigo 248 do Código Eleitoral). Além disso, a propaganda eleitoral não implica em restrição ao poder de polícia, quando este é exercido em benefício da ordem pública (artigo 249 do Código Eleitoral). Proíbe-se, no entanto, a divulgação de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais nos últimos 15 dias antes do pleito (artigo 255 do Código Eleitoral) (BRASIL, 1965).

Pela disposição do artigo 256 do Código Eleitoral, é dever das autoridades administrativas federais, estaduais e municipais proporcionar a propaganda eleitoral em igualdade de condições (BRASIL, 1965). Essas são as principais normas do Código Eleitoral que permeiam a discussão proposta no presente artigo, por isso a abordagem das mesmas nesse tópico.

Por sua vez, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 estabelece que a propaganda eleitoral referente aos cargos majoritários deve trazer o nome dos candidatos e vices (ou suplentes) de modo claro e legível, em tamanho não inferior a trinta por cento do nome do titular (artigo 36, parágrafo quarto). Outro aspecto relevante para o presente artigo, é que o artigo 36-A, inciso V, ressalta que não configura propaganda eleitoral antecipada a divulgação de posição pessoal acerca de questões políticas, inclusive em redes sociais, até mesmo reuniões da sociedade civil, em qualquer local, para divulgar ideias, objetivos ou propostas partidárias também não configura propaganda eleitoral antecipada (inciso VI) (BRASIL, 1965).

Em relação aos bens públicos, cujo uso dependa de cessão ou permissão, a legislação eleitoral prevê que é vedada a veiculação de propaganda eleitoral (artigo 37), esse dispositivo engloba, ainda, os bens particulares que sejam de uso comum (BRASIL, 1965). Ressalta Ramos (2018):

Segundo a legislação eleitoral os bens de uso comum “são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada” (LE, art. 37, § 4º) (RAMOS, 2018).

Por esse dispositivo, tem-se que é vedada a divulgação de propaganda eleitoral nas universidades públicas, visto se tratarem de bens públicos, e de uso comum. E esse é o fundamento utilizado pela justiça eleitoral para autorizar as intervenções no pleito de 2018. Porém, cabe questionar, nos materiais recolhidos havia a configuração de propaganda eleitoral, nos termos delineados pela legislação em vigor?

Essa pergunta se torna essencial porque a Lei das Eleições limita o exercício do poder de polícia na intervenção no âmbito da propaganda eleitoral. De acordo com o artigo 41, a propaganda eleitoral regular não pode ser cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia,

---

vinte e duas horas, nos três meses que antecederem as eleições, alto-falantes, ou amplificadores de voz, nos locais referidos, assim como em veículos seus, ou à sua disposição, em território nacional, com observância da legislação comum. Parágrafo único. Os meios de propaganda a que se refere o nº II deste artigo não serão permitidos, a menos de 500 metros: I - das sedes do Executivo Federal, dos Estados, Territórios e respectivas Prefeituras Municipais; II - das Câmaras Legislativas Federais, Estaduais e Municipais; III - dos Tribunais Judiciais; IV - dos hospitais e casas de saúde; V - das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros, quando em funcionamento; VI - dos quartéis e outros estabelecimentos militares (BRASIL, 1965).



e este poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, sendo vedada a censura prévia (BRASIL, 1997).

### **Os casos de intervenção da justiça eleitoral no pleito de 2018: havia propaganda eleitoral irregular?**

Na intervenção ocorrida na UFCG e na Associação de Docentes da UFCG (ADUFCG), apreendeu-se folhetos intitulados 'Manifesto em Defesa da Democracia e da Universidade Pública', que continha pautas sobre educação, servidores públicos, assistência estudantil, direitos dos trabalhadores da educação, liberdade de ensino e pesquisa, a valorização da carreira docente, a democratização do acesso e permanência no ensino superior, a defesa da vida, da diversidade e da dignidade humana, bem como da democracia e das liberdades democráticas, sendo que, no final, apresentar um clamor de voto em defesa da democracia e da universidade, e os dizeres 'Ele não'.

Em tese, tal material não configura propaganda eleitoral, pois não possui os elementos exigidos pela legislação eleitoral e não apresenta propostas e programas de governo específicos de um candidato, mas sim as preferências ideológicas dos professores envolvidos, em um sentido mais amplo, a manifestação política dos mesmos. No caso em questão, a problemática se instaura com o áudio gravado pelo aluno, onde verificou-se pedido de voto explícito no número 13. Essa prática é vedada.

Já na Universidade Estadual da Paraíba, não havia material de campanha eleitoral, apenas uma faixa com os dizeres '+ livros – armas' e 'Marielle, Mestre Moa, Anderson, Laysa (PRESENTE)', além de alunos com bótons com a frase 'UEPB pela democracia', o que é permitido pela legislação eleitoral. Ou seja, não havia propaganda eleitoral irregular, havendo excesso no poder de polícia eleitoral.

Na Universidade Federal da Grande Dourados, houve a suspensão de ato que visava abordar a conjuntura política do país, a questão do ódio e da violência, e a intervenção da justiça eleitoral se baseou na denúncia de que se tratava de uma aula pública sobre o fascismo e a candidatura de Jair Bolsonaro. Contudo, não houve a comprovação de que havia irregularidades no local, uma vez que o evento fora suspenso, mas nenhum material fora apreendido, o que configura censura, também vedada pela legislação eleitoral.

A intervenção ocorrida na Universidade Federal de São João Del Rey, se deu em nota divulgada pela Reitoria na página eletrônica da instituição, que traria a ideia de repúdio ao candidato Jair Bolsonaro. Todavia, tal nota não trazia o nome de nenhum candidato, mas apenas do momento político vivido pelo país, da intolerância e do discurso de ódio, falando dos efeitos de tais questões para os grupos minoritários, para o Estado de Direito e para os direitos humanos. Novamente, não há a configuração de propaganda eleitoral, mas apenas manifestações políticas. Ressalta-se que o artigo 57-C da Lei das Eleições veda a veiculação de propaganda eleitoral em sítios de entidades da administração pública, mas não se refere à manifestação política.

Na UFMG, a atuação da justiça eleitoral consistiu em determinar a retirada dos cartazes com os dizeres 'Pela democracia #elenão'. Novamente, não há os elementos necessários para a configuração de propaganda eleitoral, mas se trata de manifestação política. A intervenção ocorrida na UFF também consistiu na retirada de faixa, com os dizeres 'Direito UFF antifascista'. O mesmo objeto foi o motim da ação na UERJ, a retirada das faixas com os dizeres 'Marielle Franco presente' e 'Ditadura Nunca Mais. Luís Paulo vive'. Novamente, não há menção explícita a candidato, ou programa de governo, sendo manifestação política.

Na Universidade Federal Fronteira Sul, a intervenção se deu para cessar o evento denominado 'Assembleia Geral Extraordinária contra o Fascismo, a Ditadura e o Fim da Educação Pública'. Houve censura de um evento político, cuja a divulgação não apresentava vinculação a nenhum candidato. No mesmo sentido, o evento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, denominado 'Contra o Fascismo. Pela democracia! BOULOS na UFRGS. Com Tarso Genro, Fernanda Melchionna e Maria do Rosário' proibido, novamente censura prévia.

Ao se comparar a conclusão das intervenções com o delineamento da propaganda eleitoral pela legislação, é possível constatar que, na maciça maioria das vezes o exercício do poder de polícia eleitoral não fora adequado, uma vez que não havia a veiculação de propaganda eleitoral nas universidades públicas, mas apenas manifestações políticas e ideológicas, seja por meio de faixas ou eventos públicos. Isso demonstra que houve uma extrapolação na atuação, culminando com a violação dos direitos da liberdade de expressão, de reunião e de cátedra. Diante desse cenário, o Supremo Tribunal Federal interviu para a garantia de direitos tão caros ao Estado Democrático de Direito, e essa atuação será analisada a seguir.

### **A APDF 548: PROTEÇÃO DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE REUNIÃO E DE CÁTEDRA**

Diante do contexto descrito acima, a Procuradora-Geral da República (PGR) ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, registrada sob o nº 548, perante o Supremo Tribunal Federal, buscando a cessação da violação dos direitos de liberdade de expressão, reunião e de cátedra, em virtude das decisões da justiça eleitoral que determinaram intervenção no âmbito das universidades públicas, sob a alegação de propaganda eleitoral irregular.

Tal ação teve por objetivo evitar a lesão dos direitos fundamentais por meio dos atos que executavam ou autorizavam buscas e apreensões nas universidades, públicas e privadas, buscando a proibição de ingresso em salas de aulas, interrupção de aulas, palestras, debates e atos afins, além de inquirição de professores, alunos e outros cidadãos que estivessem no recinto.

Foram indicados como objeto da ação, as decisões relacionadas no tópico 1, sustentando que as mesmas configuravam violação à liberdade de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e de reunião (art. 5º, incisos IV, IX e XVI, da Constituição Federal de 1988), além da liberdade no ensino, aprendizagem e pesquisa, bem como da divulgação do pensamento e pluralismo de ideias, da autonomia didático-científica e administrativa das universidades (DODGE, 2018).

Salientando que os atos de busca e apreensão realizados se fundamentaram no artigo 37 da Lei n. 9.504/1997, que proíbe a propaganda eleitoral no âmbito das universidades, violaram, na verdade, os direitos e garantias individuais dispostos no artigo 5º da Carta Magna, consubstanciando em restrição ilegal da liberdade de expressão, de reunião e de cátedra, além da autonomia universitária (DODGE, 2018).

Um dos argumentos centrais da APDF é que as decisões da justiça eleitoral que determinaram a intervenção nas universidades extrapolaram "os limites de fiscalização de lisura do processo eleitoral e afrontaram os preceitos fundamentais já mencionados, por abstrai-los" (DODGE, 2018, p. 9), por isso, fora requerido tutela de urgência, com pedido liminar, para a suspensão dos atos e de todo e qualquer ato que determinasse intervenção nas universidades, em razão de manifestação política (DODGE, 2018).

O pedido da ação é a declaração da nulidade dos atos praticados pelas autoridades públicas, a pretexto de cumprimento do artigo 24 da Lei nº 9.504/1997, que determinem ou promova intervenção nas universidades públicas, para recolher material e documentos,

interromper aulas e debates, atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos (DODGE, 2018).

Diante da urgência e da relevância da questão, o pedido liminar fora analisado pela Ministra Cármen Lúcia, em 27 de outubro de 2018. Sobre os autos questionados, a decisão monocrática considerou-se que as intervenções que ocorrem no âmbito das universidades, muitas vezes se deram sem a comprovação necessária de ato que respaldasse a providência administrativa da polícia, e que o embasamento calcado na legislação eleitoral que proíbe a propaganda eleitoral no âmbito das universidades não encontrava-se com a devida comprovação prévia da violação das normas vigentes, ao contrário, demonstravam-se atos dotados de “subjetivismo incompatível com a objetividade e neutralidade que devem permear a função judicante, além de neles haver demonstração de erro de interpretação de lei, a conduzir a contrariedade ao direito de um Estado democrático” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 7). Ou seja, as intervenções proibindo as manifestações políticas nas universidades foram inadequadas, quando não, até mesmo, arbitrárias.

Na decisão liminar, um dos pilares de sustentação para a concessão da medida pleiteada é que o processo eleitoral é fundamentado nos princípios da liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de informação, liberdade de ensino e aprendizagem e liberdade de escolhas políticas, que se coadunam, também, com a autonomia universitária. Tais aspectos são essenciais para a garantia de um processo eleitoral plural, e a violação dos mesmos torna macula o processo eleitoral, por isso, salienta-se:

O processo eleitoral transforma-se em enquadramento eleitoral, próprio das ditaduras. Por isso, toda interpretação de norma jurídica que colida com qualquer daqueles princípios, ou, o que é pior e mais grave, que restrinja ou impeça a manifestação da liberdade é inconstitucional, inválida, írrita. Todo ato particular ou estatal que limite, fora dos princípios fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a liberdade de ser e de manifestação da forma de pensar e viver o que se é, não vale juridicamente, devendo ser impedido, desfeito ou retirado do universo das práticas aceitas ou aceitáveis. Em qualquer espaço no qual se imponham algemas à liberdade de manifestação há nulidade a ser desfeita. Quando esta imposição emana de ato do Estado (no caso do Estado-juiz ou de atividade administrativa policial) mais afrontoso é por ser ele o responsável por assegurar o pleno exercício das liberdades, responsável juridicamente por impedir sejam elas indevidamente tolhidas. Fazendo incidir restrição no ambiente de informação, ensino e aprendizagem como é o universitário, que tem o reforço constitucional da garantia de autonomia, assegurado de maneira específica e expressa constitucionalmente, para se blindar esse espaço de investidas indevidas restritivas de direitos, a demonstração da nulidade faz-se mais patente e também mais séria (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 7-8).

O fundamento utilizado pela Ministra Cármen Lúcia é a ideia de que a restrição da liberdade de manifestação do pensamento não é dotada de legitimidade, notadamente quando se trata de uma violação de se origina de ato do Estado, e isso se agrava no caso em questão por se tratar de intervenção no meio universitário, dotado de autonomia. Ponto salutar, é o fato de a Ministra considerar que “a liberdade é o pressuposto necessário para o exercício de todos os direitos fundamentais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 9).

Por isso, a intervenção da justiça eleitoral no âmbito das universidades públicas durante o pleito eleitoral de 2018, foi considerada como inadequada aos princípios da liberdade de manifestação do pensamento e da autonomia universitária. Isso porque as ordens de busca e apreensão que visavam cessar manifestações políticas tiveram como fundamento a propaganda eleitoral irregular, no entanto, a consideração do STF foi de que as normas impeditivas de práticas durante o processo eleitoral devem ser interpretadas de acordo com sua finalidade, nos estritos

limites para os quais foram criadas, de modo que interpretações extensivas podem transgredir princípios constitucionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018). Eis a transcrição necessária:

Dispõe o art. 37 da Lei n. 9.504/1997 ser vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, caveletes, bonecos e assemelhados nos espaços indicados na norma. A finalidade da norma que regulamenta a propaganda eleitoral e impõe proibição de alguns comportamentos em períodos especificados é impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo. A norma visa o resguardo da liberdade do cidadão, o amplo acesso das informações a fim de que ele decida segundo a sua conclusão livremente obtida, sem cerceamento direto ou indireto a seu direito de escolha. A vedação legalmente imposta tem finalidade específica. Logo, o que não se contiver nos limites da finalidade de lisura do processo eleitoral e, diversamente, atingir a livre manifestação do cidadão não se afina com a teleologia da norma eleitoral, menos ainda com os princípios constitucionais garantidores da liberdade de pensamento, de manifestação, de informação, de aprender e ensinar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 10).

O espírito do artigo 37 da Lei nº 9.504/1997 é a proibição da propaganda eleitoral em bens públicos, de modo a coibir o abuso do poder econômico e político, preservando a igualdade de oportunidades no pleito eleitoral. Igualmente, respalda a liberdade do cidadão de ter amplo acesso às informações para a formação de sua convicção. Assim, se a finalidade de garantia de lisura do processo eleitoral não estiver sob ameaça, não há motivos legítimos para a restrição da liberdade de expressão, de reunião e de cátedra, além da autonomia universitária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Assim, a intervenção da justiça eleitoral no âmbito das universidades foi considerada restritiva ou impeditiva das liberdades individuais, civis e políticas, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito:

Insista-se: volta-se a norma contra práticas abusivas e comprometedoras da livre manifestação das ideias, o que não é o mesmo nem próximo sequer do exercício das liberdades individuais e públicas. O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei. Liberdade de pensamento não é concessão do Estado. É direito fundamental do indivíduo que a pode até mesmo contrapor ao Estado. Por isso não pode ser impedida, sob pena de substituir-se o indivíduo pelo ente estatal, o que se sabe bem onde vai dar. E onde vai dar não é o caminho do direito democrático, mas da ausência de direito e déficit democrático. Exercício de autoridade não pode se converter em ato de autoritarismo, que é a providência sem causa jurídica adequada e fundamentada nos princípios constitucionais e legais vigentes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 12).

Para além de inadequadas, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que os atos da justiça eleitoral nas universidades durante as eleições de 2018 configuraram violação à liberdade de pensamento, beirando o autoritarismo. Além disso, foram uma afronta à autonomia universitária, nos termos delineados nos artigos 206 e 207 da Constituição.

Por isso, considerou-se que a universidade é espaço de liberdade pessoal e política, onde há lugar para as discordâncias, e que a democracia não significa ausência de discordâncias, sendo a liberdade fundamental para a garantia da circulação do pensamento, para o ensino e a aprendizagem. Assim, a violação dos preceitos fundamentais invocados na ação foi suficiente para a concessão da tutela cautelar, determinando a suspensão dos efeitos dos atos judiciais e administrativos que determinaram a intervenção nas universidades, públicas e privadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018):

Pelo exposto, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos advindos da manutenção dos atos indicados na peça inicial da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e que poderiam se multiplicar em face da ausência de manifestação judicial a eles contrária, defiro a medida cautelar para, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, suspender os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanado de autoridade pública que possibilite, determine ou promova o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 14-15).

Tal decisão liminar, proferida pela Ministra Cármen Lúcia, foi referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no dia 31 de outubro de 2018, revestindo-a de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (contra todos):

Suspendendo-se os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 16).

Na sessão do STF, houve a manifestação, além da requerente Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República, de *amicus curiae* AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros, da ANDES - Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, da FASUBRA-SINDICAL – Federação de Sindicatos de Trabalhadores Técnico-Administrativos em Instituições de Ensino Superior Públicas do Brasil, do CONTEE - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, da ANDIFES – Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Durante a votação, o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a atuação da justiça eleitoral foi inconstitucional, uma vez que desrespeitou a autonomia universitária e constrangeu ou inibiu a liberdade de expressão e de cátedra, além do livre debate político (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Já o Ministro Roberto Barroso ressaltou que as decisões que determinaram a intervenção nas universidades confundiram liberdade de expressão com propaganda eleitoral, e que o exercício do poder de polícia eleitoral não pode restringir a liberdade de pensamento, a liberdade acadêmica e de crítica nas universidades, pois essas manifestações preservam a própria democracia. Eis a síntese de suas palavras (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018):

O STF não considera razoáveis ou legítimas cenas de policiais entrando em salas de aula para interromper palestras ou a retirada de faixas que refletem a manifestação dos alunos. Esses atos são inequivocamente autoritários e incompatíveis com o país que conseguimos criar e remetem a um passado que não queremos que volte. Pensamento único é para ditadores e a verdade absoluta é própria da tirania (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Merece destaque, também, a consideração do Ministro Edson Fachin, para quem os atos da justiça eleitoral configuraram cerceamento prévio da liberdade de expressão, o pilar da democracia, um direito fundamental que possui status superior no Estado Democrático de Direito (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

No voto do Ministro Gilmar Mendes, houve a proposta de maior extensão à medida cautelar concedida, para a proteção da liberdade de cátedra e liberdade acadêmica também no âmbito das relações privadas, individuais e institucionais, mas tal alteração não foi acatada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018). Salientou o Ministro:

Mostra-se inadmissível que, justamente no ambiente que deveria imperar o livre debate de ideias, se proponha um policiamento político-ideológico da rotina acadêmica [...] A política encontra na universidade uma atmosfera favorável que deve ser preservada. Eventuais distorções na atuação política realizada no âmbito das universidades mereceriam ser corrigidas não pela censura, mas pela ampliação da abertura democrática (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Rosa Weber, Ministra do STF que também era a presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), observou que o norte a ser considerado é a Constituição Federal, e que a liberdade é valor primordial para a democracia, salientando que o TSE adotaria medidas para esclarecer as circunstâncias em que as intervenções nas universidades se deram, para coibir excessos praticados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

O Ministro Ricardo Lewandowski lembrou o histórico do STF de defesa da liberdade de expressão no âmbito das universidades, trazendo o episódio de agosto de 1964 quando foi concedido *habeas corpus* para o professor da cadeira de Introdução à Economia da Universidade Católica de Pernambuco que teria distribuído panfletos aos alunos criticando a situação política do país (início do regime militar), insinuando que os estudantes deveriam defender a democracia e a liberdade. O Ministro Dias Toffoli também citou os julgamentos anteriores do STF que buscaram a garantia da liberdade de expressão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Por fim, o Ministro Celso de Mello destacou o papel do Estado, alegando que este não pode cercear a liberdade de expressão para aplicar uma regra da legislação eleitoral que veda a propaganda eleitoral em áreas vinculadas à administração pública, uma vez que a universidade é um lugar de debate, de persuasão e veiculação de ideias, por isso é intolerável a censura em suas dependências (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018). Destacou:

Todos sabemos que não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão, de comunicação, de informação, mostrando-se inaceitável qualquer deliberação estatal, seja ela executiva, legislativa ou judicial, cuja execução importe em controle do pensamento crítico, com o conseqüente comprometimento da ordem democrática (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

É possível constatar que a ideia central, tanto na decisão liminar, quanto nos votos dos Ministros para o referendo da mesma, é a proteção da liberdade de expressão, de reunião e de cátedra, além da autonomia universitária. Isso porque a liberdade é o pilar da democracia, é a sustentação do Estado de Direito, e sem ela não há sequer processo eleitoral liso, equânime e adequado.

Por isso, as regras da propaganda eleitoral devem ser interpretadas de forma a se coadunar com a Constituição Federal, e com a própria finalidade para as quais foram criadas, garantir o pleito eleitoral em conformidade com os ditames constitucionais, o que leva a crer que não inclui a censura e a restrição de manifestação política, seja em qual lugar for. Até porque o que se constatou é que, na maioria das universidades que sofreram intervenção, não havia nenhum ato que configurava propaganda eleitoral.

Sem a garantia da liberdade de expressão, não há democracia. Sem democracia, não há eleição democrática. Esvai-se em um autoritarismo que não condiz com os preceitos da República. Além disso, é imperioso convir que as universidades são o ambiente salutar para a sobrevivência da discussão da política, para a manifestação do pensamento, para a produção do conhecimento. Tolher-lhes a autonomia e a liberdade de cátedra é comprometer toda a democracia. Por isso,

constata-se que a intervenção da justiça eleitoral no âmbito das universidades durante o pleito eleitoral de 2018 não fora adequada, à luz dos preceitos constitucionais que estruturam o direito à liberdade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a resposta encontrada para o problema de pesquisa levantado é que a intervenção da justiça eleitoral, no âmbito das universidades públicas, para proibir manifestações de cunho político, durante o pleito eleitoral de 2018, sob o argumento de propaganda eleitoral irregular não fora adequada.

Essa constatação se assenta em algumas premissas. A primeira delas é que o material apreendido, na maioria das vezes, não fazia menção a qualquer candidato, ou seja, não se configurava propaganda eleitoral.

A segunda premissa parte da ideia de que, houve a paralização de aulas e reuniões, bem como palestras e conferências cujo intuito era a discussão sobre política, e não a realização de propaganda eleitoral, e isso não é vedado pela legislação eleitoral, é um desdobramento da liberdade de expressão e de reunião.

Não obstante, é preciso ponderar que as universidades são dotadas de autonomia, não cabe à justiça eleitoral definir o que pode ou não ser debatido no âmbito das mesmas, pois isso configura violação da liberdade de cátedra.

Ademais, a liberdade de expressão – que aqui se desdobra principalmente na liberdade de manifestação do pensamento, na liberdade de reunião e na liberdade de cátedra, é direito fundamental com status privilegiado, e não pode sofrer limitações arbitrárias, o processo eleitoral não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de se esvaír-se no autoritarismo e minar a própria democracia.

O que houve, então, foi a violação dos direitos às liberdades de expressão, reunião e cátedra. Isso porque a legislação eleitoral proíbe a realização de propaganda eleitoral em universidades públicas e privadas, mas não proíbe a liberdade de manifestação, de expressão, de reunião e de cátedra. Além disso, a liberdade de expressão é direito fundamental de status máximo, que não pode sofrer restrição arbitrária. Assim, o excesso no exercício do poder de polícia eleitoral, no âmbito das universidades, acabou por macular preceitos constitucionais fundamentais, tão caros a democracia, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 outubro 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)> Acesso em: 11 janeiro 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)> Acesso em: 11 janeiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>> Acesso em: 21 dezembro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF referenda liminar que garantiu livre manifestação de ideias em universidades**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=394447>> Acesso em: 2. fevereiro 2019.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Liminar nº 548**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF548.pdf/view>> Acesso em: 30 janeiro 2019.

ESTADOS UNIDOS. **A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso em: 04 dezembro 2018.

FREITAS, Hélio. **Juiz proíbe aula sobre fascismo na UFGD e estudantes denunciam censura**. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/juiz-proibe-aula-sobre-fascismo-na-ufgd-e-estudantes-denunciam-censura>> Acesso em: 4 dezembro 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão**. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAMOS, Alexandre Gonçalves. **Eleições 2018: Propaganda Eleitoral em Bem Público e Bem de Uso Comum**. Disponível em: <<https://deadjump.jusbrasil.com.br/artigos/608226821/eleicoes-2018-propaganda-eleitoral-em-bem-publico-e-bem-de-uso-comum>> Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA (UEPB). **Reitoria da UEPB emite nota sobre ações de patrulhamento ideológico e político na Instituição**. Disponível em: <<http://www.uepb.edu.br/reitoria-da-uepb-emite-nota-sobre-acoes-de-patrulhamento-ideologico-e-politico-na-instituicao/>> Acesso em: 4 dezembro 2018.



# FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E SEUS REFLEXOS NA FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O HC PREVENTIVO DO EX-PRESIDENTE LULA

**Marina Falcão Lisboa Brito**

Mestranda em Direito (UNICAP). Pós graduanda em Dir. Administrativo (PUC-MG). Advogada, membro da CECC – OAB/PE e membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC).

**Isabela Maria Dantas Diniz**

Bacharela em Direito (UNICAP). Foi pesquisadora voluntária no Programa de iniciação científica da UNICAP no grupo Recife Estudos Constitucionais (REC).

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 redefiniu o modelo de supremacia exercido na interpretação das normas presentes no diploma constitucional. Assim, a partir desse novo cenário de redemocratização, as atribuições de cada um dos três poderes foram alteradas, propiciando, dessa forma, a consolidação de uma postura cada vez mais ativista por parte do Poder Judiciário.

Como resultado dessa atuação, aumentou-se o raio de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), sedimentando um processo de grande controvérsia que será tratado a seguir. Destaca-se, todavia, que apesar de o ativismo judicial ter sido impulsionado pelo processo de redemocratização, esse modo de agir surgiu muito antes, quando os tribunais sentiram a necessidade de suprir omissões dos demais órgãos institucionais. Diante disso, o STF ganhou o título de “guardião da constituição” e passou a exercer, em muitas ocasiões, o monopólio da interpretação constitucional.

Entretanto, há alguns anos essa ideia de que o STF é o detentor da última palavra sobre o sentido e alcance da norma constitucional vem sendo alvo de críticas, tendo em vista que a conduta de apropriar-se por completo do texto constitucional descaracteriza o regime democrático e legitimidade das suas decisões, prejudicando, inclusive, as demais instâncias de representação política.

Como ponto de partida, é importante salientar que nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de apoderar-se da Constituição, além disso, não há poder que se sobressaia ao outro, mas sim que o complementa. Por este motivo, a adoção da teoria do constitucionalismo dialógico passou a ser vista e utilizada como o principal caminho para a busca de um equilíbrio, sem prejuízo da relevância da jurisdição constitucional, bem como evitando os abusos e protagonismos de quaisquer órgãos ou instâncias.

Sendo assim, uma organização institucional que traz características do modelo de freios e contrapesos pode incentivar e favorecer o diálogo entre os três poderes (GARGARELLA, 2013), por isso, será pesquisado como esse ativismo judicial altera a conjuntura social quando decide sobre questões de grande relevância política e, principalmente, quando as decisões da Suprema Corte entram em “choque” com as outras instâncias.

Para tanto, é de suma importância analisar a mudança paradigmática de uma jurisdição constitucional baseada na centralidade e primazia das Cortes para um modelo dialógico que estimula as interações institucionais entre o STF, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, bem como problematizar os fundamentos tradicionais da jurisdição constitucional que redundaram na

ideia de que a última palavra sobre a constituição cabe a um Tribunal. Analisar-se-á, ainda, os pressupostos do constitucionalismo dialógico e suas consequências na jurisdição constitucional brasileira.

Ademais, é válido ressaltar que tão importante quanto a justificativa de um tema, é a escolha do enfoque que será adotado. Aqui, pretende-se avaliar a jurisdição constitucional em uma perspectiva institucional, isto é, a atuação da Suprema Corte na sua relação com os outros poderes estatais.

Portanto, o presente artigo será realizado nos seguintes termos: em um primeiro lugar, faz-se necessário um levantamento bibliográfico na literatura jurídica nacional e estrangeira sobre o tema. De fato, ainda são poucos os trabalhos científicos produzidos no Brasil acerca da teoria dos diálogos institucionais. Em contrapartida, a doutrina estrangeira, notadamente a literatura americana e canadense, tem se debruçado sobre o assunto há certo tempo.

Assim, com apoio na bibliografia selecionada, o trabalho propõe avaliar os aspectos fundamentais do ativismo judicial e do constitucionalismo dialógico, tais como, o seu surgimento, pressupostos teóricos e reflexos na jurisdição constitucional brasileira. Para isso, será realizada uma análise qualitativa de alguns julgados da Corte, analisando a existência de uma atitude que viabiliza o diálogo institucional como forma de se evitar o advento da supremacia judicial no Brasil e busca manter o equilíbrio entre os poderes.

Por fim, o artigo trará os seguintes debates: a apreciação do ativismo judicial, avaliando se a conduta adota pelo Supremo é ilegítima ou não. Será visto se o constitucionalismo dialógico é uma solução para o ativismo judicial e, por fim, a partir da análise do HC do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, será debatido se os dois modelos são incompatíveis entre si.

## **O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS ASPECTOS FUNDAMENTAIS**

### **Ativismo Judicial vs. Autocontenção**

É notório o papel de destaque desempenhado pelo Poder Judiciário na jurisdição constitucional brasileira nos últimos anos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em razão disso, o “protagonismo” da Suprema Corte nas intervenções sobre os demais poderes estatais passou a se tornar uma preocupação frequente de muitos juristas, assim como a postura notadamente ativista adotada pelo Supremo em seus julgados. Ou seja, foi a partir desse contexto de reestruturação da relação entre os poderes que muitos passaram a procurar o Judiciário, depositando, neste órgão, a confiança para a solução de todos os seus problemas. Nesse sentido, destaca Glauco Salomão Leite:

Com a percepção de que a Constituição Federal de 1988 promoveu uma reestruturação na dinâmica da relação entre os poderes, resgatando as garantias de independência orgânica do Poder Judiciário e de seus membros, e considerando a ampla positivação de direitos fundamentais no documento constitucional, o juiz foi claramente alçado à condição de um agente responsável pelo cumprimento das promessas feitas pelo constituinte. A crescente litigiosidade colocou o Poder Judiciário no centro das atenções. Sendo assim, o ativismo judicial começou a ser discutido, ainda timidamente, no contexto dos estudos sobre a judicialização da política, não raro confundindo-se com esta. (LEITE, 2017, p.86).

Dessa forma, a ascensão das práticas ativistas pelo Poder Judiciário teve como consequência o início da discussão acerca do que seria o ativismo judicial e qual seria a sua definição e conceito. Além disso, a acumulação de demandas que versam sobre matérias que, a princípio, deveriam ser resolvidas em outros órgãos acabou dando margem para que os julgadores

pudessem atribuir o seu juízo de valor nas decisões, deixando, inclusive, de utilizar a norma jurídica como único critério para fundamentá-las.

Entretanto, ressalte-se que, até então, não há uma precisão na definição da expressão “ativismo judicial”, tampouco unanimidade no conceito. O que há, na verdade, são incontáveis definições distintas que apenas traduzem a complexidade da discussão (DWORKIN, 2014).

Nesse cenário, como um dos autores responsáveis por conceituar o que seria o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso menciona que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2016).

Ou seja, para o Ministro, o ativismo judicial nada mais é do que uma interpretação expansiva do sentido e alcance das normas constitucionais, bem como a adoção de uma conduta mais participativa do Poder Judiciário. Contudo, para muitos autores, o ativismo se trata de uma postura que extrapola os limites da função jurisdicional e muitas vezes coloca em risco a legitimidade democrática dos julgados dos tribunais.

Portanto, para Barroso, o ativismo se faz presente em situações específicas como, por exemplo, diante das abstenções do Poder Público ou, ainda, em casos de retração do Poder Legislativo. Dessa forma, não diz respeito a uma mera manifestação de poder e vontade do juiz, tampouco uma disfunção no exercício da função jurisdicional ou excesso judicial (FONTENELLES, 2011).

Além disso, a prolação de decisões pelo Poder Judiciário com o intuito exclusivo de tentar suprir as omissões do Poder Legislativo retrata não só a crise de representatividade do referido órgão, como também a legitimidade e funcionalidade deste (BARROSO, 2011).

Ademais, corroborando com a ideia de muitos de que o ativismo judicial seria, na realidade, uma maneira através da qual o Poder Judiciário extrapola os limites da sua competência jurisdicional, Elival da Silva Ramos salienta:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010.)

Isto é, para o autor, as práticas ativistas evidenciam um desvio da função jurisdicional, tendo em vista que são contrárias à ordem constitucional já estabelecida, sendo, portanto, uma conduta ilegítima (HOGG, 2017, p. 236). Entretanto, como dito, é importante destacar que o que propicia essa postura cada vez mais ativista da Corte na adoção de medidas para a solução dos conflitos existentes na sociedade são as omissões encontradas no ordenamento jurídico brasileiro.

O atual desprestígio do Poder Legislativo acaba facilitando o exercício de um “protagonismo” pelo Judiciário na interpretação das normas sem, contudo, preocupar-se em não se apropriar por completo destas. Analisando-se a definição de Elival da Silva Ramos, Glauco Salomão Leite pontua:

Na medida em que o autor reputa o ativismo judicial como uma prática necessariamente ilegítima, sobressaem duas dificuldades em proposta de definição. Em primeiro lugar, se

uma prática ativista é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias, quais são essas linhas? O esquema de divisão dos poderes, além de ter que ser estudado a partir de uma ordem constitucional historicamente situada (e não de um modelo universal), e por mais que seja formalizado num documento constitucional escrito, muitas vezes não apresenta de maneira nítida os limites de atuação de cada um dos poderes. Ao contrário, em geral fixa atribuições e responsabilidades institucionais que propiciam relações complexas e controles recíprocos, cujos limites não são bem delineados no texto constitucional. (LEITE, 2017, p. 91)

Assim, de acordo com o entendimento de Glauco, não havendo delimitação exata na acerca dos limites da atuação de cada órgão, conseqüentemente não há como definir o ativismo como um “abuso” dos juízes no exercício da sua atividade jurisdicional.

Veja-se, portanto, que dentro do seu amplo universo de debate, o ativismo judicial possui mais críticas do que elogios, e isso acontece, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, devido ao “problema de indefinição conceitual” da expressão, que agrava o uso indiscriminado do termo e atribui cunho pejorativo ao mesmo (CAMPOS, 2014, p. 136).

Ressalte-se, todavia, que mesmo havendo inúmeras críticas por parte dos juristas acerca desse tipo de conduta, Barroso entende que o lado positivo disso tudo é que o Judiciário agora está podendo atender a demandas da sociedade que não podem ser satisfeitas pelo parlamento (PINTO, 2019). Assim, tomando-se como base essa percepção, se o ativismo veio para suprir omissões dos outros órgãos, logo, não há que se falar em conduta ilegítima (SILVA, 2010).

Contudo, é de suma importância salientar que, em que pese o ativismo judicial assegurar o atendimento de demandas sociais que antes não eram alcançadas pelos demais órgãos (TULLIS *apud* MENDES, 2011, P. 190-191), a supremacia do Poder Judiciário na resolução dos conflitos põe em risco o sistema de separação dos poderes, uma vez que flexibiliza a ingerência de um poder sobre o outro e, além de tudo, coloca os tribunais como o centro das atenções.

## **O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO: SERIAM OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS UMA SOLUÇÃO PARA O ATIVISMO JUDICIAL?**

### **A colaboração canadense para o modelo dialógico atual**

Diante de todo o exposto no tópico anterior, percebeu-se que o ativismo judicial, quando exercido através de uma supremacia e abuso de poder, é uma das grandes preocupações dos aplicadores do direito atualmente. Por este motivo, a ideia da interpretação constitucional como “um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais” (BATEUP, 2006, p. 1109) se mostra a opção mais viável na busca por uma realidade de interação entre os poderes.

Esse processo de interpretação constitucional realizada em conjunto, vale ressaltar, se trata da proposta trazida pelo modelo dos diálogos institucionais (CAMPOS, 2014, p. 120). Nesse sentido, destaca-se que o cenário democrático pós-CF/88, embora tenha propiciado uma conduta notadamente ativista por parte do Poder Judiciário, também fez com que o Supremo Tribunal Federal passasse a interferir abundantemente no âmbito dos outros poderes. Em razão disso, surgiu uma grande discussão acerca da legitimidade democrática das decisões da Suprema Corte que, diversas vezes, se revelaram políticas e ilegais (VERONESE, 2009, p. 215-265).

A discussão levantou, no Brasil, todo um debate a respeito do que seriam esses diálogos institucionais, bem como os benefícios trazidos por eles. Como reflexo disso, descobriu-se que o constitucionalismo dialógico visa não somente uma maior interação entre os poderes e instâncias, como também evita indesejadas intrusões de um poder sobre o outro.

Nenhum poder deve exercer o monopólio da interpretação constitucional, por isso, para entendermos como esse modelo dialógico funciona, é necessário esclarecer algumas premissas sobre o marco jurídico-constitucional do tema (WOLFE *apud* ABBOUD, 2017, p. 213).

Para Roberto Gargarella, o caso pioneiro desse modelo ocorreu no Canadá, em 1982, através de uma reforma institucional com a adoção de uma nova Carta de Direitos, o *Canadian Charter of Rights and Freedom*. A carta, além de reconhecer inúmeras garantias individuais, abriu as portas para esse novo sistema de organização institucional através dos diálogos, previstos, sobretudo, na Seção 1 e Seção 33.

A famosa cláusula “não obstante” (*notwithstanding*) estabelece que o Parlamento, não obstante os direitos da Carta, pode aprovar uma lei declarando expressamente que se trata de lei válida. Ou seja, é um mecanismo, utilizado preventiva ou repressivamente, como forma de neutralizar o controle de constitucionalidade, uma vez que imuniza a legislação ordinária por certo período (LEITE, 2017, p. 33).

Nesse contexto, ressalte-se que, enquanto a forma preventiva reduz a possibilidade de uma interação institucional porque o Parlamento pode invocar a cláusula para impedir eventual declaração judicial de inconstitucionalidade, a maneira repressiva autoriza o Poder Judiciário a declarar a invalidade de determinada lei porque o Parlamento a aprova sem utilizar a cláusula (LEITE, 2017, p. 230).

Assim, do ponto de vista de uma teoria baseada nos diálogos institucionais, a Seção 1 da Carta sustenta, segundo Gargarella, que os direitos estabelecidos na Carta estão sujeitos às limitações que são comprovadamente justificadas em uma sociedade livre e democrática; já a Seção 33 estabelece que o Poder Legislativo pode ampliar a validade de uma regra por períodos renováveis de cinco anos, “não obstante” as tensões que pode ter com a Carta de Direitos (GARGARELLA, 2017, p. 01).

Diante disso, por admitir expressamente uma revisão da decisão judicial pelo legislador, reconhecendo uma interação entre os poderes, resta evidente que o *Canadian Charter of Rights and Freedom* veio para substituir o *Canadian Bill of Rights*, de 1960, que pouco se ocupava de questões constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 124). A nova Carta teve influência direta na interpretação das leis, além de uma maior ingerência nas questões constitucionais de grande relevância.

Entretanto, diferente das demais, a Carta Canadense propiciava um diálogo democrático, uma vez que trazia mecanismos que asseguravam que o processo de interpretação constitucional e infraconstitucional envolvesse reações dos três poderes. Sendo assim, a Suprema Corte não obtinha a palavra final, tampouco a única e definitiva; as suas decisões eram, desta forma, apenas uma etapa importante (CAMPOS, 2014, p. 124).

Diante disso, foi desse modo que a estrutura dialógica da nova Carta influenciou diversas outras. Além disso, a partir dela, o debate acerca dos diálogos constitucionais tomou forma (LEITE, 2017, p. 233.), e graças à Carta Canadense que o novo cenário jurídico-constitucional, fundamentado na cláusula *notwithstanding*, é hoje considerado como um dos marcos para o surgimento do modelo dialógico de controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*).

## **Os diálogos institucionais no sistema constitucional brasileiro**

Chegando-se a um contexto mais atual, no Brasil, a discussão a respeito do constitucionalismo dialógico se tornou recorrente principalmente nos últimos anos, em virtude do desprestígio do Poder Legislativo, o que resultou na ideia equivocada de que o Poder Judiciário,

para proteger os direitos e garantias individuais, deve exercer exclusivamente o monopólio sobre a interpretação das normas constitucionais. Todavia, como já tem sido demonstrado ao longo do trabalho, esse protagonismo judicial exercido pela Corte caracteriza um abuso de poder.

Partindo desse pressuposto, Glauco Salomão Leite ressalta que o elemento chave das teorias dialógicas é o princípio da separação dos poderes. Entretanto, o sistema de freios e contrapesos, importantíssimo dentro desse modelo de separação, é utilizado em uma lógica de confronto para evitar-se intrusões de um poder sobre o outro (LEITE, 2017, p. 233-234), e não para promover o diálogo.

Diante disso, para impedir essa intervenção de um poder em outro, definiu-se uma estratégia de “paz armada”, na qual os órgãos institucionais estariam municiados com armas capazes de prevenir ataques de outros poderes estatais (GARGARELLA, 2017, p. 07).

Ou seja, o sistema de freios e contrapesos apareceu como um sistema pouco favorável à cooperação política e ao diálogo, uma vez que, em vez de favorecer a cooperação, procurou simplesmente conter o enfrentamento. Além disso, em vez de promover a ajuda mútua entre os órgãos institucionais, buscou, antes de tudo, impedir a destruição de uns aos outros através de uma postura de autopreservação.

Nesse cenário, outro fator importante a ser destacado no presente tópico é a fundação da Constituição Americana e a sua influência no processo de construção do modelo de freios e contrapesos e, posteriormente, do constitucionalismo dialógico.

A criação da Constituição Americana representa o momento em que o sistema de freios e contrapesos surge mais claramente, com poder controlando o próprio poder. Desse modo, as democracias contemporâneas, incluindo a brasileira – tão influenciada por essas raízes norte-americanas – incorporaram essa noção de soberania dos poderes estatais através do sistema de *checks and balances*. A partir de então, questionou-se como se daria a conciliação da separação dos poderes com essa soberania almejada pelo povo. Para tanto, a única saída encontrada foi a de localizar o povo dentro de um poder constituinte, uno e fundador (MENDES, 2011, p. 175-176).

O grande problema disso tudo é que qualquer decisão que contraria as escolhas desse “poder soberano” é considerada antidemocrática. Além disso, a pluralidade de fontes autoritárias encontradas no modelo tripartite acaba sendo uma questão controversa, tendo como a única saída normativa a cooperação entre os poderes (MENDES, 2011, p. 176).

Dessa forma, resta claro que a interação entre os órgãos deve ser estimulada como forma de controle de eventuais abusos do Poder Judiciário e estímulo ao diálogo. Por isso, é extremamente necessário que as instâncias dialoguem entre si para que possam sempre buscar a melhor decisão em prol do interesse público.

Agindo dessa maneira, o constitucionalismo dialógico ressalta as capacidades institucionais de cada poder, sem, contudo, colocar nenhum deles em uma posição que suprima os demais. Além disso, a ocorrência da interação em um sistema de tripartição de poderes é algo inevitável, por isso, o comportamento ativista dos tribunais deve ser desempenhado de maneira constitucionalmente adequada, isto é, evitando-se a centralização de qualquer órgão institucional.

Nesse mesmo entendimento, Conrado Hübner Mendes menciona que “o fato é que os poderes interagem ininterruptamente, mesmo após as últimas palavras provisórias” (MENDES, 2011, p. 187). Logo, não há como esquivar-se desse contato.

Por fim, a partir de todo o exposto até aqui, merece destaque outro ponto importante. Apesar de o *caput* do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 definir que o STF atua como o guardião do diploma constitucional, a compreensão desse dispositivo não deve ser a de que

apenas o STF possui esse dever, uma vez que todos os poderes estatais estão vinculados ao referido documento (LEITE, 2017, p. 242).

Segundo o que estabelece o *caput* do artigo:

**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]. (BRASIL, 1988).

Dito isso, é importante salientar que, em que pese o disposto no artigo, a separação dos poderes não implica necessariamente que o Supremo deve exercer a tarefa de protetor da CF/88 de forma isolada. O dever de guarda da norma maior trata-se de encargo de todos os órgãos institucionais, uma vez que todos são subordinados a ela. A respeito disso, ressalta Glauco Salomão Leite:

Essa retórica do “guardião entrincheirado” apresenta dois problemas. Em primeiro lugar, estabelece uma relação hierárquica em que a Corte se situa em um pedestal, apontando, de maneira infalível, os desvios praticados pelos outros poderes. A consequência desse problema é o desperdício das potencialidades que uma interação dialógica e horizontal pode proporcionar na concretização das normas constitucionais (LEITE, 2017, p. 243).

Além disso, o problema da adoção de medidas “inovadoras”, inseridas em um contexto ultrapassado de controle de constitucionalidade de leis, consiste no fato de que essas medidas acabam tendo os seus efeitos limitados pelos aspectos tradicionais e imutáveis do sistema (GARGARELLA, 2017, p. 22). Em razão disso, o estímulo à atuação cooperativa dos órgãos é imprescindível para que esses diálogos se tornem cada vez mais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O constitucionalismo dialógico questiona, portanto, a possibilidade de predomínio de qualquer dos poderes, deixando claro que a melhor opção é uma atuação dialógica no processo de concretização das normas constitucionais e manutenção do equilíbrio institucional. Sendo assim, funciona ainda como um “remédio” para o ativismo judicial exercido inconstitucionalmente sem, contudo, ser incompatível com este.

## **A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF: ATRAVÉS DA PRISÃO DO EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA**

### **Considerações iniciais**

Este tópico foi reservado para a análise do debate acerca flexibilização da presunção da inocência pelo Supremo Tribunal Federal com a prisão do ex-presidente Lula. A partir desse caso, será possível ressaltar, além dos aspectos ativistas adotados pelo Tribunal nas suas decisões, as reações antidialógicas do Poder Legislativo – fruto dessa participação excessiva e intervenção da Suprema Corte sobre os demais poderes.

De início, é de suma importância salientar novamente que a atuação ativista dos tribunais não é incompatível com o modelo dialógico (LEITE, 2017, p. 243) apresentado no presente artigo.

O ativismo judicial, quando utilizado de maneira “constitucionalmente adequada” pela Suprema Corte, traz apenas consequências positivas para o sistema constitucional brasileiro como um todo. Assim, a partir da análise dos casos concretos tratados neste capítulo, será visto adiante como o modelo de constitucionalismo dialógico, entendido através de uma perspectiva de construção compartilhada de soluções constitucionais (LEITE, 2017, p. 246), pode ser a chave para a pacificação dos conflitos entre os poderes e instâncias, dando fim à ideia de monopólio do Poder Judiciário sobre a interpretação constitucional.

## **A flexibilização do princípio da presunção de inocência: paralelo entre a decisão do STF e o julgamento do Habeas Corpus preventivo manejado em defesa do ex-presidente Lula**

Quando o STF, em outubro de 2016, na decisão do Habeas Corpus nº 126.292, passou a admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado, entendendo que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede a execução no curso do processo e nem fere o preceito fundamental disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, inúmeras controvérsias a respeito da legitimidade democrática da decisão foram levantadas.

Como dito, os referidos diplomas normativos trazem em seu texto a questão da execução da pena antes da sentença condenatória transitada em julgado:

**Art. 5º. CF/88.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LVII** – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

**Art. 283. CPP.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Veja-se, ao contrário do que o STF afirma em seu julgado, com exceção do flagrante delito, prisão temporária e preventiva, o artigo 283 do CPP deixa explícito que nenhum indivíduo será privado da sua liberdade no curso do processo e, conseqüentemente, sem que tenha havido sentença condenatória transitada em julgado. Dessa forma, o mencionado artigo não fere o dispositivo constitucional, tendo em vista que este último também estabelece o mesmo.

Sendo assim, não há que se falar em uma interpretação distinta da que de fato está expressa e clara no texto dos artigos, uma vez que ambos referem-se à garantia constitucional incluída no rol de direitos fundamentais da CF/88, qual seja, a presunção da inocência. Todavia, mesmo se tratando de cláusula pétreia, ministros como Luís Roberto Barroso defendem a legitimidade da flexibilização da norma, conforme demonstra trecho do voto abaixo:

A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas (BARROSO, 2016).

Ressalte-se, contudo, que a ideia pretendida neste trabalho não é a de analisar se a flexibilização é ou não constitucional, mas a de demonstrar como o ativismo praticado pela Suprema Corte na interpretação do texto normativo pode, também, provocar um desequilíbrio institucional entre os poderes.

Nessa perspectiva, impende destacar que a Suprema Corte desempenha dois papéis distintos: o papel representativo e o contramajoritário. Caracteriza-se como representativo quando atende e se identifica com a vontade popular, presumindo-se, desta forma, que está atuando em defesa da democracia. Contudo, assume o papel contramajoritário quando invalida os atos dos outros poderes ou decide contrariamente às demandas sociais.

Sendo assim, no que diz respeito ao caráter contramajoritário, defende Luís Roberto Barroso que o STF “pode e deve fazê-lo para defender as regras do jogo democrático” (BARROSO, 2016), porém, só deve atuar quando houver uma questão de direito que seja relevante para a sociedade.



Ou seja, não só Barroso como o próprio tribunal defendem que a atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais ocorre somente quando esses direitos não são atendidos ou respeitados pelo Poder Legislativo. Logo, quando o próprio Supremo passa a defender a flexibilização de uma garantia constitucional com título de direito fundamental, acaba indo de encontro com a sua função jurisdicional de proteção desses direitos.

Nesse mesmo raciocínio, é importante salientar que após o julgamento do HC n. 126.292 responsável por motivar essa decisão, o cenário político brasileiro vivenciou um dos seus casos mais emblemáticos de flexibilização da presunção de inocência com a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Em julho de 2017, o juiz responsável pelos processos da Operação Lava Jato, Sérgio Moro, condenou Lula pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro por supostamente ter recebido propina da empreiteira OAS em troca de favorecimento da empresa, sentenciando o ex-presidente a nove anos e seis meses de prisão. Em seguida, no dia 24 de janeiro de 2018, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), por decisão unânime, manteve a condenação e aumentou a pena para doze anos e um mês de prisão, com início em regime fechado.

A decisão em segunda instância ensejou a decretação de prisão do ex-presidente e a defesa de Lula, com o intuito de evitar a prisão, manejou um HC preventivo (HC n. 152.752) no STF, que também foi negado, por seis votos a cinco.

O HC preventivo visava impedir que a pena fosse cumprida antes do trânsito em julgado do processo, isto é, com o consequente esgotamento de todas as possibilidades de recursos nos tribunais superiores.

Contudo, os votos no julgamento do mencionado HC de Lula seguiram o voto do Ministro Relator Edson Fachin, que entendeu pela execução da pena após a condenação e segunda instância, aplicando ao caso o atual entendimento do STF. O Min. Fachin determinou que o respeito ao entendimento dos tribunais deve ser mantido e que, eventual alteração sobre a matéria só pode ocorrer no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 (STF, 2018).

Acompanhando o Min. Fachin, ministros como Luiz Fux mencionaram que a presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não impede a execução provisória da pena, uma vez que “a presunção de inocência cessa a partir do momento em que, por decisão judicial, se considera o réu culpado” (STF, 2018).

Entretanto, um dos votos mais enfáticos a favor do pedido do ex-presidente foi o do Ministro Ricardo Lewandowski, que chamou a previsão do TRF-4 de ilegal por falta de fundamentação adequada para motivar tal prisão, entendendo o tribunal pela prisão automática, algo que não acontece em nenhum país. O Ministro ainda ressaltou que “o combate à corrupção não justifica flexibilizar essa garantia que foi elástica pelo constituinte original em função do momento histórico que vivíamos” (STF, 2018), além disso, a vida e a liberdade são direitos que, após violados, não se repõem jamais.

Seguindo o mesmo entendimento, o Min. Marco Aurélio votou pela concessão da ordem, entendendo que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão trata-se de medida precoce.

A divergência de opinião entre os ministros da Suprema Corte levantou muita discussão a respeito do tema, o que ressaltou a necessidade de pacificação sobre a matéria. O papel ativista – e, para muitos, partidário – assumido pelo STF nessa situação, bem como a prolação de uma

decisão essencialmente antidemocrática foi considerado uma ofensa às cláusulas pétreas e ao regime democrático.

O Poder Judiciário não pode, ressalte-se, tomar decisões com o intuito de agradar ou desagradar a população, uma vez que a sua função é a de aplicar a lei de forma responsável, sem ultrapassar limites. Entretanto, o fato é que a decisão do HC de Lula acabou relativizando um direito fundamental, causando, desta forma, enorme insatisfação popular.

Além disso, a ponderação distinta dos valores e das prioridades sociais pelos órgãos institucionais, principalmente no que diz respeito à flexibilização de uma norma constitucional prioritária, torna o cenário propício para a existência de tensão e conflitos entre os poderes.

Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes pontua que essa tensão existente entre os poderes – decorrente, sobretudo, de atuações ativistas da Corte – acontece justamente porque nenhuma instituição democrática é suficiente para assegurar as preocupações relevantes na sustentação da democracia.

Logo, apesar desse desentendimento ser inevitável, o constitucionalismo dialógico aqui defendido pode e deve se mostrar como a melhor opção na atenção dos interesses da coletividade, uma vez que, conforme mencionado no capítulo anterior, os diálogos ressaltam as capacidades institucionais de cada poder, sem, contudo, colocar nenhum deles em uma posição que suprima os demais.

Em razão disso, em vez de inserir-se em um contexto propício para o levantamento de diversas discussões partidárias que questionam a representatividade e legitimidade da Corte, deve o STF primar sempre por uma atuação que resguarda os direitos e garantias de cada indivíduo, e não que os ameaça. Por este motivo, a ponderação dos princípios e valores constitucionais feita em conjunto pelos poderes se mostra a opção mais plausível na busca por um modelo justo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao analisar-se todo o contexto exposto, fica evidente a importância que o constitucionalismo dialógico e o sistema de freios e contrapesos possuem para a solução dos conflitos nos casos de choque de decisões entre as instâncias, uma vez que, conforme demonstrado reiteradas vezes no presente trabalho, nenhum poder está apto a exercer controle “hegemônico” sobre o texto constitucional. Por isso, é extremamente necessário que haja a cooperação entre eles.

Ademais, insta registrar, além de todas as discussões a respeito dos diálogos constitucionais e do ativismo judicial, também se deu em torno de tecer considerações acerca da atuação da Suprema Corte tanto no seu caráter representativo como contramajoritário. Nesse sentido, foram analisados os vários sentidos que a expressão “ativismo judicial” tem recebido, mas principalmente o viés negativo que o termo adquiriu após questionarem a legitimidade democrática dos julgados do Supremo.

Por outro lado, viu-se que o ativismo judicial, apesar de alargar as competências jurisdicionais do STF, deve existir como forma de suprir as omissões do Poder Legislativo e evitar abusos dos outros poderes, resguardando-se os valores da Constituição; e não como órgão que ofende aos princípios constitucionais inseridos no rol de direitos fundamentais.

Como exposto anteriormente, nos últimos anos as decisões dos tribunais passaram a ser dotadas de uma partidarização e ativismo muito fortes, o que, para muitos, representou uma violação ao regime democrático. Todavia, o estímulo a um cenário de maior interação da Corte

com os poderes Legislativo e Executivo é primordial para a manutenção do equilíbrio entre os órgãos institucionais.

A redefinição do papel do Judiciário ocorrida com a redemocratização no contexto pós-CF/88 causou grandes discussões pelo fato de a interpretação da norma passar a ser reservada exclusivamente para juízes não eleitos democraticamente e, portanto, não representantes da vontade popular.

Não obstante, defendeu-se neste trabalho o exercício de um ativismo judicial “constitucionalmente adequado” (LEITE, 2017, p. 265), que não exclui a dinâmica da autorretratação (autocontenção), apesar de opostos. Além disso, este artigo se propôs a demonstrar como os diálogos e ativismo judicial não são modelos incompatíveis e, principalmente, como o constitucionalismo dialógico se mostra a alternativa mais apropriada na representação da vontade popular.

Portanto, os diálogos institucionais questionam a possibilidade de predomínio de qualquer dos poderes, deixando claro que a melhor opção é uma atuação dialógica. Dessa forma, os interesses da coletividade são sempre atendidos, além disso, institui-se o equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, tornando o ambiente propício para uma comunicação em prol do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18540>. Acesso em: 21 de fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**. *Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review* V. 71 (3), 2006, p. 1109. No Brasil, sobre o tema, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*; Brandão, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL, STF, HABEAS CORPUS: **HC 152752**. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL, **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **As dificuldades em se quantificar o qualitativo**. In: Revista de Direito do Estado, ano 7, n. 22, jan/mar 2012, p. 253-274.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DWORKIN, Ronald. **La construcción de La nación, el constitucionalismo y la democracia**. In: KOH, Harol Hongju; Slye, Ronald C. Democracia deliberativa y derechos humanos. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

FONTENELLES, Nazareno. **Tramitação da PEC 33 – 2011**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011). Acesso em: 15 jun. 2017.

GARGARELLA, Roberto. **El Nuevo Constitucionalismo Dialógico Frente al Sistema de los Frenos y Contrapesos**. In: Revista Argentina de Teoría Jurídica, v. 14, dezembro de 2013.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all**. apud LEITE, Glauco Salomão. Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 236.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Supremacia Judicial, Direitos Fundamentais e Democracia: o controle judicial das leis na encruzilhada?** In JUST, Gustavo e REIS, Isaac. Teoria Hermenêutica do Direito: autores, tendências e problemas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 41-69

MARSHALL, William P. **Conservative and the seven sins of judicial activism**. University of Colorado Law Review, v. 73, p. 101-140, Sept. 2002. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266). Acesso em: 15 dez. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Série Direito Desenvolvimento Justiça: produção científica, 1 vol. br, São Paulo, Saraiva, 2011.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Supremacia judicial e controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/799/668>. Acesso em: 08 abr. 2019

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Controle de constitucionalidade dialógico e a democracia deliberativa**, 2015. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7537](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7537). Acesso em: 10 fev. 2019.

TULLIS, Jeffrey, **Deliberation Between Institutions** apud MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. Série Direito Desenvolvimento Justiça: produção científica, 1 vol. br, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 190-191.

VERONESE, Alexandre. **A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo**. Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, v. 3, p. 215-265, 2009.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Mordern Judicial Review** apud ABOUD, Georges. Juristocracia Delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. In: Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lenio Steck – 1 Ed. – Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 213.

# A JURIMETRIA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL NO PERÍODO DE 2017 E 2018

**Norma Sueli Alves dos Santos Vidal**

Mestranda em Direitos Fundamentais (UNAMA).

**Jorge Luiz Oliveira dos Santos**

Doutor em Ciências Sociais – Antropologia (UFPA). Professor do PPGDF (UNAMA).

## INTRODUÇÃO

A compreensão de política pública e seu ciclo de formação não é fácil, no direito brasileiro as políticas públicas são programas de ação do governo, utilizados para atingir determinados objetivos num determinado espaço com tempo certo de duração, que podem transcender os instrumentos normativos e do programa (BUCCI, 2006). Se a definição do conceito apresenta dificuldades, a formulação e a gestão das políticas públicas é um grande desafio para o poder público. O ideal de uma política pública é alcançar seus objetivos sociais a que se propõem através de resultados mensuráveis (BUCCI, 2006), garantindo a saúde da coletividade, mediante acesso universal e gratuito.

Nesse contexto, o objetivo desta pesquisa é analisar a representatividade da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil nos anos de 2017/2018 em comparação com o orçamento público gasto no mesmo período, e o seu impacto na efetivação das políticas públicas de saúde, que aponta para a seguinte problemática: Os gastos orçamentários com processos judiciais no período de 2017/2018 representaram um impacto significativo para efetivação das políticas públicas direcionadas à saúde?

O caminho metodológico escolhido para o estudo é da pesquisa empírica, através de multimétodos (IGREJA, 2017), com a análise dos dados através da Jurimetria, método que combina as análises estatísticas simples, aplicado ao estudo do Direito (YEUNG, 2017), visando demonstrar o impacto da judicialização no orçamento da saúde nos anos de 2017 e 2018, e a possível efetivação do direito à saúde. O trabalho utiliza a base de dados virtual da Controladoria Geral da União para a análise do orçamento para área da saúde de 2017/2018, para confrontá-los com os valores gastos em demandas judiciais em 2017/2018, através de dados disponibilizado pelo Advocacia-Geral da União. Serão apresentados, ainda, os números de processos ajuizados entre 2017 e 2018, extraídas a 14ª e 15ª edições do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça.

Inicialmente, resumidamente pontuaremos algumas definições de políticas públicas, o que implica na necessidade de compreensão do seu ciclo de formação, e dos elementos que lhe dão o arcabouço jurídico para ação governamental. Após, abordaremos a efetivação do direito social à saúde pelo Poder Judiciário, com destaque para os números de processos divulgados recentemente na 15ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, que demonstra um aumento significativo nos últimos 10 anos, chegando ao patamar de 130% de 2008 a 2018. Em seguida abordaremos a questão da gestão e financiamento da saúde, finalizando, com base na jurimetria, na análise qualitativa e quantitativa dos dados da judicialização da saúde no Brasil nos anos de 2017/2018.

Antes de prosseguir vale propor algumas notas: apesar do recorte temporal da pesquisa se referir aos períodos de 2017 e 2018, serão trazidos dados do aumento do número de processos de 2014 a 2018 para melhor ilustração da evolução da judicialização do direito à saúde no Brasil. Esclarecendo, ainda, que a jurimetria, como qualquer outro método de análise de dados deve ser transparente e cuidadoso para evitar conclusões equivocadas, sendo assim, além da demonstração do impacto da judicialização no orçamento da saúde nos anos de 2017 e 2018, serão trazidos dados orçamentário com o financiamento de outros programas de saúde para efeito de comparação com os valores gastos em demandas judiciais em 2017/2018.

## **DEFINIÇÃO, CICLO DE FORMAÇÃO E ELEMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

A definição de Políticas Públicas não é fácil, devido sua heterogeneidade e interdisciplinares no âmbito acadêmico. A difícil sintetização do tema se deve principalmente pela mudança constante das bases conceituais à medida que os sistemas políticos e as sociedades se tornam mais complexos e se interpenetram por força da modificação das economias, assim como pela mundialização dos problemas sociais provenientes do sistema capitalista e pelos avanços acelerados no campo tecnológico.

O tema Política Pública, derivada da Ciência Política, surge no contexto da administração pública a partir da década de 90, agregando contribuições de diferentes disciplinas. Ao ser tratado no campo do direito enfrenta o problema de refletir a mudança constante da realidade, que envolve a organização das relações entre Estado, Administração Pública e sociedade.

Com a Constituição Federal de 1988 o Estado brasileiro passou a ter um enfoque prestacional, surgindo a necessidade de compreensão das políticas públicas como forma de concretização dos direitos humanos em particular os direitos sociais. Os Direitos sociais do século XX são direitos meios, cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. O Estado para desenvolver suas atividades e os serviços públicos faz por meio de atores, pessoas, organizações e instituições encarregada de prover as pessoas de todos os direitos previstos no texto constitucional. Portanto, sem a implementação das políticas públicas o Estado social não existe.

A partir de 1990 houve a edição de grande número normas que instituíram políticas setoriais no sistema positivo brasileiro. Observa-se a definição de política pública em vários tipos normativos como um programa de governo ou quadro de ação governamental, se mostrando como um conjunto de medidas articuladas/ coordenadas, cujo escopo é movimentar a administração governamental, para realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. O termo política em diversas referências constitucionais na Constituição Brasileira é tomado como sinônimo de política pública, como se observa nos títulos que tratam, das Finanças Públicas, Ordem Econômica e Ordem Social.

Vários autores buscam definir o conceito de políticas públicas no direito brasileiro. Para Maria Paula Dallari Bucci a política pública é:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p.39)

Na definição de Fábio Konder Comparato a política pública é um “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1997). Na concepção de Ana Paula Barcellos as políticas públicas “são comandos gerais efetivados pela Administração Pública, através da implementação de ações e programas dos mais diferentes tipos” (BARCELLOS, 2005).

Para que as políticas públicas deixem o plano da teoria, há um procedimento a ser seguido, ou seja, para que uma política pública que foi pensada se torne realidade, há um ciclo a ser seguido. O ciclo de políticas públicas, geralmente, comporta as seguintes etapas: 1) identificação de um problema; 2) definição da agenda pública; 3) formulação e as escolha das políticas públicas; 4) implementação das políticas públicas; 5) avaliação da política implementada (FONTE, 2015).

Resumidamente o ciclo de políticas públicas se apresenta:

(...) a montagem da agenda se refere ao processo pelo qual os problemas chegam à atenção dos governos; a formulação da política diz respeito ao modo como as propostas são formuladas no âmbito governamental; a tomada de decisão é o processo pelo qual os governos adotam um curso de ação ou não; a implementação da política se relaciona ao modo pelo qual os governos dão curso efetivo a uma política; e a avaliação da política se refere aos processos pelos quais tanto os atores estatais como os societários monitoram os resultados das políticas, podendo resultar daí em uma reconceitualização dos problemas e das soluções político-administrativas. (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 14-15).

As políticas públicas apresentam, ainda, três elementos que dão o arcabouço jurídico para ação governamental, são eles: 1) o orçamento público; 2) o planejamento público e 3) a discricionariedade administrativa.

Os orçamentos públicos refletem a tendência de incremento da burocracia e da participação do Estado na Sociedade. O Dinheiro público acaba por ditar os índices de efetividade da própria constituição da república. A importância do orçamento público, portanto, decorre de sua vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, sobre recursos escassos. O orçamento público, nas sociedades democráticas contemporâneas, é peça-chave no desenho das políticas públicas, pois é por meio dele que se define o tamanho do Estado em cada momento histórico. Sem a devida previsão orçamentária, não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria antidemocrático, exatamente porque ausente a devida autorização popular. (FONTE, 2015).

Segundo o artigo 165 da Constituição Federal de 1988, o orçamento é materializado em três instrumentos de planejamento: o Plano Plurianual – PPA (estratégico), a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (tático) e Lei Orçamentária Anual – LOA (operacional). Essas normas são verdadeiros instrumentos preventivos e aplicadores de políticas públicas, pois agem definindo e quantificando ações administrativas, metas e prioridades a serem realizadas; e também por servirem de parâmetro no controle da gestão pública em relação ao planejamento traçado e às prioridades definidas.

O planejamento é um projeto de ação futura racionalizada, por meio do qual se especificam objetivos a serem alcançados e as maneiras para alcançá-los, mediante a coordenação dos instrumentos existentes. O planejamento: 1) coordena, racionalista e dá uma unidade de fins à atuação do Estado; 2) deve estar comprometido axiologicamente tanto para ideologia constitucional como pela busca da transformação do status quo econômico e social; 3) deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos pré-determinados; e 4) é um processo político especialmente a nossa sociedade que busca a transformação das estruturas econômicas e sociais. (BERCOVICI, 2006).

A necessidade de planejar é imposta ao Estado em diversas passagens da Constituição Federal de 1988, com objetivo de exercer sua atuação em prol da sociedade, que visa atender a transparência e racionalização. O planejamento, na forma da lei, conta com a aprovação do Poder Legislativo, fortificando o seu viés democrático e, por esse motivo, dificultando a intervenção judicial.

A discricionariedade administrativa se apresenta tanto na decisão dos instrumentos para a realização de políticas públicas, quanto em matéria de dispêndio público, e limitada ao crédito orçamentário.

A partir do entendimento do conceito, do ciclo e elementos das políticas públicas, observa-se que envolve a atuação do Estado e reflete que as políticas públicas devem ser planejadas na tentativa da melhor alocação de recursos públicos, dando efetividade aos direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais da coletividade.

## **EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO**

O direito constitucional social à saúde, previsto no art. 6º e reprisado no art. 196 da Constituição Federal de 1988, prevê que saúde é direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas públicas do Estado, representado pelos três entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios). Contudo, o número cada vez maior de pacientes que buscam tratamento pela rede pública de saúde vem causando um grande aumento nos custos de saúde para o Estado em todas as esferas, surgindo uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a limitação da verba orçamentária destinada à saúde e a insuficiência das políticas públicas criadas para este fim.

O direito à saúde, como um direito fundamental de caráter social, exige do Estado prestações para sua efetividade. Portanto, cabe ao Estado o dever de planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde da coletividade, mediante acesso universal e gratuito, o que implica na organização de um complexo de ações e serviços, aptos a tornar possível acesso de todos os brasileiros como potenciais usuários do Sistema Único de Saúde – SUS.

Na prática, contudo, ocorrem eventuais falhas na prestação do direito à saúde pelo Estado que não podem ser desconsideradas pelo Poder Judiciário quando provocado pelos indivíduos. É o que se chama de judicialização do direito à saúde, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário” (BARROSO, 2012).

Barroso indica as possibilidades de quando o Poder Judiciário deve agir:

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (Barroso, 2007, p.104)

Nesse sentido chegamos ao efeito da efetivação de direitos pela via judicial, pois quando há uma decisão judicial, condenando o Estado a efetivar o direito à saúde de um indivíduo, os recursos que seriam destinados à satisfação de direitos de uma coletividade acabam sendo reconduzidos, privilegiando os direitos de uns cidadãos em desprezo dos de outros.

Entre 2008 e 2017 o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130%, que incluí tanto a esfera pública como a privada. Segundo o Ministério da Saúde os seus gastos com demandas judiciais, atingiu R\$ 1,02 bilhão em 2017 e R\$ 1,1 bilhão em 2018. Entretanto, em 2016



atingiu o patamar de R\$ 1,6 bilhão. Tal montante, parece pequeno, frente ao orçamento público para a saúde, entretanto, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais.

A 14ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça os números de 2018, que contempla todas as demandas sobre a Judicialização da Saúde (de natureza cível, não criminal), considerando os processos ajuizados entre 2014 até 31/12/2017 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, considerados cumulativamente, que totalizavam **1.778.269**.

Já na 15ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça os números de 2019, que contempla, também, todas as demandas sobre a Judicialização da Saúde (de natureza cível, não criminal), considerando os processos ajuizados até 31/12/2018 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, considerados cumulativamente, que totalizam 2.228.531, distribuídos da seguinte forma:

**Tabela 1 – Processos ajuizados em 2017 e 2018**

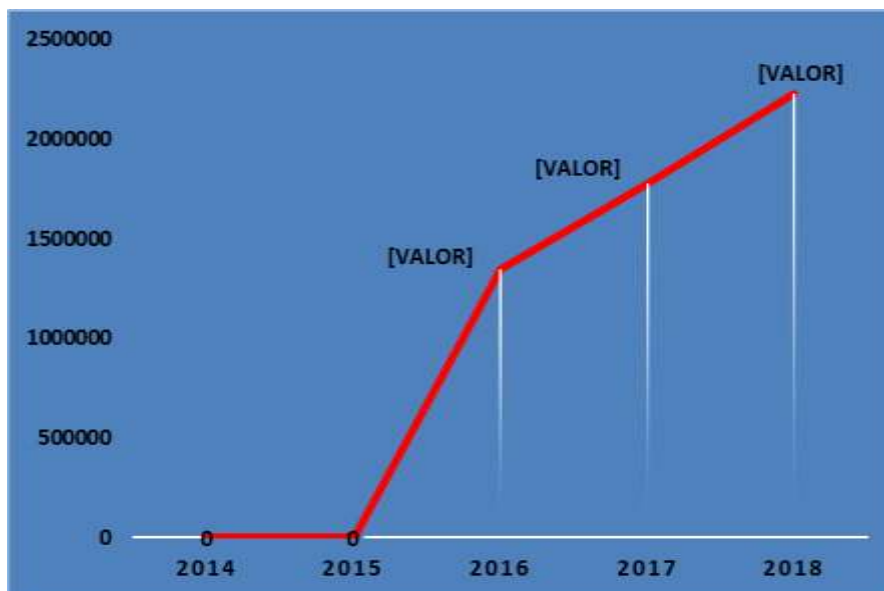
Assunto	Quantidade de processos Até 31/12/2017	Quant. Processos Até 31/12/2018
<b>Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)</b>	152.201	159.414
<b>Fornecimento de medicamentos – SUS</b>	420.930	544.378
<b>Tratamento médico-hospitalar – SUS</b>	135.849	177.263
<b>Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos - SUS</b>	242.684	259.334
<b>Assistência à Saúde/ servidor público</b>	35.356	42.459
<b>assistência médico hospitalar (SUS)</b>	---	4.258
<b>Ressarcimento ao SUS</b>	4.474	5.562
<b>Reajuste da tabela do SUS</b>	3.004	3.308
<b>Convênio médico com o SUS</b>	1.350	1.671
<b>Repasse de verbas do SUS</b>	1.044	1.450
<b>Terceirização do SUS</b>	1.328	1.652
<b>Serviços em saúde (SUS)</b>	---	59.355
<b>Planos de saúde (direito do consumidor)</b>	564.090	677.897
<b>Fornecimento de medicamento (planos de saúde)</b>	---	16.932
<b>Serviços hospitalares – Consumidor</b>	32.172	37.894
<b>Planos de saúde (direito do trabalho)</b>	76.090	90.957
<b>Taxa de saúde suplementar (tributário)</b>	---	576
<b>Doação e transplante órgãos/tecidos</b>	1.255	1.343
<b>Saúde mental</b>	6.739	8.451
<b>Controle social e Conselhos de saúde</b>	2.850	4.118
<b>Hospitais e outras unidades de saúde</b>	13.125	22.647
<b>Erro médico</b>	83.728	107.612
<b>TOTAL</b>	<b>1.778.269</b>	<b>2.228.531</b>

Fonte: 14ª e 15ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça os números

Comparando a quantidade de processos ajuizados até 2017 com os ajuizados até 2018, percebe-se houve um incremento de aproximadamente 450 mil processos judiciais. A imagem 1 mostra que os principais assuntos discutidos nos processos são, “planos de saúde”, mostrando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar. O segundo maior assunto discutidos nas demandas judiciais são “fornecimento de medicamentos” pelo SUS, e por consequência são os que demandam mais recursos financeiros do Estado.

Em medições anteriores feitos pelo Conselho Nacional de Justiça apontavam: (a) 1.346.931 demandas em 2016 (segundo pesquisa feita no Relatório Justiça em Números de 2017; b) 854.506 demandas em 2015 (segundo pesquisa feita no Relatório Justiça em Números de 2016); e (c) 392.921 processos em 2014 (segundo pesquisa feita no Relatório Justiça em Números de 2015). A evolução dos números de demandas pode ser ilustrada da seguinte forma:

**Gráfico 1 – Evolução da Judicialização da Saúde de 2014 a 2018**



Fonte: Autores

Segundo 15ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça os números de 2019, ainda, não há na literatura científica dados exatos sobre a classe social/econômica de quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde, e há divergências sobre os assuntos mais requeridos ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir.

O que resta claro é que a consequência da judicialização, mesmo direcionada à concretização do direito fundamental social à saúde, poderá de certo modo inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito de forma universal.

## **GESTÃO E FINANCIAMENTO DA SAÚDE**

A formulação e a gestão das políticas sociais públicas sempre foram grande desafio para o poder público, diga-se a administração pública. No Estado constitucional, o Estado Social de Direito foi encarregado pela norma constitucional de ofertar o serviço público ao cidadão como fonte primeira de garantia e gozo dos direitos fundamentais. Neste caso, sua não materialização que satisfaça as necessidades dos cidadãos, representa a completa afronta aos mandamentos constitucionais e sérios prejuízos ao exercício dos direitos fundamentais. (LIBERATI, 2013).

A gestão de políticas públicas deve se pautar no interesse público para concretização dos direitos humanos fundamentais. A descentralização político-administrativa na área social e a participação paritária nas decisões que envolvem formulação e execução de políticas públicas na

área social foi um marco importante para reformulação do texto da Constituição Federal de 1988. O administrador público ao formular, executar e gerir a administração pública deve verificar se suas ações estão direcionadas ao interesse da população.

O art. 198 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) fixa das diretrizes para a organização da saúde, na qual determina que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, sustentado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O estabelecimento das fontes de recursos para custear as despesas com ações e serviços públicos de saúde atende a um dos pilares da "Seguridade Social", fazendo valer o direito de acesso da população.

Para garantir tanto o acesso da população como o financiamento do SUS foi criado Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), que constitui instrumento para o acompanhamento do cumprimento do dispositivo constitucional que determina, em orçamento, a aplicação mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde (ASPS).

O SIOPS é um sistema informatizado, de alimentação obrigatória e acesso público, operacionalizado pelo Ministério da Saúde, instituído para coleta, recuperação, processamento, armazenamento, organização, e disponibilização de informações referentes às receitas totais e às despesas com saúde dos orçamentos públicos em saúde. O sistema possibilita o acompanhamento e monitoramento da aplicação de recursos em saúde, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem prejuízo das atribuições próprias dos Poderes Legislativos e dos Tribunais de Contas.

Através do SIOPS os gestores da União, estados e municípios declaram todos os anos os dados sobre gastos públicos em saúde. São essas declarações que garantem as transferências constitucionais de recursos para a oferta de ASPS. Apesar dos dados contidos no SIOPS possuírem natureza declaratória, buscam manter compatibilidade com as informações contábeis, geradas e mantidas pelos estados e municípios, além de conformidade com a codificação de classificação de receitas e despesas, definidas pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (STN/MF).

O SIOPS faculta aos Conselhos de Saúde e à sociedade em geral a transparência e a visibilidade sobre a aplicação dos recursos públicos, constituindo importante instrumento para a gestão pública em saúde, pois a partir das informações sobre recursos alocados no setor, têm-se subsídios para a discussão sobre o financiamento e planejamento do SUS.

A consolidação das informações sobre gastos em saúde no país é uma iniciativa que vem proporcionar a toda a população o conhecimento sobre quanto cada unidade político-administrativa tem aplicado na área.

A partir de dados obtidos no SIOPS, verificamos a evolução das despesas empenhadas e liquidadas com a saúde de 2016 a 2019, foram as seguintes:

**Tabela 2 – Despesas da União com a Saúde**

Anos	Despesas da União com a saúde
2016	100.190.605.307,83
2017	102.713.827.690,68
2018	108.179.156.538,17
2019	R\$ 94.897.652.959,54

Fonte: <http://www.saude.gov.br/repasses-financeiros/siops>

As despesas englobam a Assistência hospitalar e ambulatorial, a Atenção básica, a Suporte profilático e terapêutico, Administração geral, Vigilância epidemiológica, inclusive pagamento de execução de sentenças judiciais.

## **A JURIMETRIA NA ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DOS DADOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL EM 2017/2018**

Os avanços tecnológicos possibilitaram uma nova forma de encarar as normas e a sua aplicação que se baseia em dados e, conseqüentemente, em estatísticas. Por isso, a Jurimetria é entendida como um método de pesquisa baseado no uso do empirismo, combinado com análises estatísticas, aplicado ao estudo do Direito (YEUNG, 2017), que pode ser genericamente definida como “a estatística aplicada do Direito, onde o Poder Judiciário é um grande gerador de dados para pesquisas sobre a judicialização. É de fundamental importância que o método de análise dos dados seja transparente e cuidadoso para evitar conclusões equivocadas.

A Jurimetria não exige emprego de métodos sofisticadíssimos, com matemática e/ou recursos computacionais de última geração, mas qualquer estudo cujo objeto faz parte das ciências jurídicas – no caso específico aqui, a judicialização da saúde – que se valha de dados coletados empiricamente, e cuja análise se baseie de alguma forma em conceitos estatísticos por mais simples que sejam.

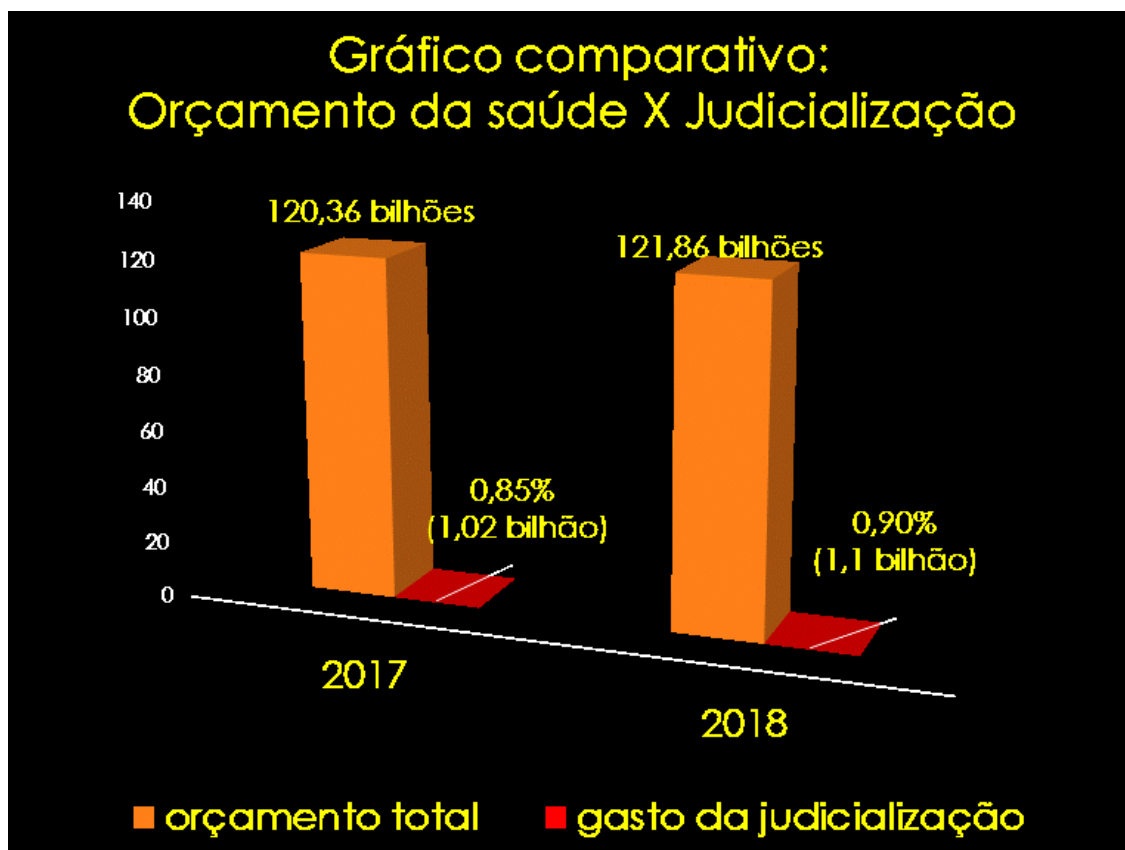
Sendo assim, este estudo utilizou-se o caminho metodológico da pesquisa empírica, através de multimétodos (IGREJA, 2017), com a análise dos dados através da Jurimetria, visando demonstrar o impacto da judicialização no orçamento da saúde nos anos de 2017 e 2018, e a possível efetivação do direito à saúde. Utilizou-se a base de dados virtual da Controladoria Geral da União para a análise do orçamento para área da saúde de 2017/2018, para confrontá-los com os valores gastos em demandas judiciais em 2017/2018, através de dados disponibilizado pelo Advocacia-Geral da União.

Conforme Relatório de Gestão 2018 o Sistema Único de Saúde (SUS) é o maior sistema público de saúde com cobertura universal do mundo. Segundo estimativas, mais de 70% da população nacional é usuária do SUS, o que equivale a aproximadamente 160 milhões de pessoas exclusivamente dependentes do Sistema. O SUS realizou em 2018 quase 4 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 11,6 milhões de internações, 1,4 bilhão de consultas e atendimentos e 900 milhões de exames.

O orçamento total da União para área da saúde de 2017 foi em torno de R\$ 120,36 bilhões de reais, e em 2018 de R\$ 121,86 bilhões de reais. A utilização dos dados orçamentários é de fundamental importância, considerando que não se executa políticas públicas sem recursos financeiros. Sem a devida previsão orçamentária, não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria antidemocrático, porque estaria ausente a devida autorização popular. Nesse aspecto cabe ao Poder Executivo a elaboração do Projeto de Lei Orçamentária Anual – PLOA, com base no planejamento estabelecido no Plano Plurianual - PPA e na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, que posteriormente envia para o Congresso Nacional - CN, que examinam, discutem, ajustam, votam e aprovam a proposta orçamentária.

Fazendo um comparativo com os dados de judicialização de R\$ 1,02 bilhão em 2017 e R\$ 1,1 bilhão de reais em 2018, os resultados apresentados nos mostram que os processos judiciais corresponderam a 0,85% do orçamento da saúde disponibilizado em 2017, e 0,90% do orçamento de 2018.

Gráfico 2 – Gráfico Comparativo Orçamento X Judicialização



Fonte: Autores

Em uma análise preliminar nos induz a pensar em impacto pequeno quando comparado com os valores totais dos recursos disponibilizados nos dois períodos em análise, pois equivalem a menos de 1% por ano do total do orçamento da União destinados à área da saúde. Entretanto, são valores que ultrapassam 2 bilhões de reais em dois anos e que poderiam ter utilizados para políticas públicas de saúde de uma forma planejada beneficiando um número maior de pessoas.

A título de comparação trazemos os valores de algumas das despesas do Ministério da Saúde constante do Orçamento 2018, da Lei nº 13.587, de 2 de janeiro de 2018, como:

Tabela 3 – Orçamentos para Ações de saúde de 2018

Manutenção e Funcionamento do Programa Farmácia Popular do Brasil pelo Sistema de Gratuidade	2,08 bilhões de reais
Incentivo Financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a Vigilância em Saúde	2,02 bilhões de reais
Promoção da Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos na Atenção Básica em Saúde	1,3 bilhão de reais
Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena	1,3 bilhão de reais
Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas	1,1 bilhão de reais
Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis	1.06 bilhão de reais

Fonte: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>

Observa-se que volume de gastos em apenas dois anos em cumprimento de decisões judiciais quando comparado com orçamento inteiro de outras ações de saúde se mostra significativo. O gasto total da judicialização de 1,1 bilhão de reais em 2018 representa o valor total destinados ações como de Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas de 1,1 bilhão de reais, ou o de Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos

Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis de 1.06 bilhão de reais. Enquanto, que a soma de mais de 2 bilhões de reais gastos em 2017 e 2018, representa o orçamento total destinados ações como de Manutenção e Funcionamento do Programa Farmácia Popular do Brasil pelo Sistema de Gratuidade de 2,08 bilhões de reais, ou o de Incentivo Financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a Vigilância em Saúde de 2,02 bilhões de reais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da dificuldade em sintetizar a definição de políticas públicas, esta envolve a atuação do Estado compreendendo o Poder executivo, o Legislativo, o Judiciário e a coletividade em geral, pois cada um desses atores possui uma parcela responsabilidade pelas ações e decisões. Reflete, também, que há um procedimento a ser seguido, ou seja, um ciclo que comporta as seguintes etapas: 1) identificação de um problema; 2) definição da agenda pública; 3) formulação e a escolha das políticas públicas; 4) implementação das políticas públicas; 5) avaliação da política implementada. E, ainda, apresenta três elementos que dão o arcabouço jurídico para ação governamental, são eles: 1) o orçamento público; 2) o planejamento público e 3) a discricionariedade administrativa.

Vimos que o direito à saúde, como um direito fundamental de caráter social, exige do Estado prestações para sua efetividade. Portanto, cabe ao Estado o dever de planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde da coletividade. Entretanto, quando ocorrem falhas na prestação dos serviços à saúde há uma busca pelo Poder Judiciário, chamada de judicialização, que gera um volume de processo que demandam solução imediata.

Entre 2008 e 2017 o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130%, que inclui tanto a esfera pública como a privada. Segundo o Ministério da Saúde os seus gastos com demandas judiciais, atingiu R\$ 1,02 bilhão em 2017 e R\$ 1,1 bilhão em 2018.

O orçamento total da União para área da saúde de 2017 foi em torno de R\$ 120,36 bilhões de reais, e em 2018 de R\$ 121,86 bilhões de reais. Fazendo um comparativo com os dados de judicialização de R\$ 1,02 bilhão em 2017 e R\$ 1,1 bilhão de reais em 2018, os resultados apresentados nos mostram que os processos judiciais corresponderam a 0,85% do orçamento da saúde disponibilizado em 2017, e 0,90% do orçamento de 2018. Assim, podemos constatar que os percentuais equivalem a menos de 1% do total do orçamento da União destinados a área da saúde, que em uma análise preliminar, nos induz a pensar em impacto mínimo quando comparado com os valores totais dos recursos disponibilizados nos dois períodos em análise.

Entretanto, os valores se mostram significativos quando comparado com o financiamento de outras ações de saúde, como o caso do gasto total da judicialização de 1,1 bilhão de reais em 2018, que representou os orçamentos integrais de programas como de Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas ou o de Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis. Enquanto, que a soma de mais de 2 bilhões de reais gastos em 2017 e 2018, representou o orçamento total destinados ações como de Manutenção e Funcionamento do Programa Farmácia Popular do Brasil pelo Sistema de Gratuidade, ou o de Incentivo Financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a Vigilância em Saúde.

O que se pode deduzir desta breve apresentação sobre a da jurimetria da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil no período de 2017 e 2018 é que diversos são os métodos possíveis de aplicação e análise dos dados, onde vislumbramos que os percentuais inicialmente podem parecer insignificantes frente ao orçamento público total para a saúde, todavia representa

parte substancial quando comparados com o orçamento utilizado para o financiamento de outros programas que fazem parte das políticas públicas de saúde.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neocostitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo v. 240, p. 90-105, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 05-15, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judícia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 31. n. 66. Porto Alegre: PGE, p. 89-114, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018: ano-base 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019: ano-base 2018**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais nº 737, p. 18-19, 1997.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito. p.11-37.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas e a Gestão das Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas.

MELO, Felipe. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

Orçamento atualizado para a área de atuação saúde 2017. Disponível em: <http://www.portal.transparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2017>, acesso em: 02 jun. 2019.

Orçamento atualizado para a área de atuação saúde 2018. Disponível em: <http://www.portal.transparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>, acesso em: 02 jun.2019.

Relatório de Gestão 2018. Disponível em: <http://saude.gov.br/relatorio-de-gestao>. Acesso em: 02 jun.2019.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: REED, 2017. p.249-274.

# JUIZES OU DEUSES? A TENDÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CONSEQUÊNCIA DO EMPODERAMENTO DO JUDICIÁRIO

**Paula Alves de Amorim**

Graduanda em Direito (PUC Minas)

**Vanessa Genícia Duarte**

Mestra em Ciências Humanas e Sociais (UNICAMP). Advogada.

## INTRODUÇÃO

Pensar a realização prática do direito tem se tornado uma tarefa complexa, sobretudo em virtude do momento atual em que o Judiciário se encontra inserido. Destarte, o contexto social e político brasileiro vem ampliando, mesmo que de maneira informal, o espaço de atuação do órgão.

E, nesse contexto de crescimento da função jurisdicional, se faz necessário problematizar o aumento de atuação do poder judiciário, especialmente quando frente aos demais poderes.

É intuitivo que o crescimento exponencial de demandas levadas ao judiciário acarretaria na tomada de decisões conflitantes em casos semelhantes, e que, a insegurança jurídica gerada por meio dessas decisões levaria a uma busca para a solução desses conflitos de maneira mais eficiente, a fim de garantir maior coerência e integridade nas decisões.

Assim, no intuito de conferir ao ordenamento maior segurança jurídica, é que teve início o processo de padronização decisória. Esse processo, na verdade, não se iniciou com o advento da Emenda Constitucional 45, a qual, dentre outros objetivos, instituiu a criação do instituto da súmula vinculante. Em que pese o processo de padronização ser mais antigo que a súmula, é inegável que esse instituto fortaleceu sobremaneira a ideia de que conferir ao Supremo Tribunal Federal a “função de intérprete das normas” com a criação de teses jurídicas com efeito vinculante para as demais instâncias, traria ao ordenamento maior sensação de fortalecimento da segurança jurídica.

Nessa linha de ideias, o presente trabalho tem como objetivo analisar a tendência de padronização de decisões pelo poder judiciário, utilizando-se como recorte metodológico de análise do instituto das súmulas vinculantes.

Por intermédio da metodologia qualitativa, baseada nas decisões jurisprudenciais mais recentes que versam sobre o instituto das súmulas vinculantes, bem como nas bibliografias que tratam acerca do processo de padronização, a pesquisa se volta para entender como o processo de judicialização da vida política, administrativa, social, econômica e até cultural, derrocou em modelos de padronização decisória para o estabelecimento de uniformidade nas decisões sob argumento de promoção de segurança jurídica e incorporação de um pretense sistema de precedentes.

Com efeito, para entender tal processo, necessário se faz problematizar o modo como a comunidade jurídica compreende o efeito vinculante atribuído as decisões das Cortes Superiores, em especial ao instituto das súmulas vinculantes, para, a partir disso, entender a função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas consequências na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais.



Assim, o primeiro tópico busca, de maneira tímida, identificar o que levou o poder judiciário a assumir o papel de instância moralizadora da sociedade, bem como identificar que a crença depositada no judiciário após os regimes totalitários que marcaram o contexto pós-guerra tende a justificar a implantação desse sistema de padronização de decisões.

Já o segundo tópico, tem como objetivo fazer uma conceituação da súmula vinculante, e, analisar o processo de edição, revisão e cancelamento do instituto. Ainda, se propõe a identificar se a súmula vinculante, e demais institutos que geram decisões com efeito vinculante, podem ser equiparados ao precedente judicial genuíno do *common law*.

Por fim, o último tópico procura identificar como a comunidade jurídica tem encarado, no plano prático, a implantação desse sistema de padronização decisória e se tal sistema tem sido, de maneira gradativa, um instrumento para a retirada de direitos e fortalecimento demasiado do poder do Judiciário.

Ademais, busca discorrer se esse processo tem se configurado como um verdadeiro retrocesso hermenêutico pela retirada da possibilidade jurisdicional de construção de decisões mais adequadas ao caso concreto, ou se a implementação do instituto das súmulas podem efetivamente garantir a tomada de decisões que asseguram coerência, integridade, estabilidade e segurança jurídica.

## **BREVES APONTAMENTO SOBRE O PROCESSO DE EMPODERAMENTO DO JUDICIÁRIO**

Para que seja possível a compreensão do processo de empoderamento do judiciário, citar a obra de Ingeborg Maus, *O judiciário como superego da sociedade*, é essencial. Segundo a autora, após a segunda guerra mundial, a procura pela justiça (diz-se judiciário) aumentou na sociedade, e essa demanda se deu por força da desconstrução da imagem paternalista que os líderes autoritários do executivo possuíam frente ao corpo social. Com isso, depositou-se uma grande fé no poder judiciário, atribuindo-lhe a função que antes era relegada aos líderes. (MAUS, 2010).

A autora interpreta essa “sociedade órfã” sobre o viés de sua busca por uma representação do pai e de suas inibições morais em alguma instituição. Nesse ponto, o judiciário passa a atuar como o superego da sociedade, ou seja, passa a atuar como instância moral da sociedade. (MAUS, 2010, p. 17).

A fim de um melhor entendimento do judiciário como superego, vale traçar breves linhas acerca da teoria psicanalítica de Freud. Destarte, o notório pensador austríaco, diz que o superego se caracteriza como uma das três instâncias que compõe o aparelho psíquico. Segundo Lima ao analisar a obra do patriarca da psicanálise,

classicamente, o superego constitui-se por interiorização das exigências e das interdições parentais. Num primeiro momento, o superego é representado pela autoridade parental que molda o desenvolvimento infantil, alternando as provas de amor com as punições, geradoras de angústia. (LIMA, 2010, p. 281).

Nessa linha de ideias, o superego estabelece proibições, vetos e define as condições éticas e morais geradoras da culpa (ZIMERMAN, 1999). E, mais importante, necessariamente pelo seu campo de interação com o id e o ego ser conformado no molde moralizador vinculado à imagem da autoridade ou do pai, define a inibição dos impulsos de prazer do id, assim como traz as exigências de dever ao senso de realidade do ego.

Em outras palavras, o superego atua como “(...) juiz ou censor do ego” (LIMA, 2010, p. 281) e como um limitador do id. Se o id “(...) é considerado a reserva inconsciente dos desejos e impulsos de origem genética, voltados para a preservação e propagação da vida” (LIMA, 2010, p.

281) e o ego, na teoria de Freud, em nossa consciente/subconsciente seria “aquela parte do id que foi modificada pela influência direta do mundo externo” (FREUD, 1925, p. 16), o superego “(...) estabelece a censura dos impulsos que a sociedade e a cultura proíbem ao id, impedindo o indivíduo de satisfazer plenamente seus instintos e desejos.” (LIMA, 2010, P. 281).

Logo, quando Maus traz esse raciocínio ao corpo social, é totalmente possível entender, como na modernidade, o poder do judiciário adquire tal centralidade paterna, tal papel de autoridade moralizante. Em um cenário de crise das instituições executiva e legislativa, posterior à derrocada da Alemanha nazista (não obstante sua fundamental relevância para o surgimento desse superego) e pela influência dos interesses ideológicos das elites sociais, econômicas e políticas (ALBUQUERQUE; LIMA, 2000), ocorreu uma “(...) transferência de poder ao Judiciário, pressupondo que este goze de boa reputação por sua retidão e imparcialidade política”. (BARBOSA; POLEWKA, 2015. p. 319).

Com efeito, o Judiciário passou a acumular demandas que antes cabiam a outras esferas de poder. O órgão jurisdicional passou a permitir ao principal agente – o juiz - o “(...) aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador.” (ALBUQUERQUE; LIMA, 2000). Tudo isso levou a um acréscimo significativo de processos, e acarretou, por sua vez, em uma nova composição da resolução dos litígios apresentados perante o Judiciário.

Sobre a esfera brasileira, a demonstração desse fenômeno consegue muito bem exemplificar esse acréscimo de funções judiciais. Ao adotar mecanismos capazes de garantir maior uniformidade nas decisões e a celeridade processual, a criação da Emenda Constitucional 45, a chamada Reforma do Judiciário, no ano de 2004, teve como um de seus objetivos a criação de institutos de unificação das decisões. (BRASIL, 2004) Assim, os institutos da repercussão geral e da súmula de efeitos vinculantes foram inseridos no direito brasileiro por tal Emenda com “(...) a finalidade de conferir maior presteza na análise dos pleitos judiciais e de deferir unidade na interpretação do direito constitucional.” (GOMES; SOUZA, 2019).

Nesse viés, é promulgada no ano de 2015 a Lei nº 13.105 - o novo Código de Processo Civil -, com a missão de estabilizar a jurisprudência firmada nos tribunais superiores. Com o objetivo de evitar a multiplicação de entendimentos divergentes e dar mais racionalidade e rapidez às decisões judiciais, o Código exige

que o juiz de primeira instância siga as decisões proferidas pelos tribunais quando estiver exercendo sua atividade judicatória. Acredita-se que desta forma haveria ganhos significativos em se tratando de segurança jurídica uma vez que a vinculação dos juízes aos precedentes manteria o processo a salvo de decisões arbitrárias. (GRESTA, 2012).

Nota-se que por força do efeito vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores, há uma tentativa de cisão entre interpretação e aplicação do direito, de modo que o papel de interpretação ficaria a cargo apenas destas instâncias mais elevadas, cabendo, assim, aos magistrados de instâncias inferiores apenas aplicarem de maneira subsuntiva a decisão vinculante ao caso sobre a sua esfera de julgamento.

Diante disso, resta saber se essa estabilização da jurisprudência, em especial o instituto da súmula com efeitos vinculantes, tem o condão de realmente efetivar uma maior uniformização das decisões e se é possível a cisão entre interpretação e aplicação. De outra forma, surge o questionamento: teria essa uniformização a condição de garantir a resolução de litígios que melhor se amoldem ao caso julgado, ou essa força vinculante acarreta um prejuízo ao Estado Democrático de Direito? Para responder a essa questão, necessário se faz no próximo tópico uma análise mais aprofundada do instituto das súmulas vinculantes.

## AS SÚMULAS VINCULANTES: DOS OBJETIVOS AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 102 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. (BRASIL, 1988). Desde sua criação em 1890 até os dias atuais, o STF esteve previsto como o órgão de superposição do poder judiciário ao qual incumbe tomar a última decisão sobre as questões constitucionais. Nesse formato, compete ao STF a objetivação do direito para a compatibilização vertical das decisões judiciais.

Sob o fundamento de alcançar a tão almejada coerência e integridade nas decisões (leia-se também a busca pela igualdade e segurança jurídica), a Emenda Constitucional nº 45/2004, além de outras alterações, adicionou à Carta Magna o artigo 103-A, com a seguinte redação:

Art. 103-A. **O Supremo Tribunal Federal poderá**, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Da análise do artigo, extrai-se que, o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula vinculante, desde que obedeça aos pressupostos acima elencadas, os quais foram estabelecidos pela Lei 11.417/06. Já o § 1º do art. 103-A, estabelece que o instituto tem como "(...) objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica." (BRASIL, 2004).

Nesse sentido,

as súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária. (MORAES, 2008, p. 556).

Destarte, a criação do instituto das súmulas vinculantes buscou uma uniformização jurisprudencial com o intuito de concretizar a premissa dworkiniana de que casos semelhantes devem ser decididos de maneira semelhante (DWORKIN, 2002, p. 176). Para Veríssimo,

a súmula vinculante – em qualquer das configurações até o momento imaginadas pelo legislador – apresenta-se como um instrumento destinado à uniformização da jurisprudência. E como tal já existem inúmeros outros instrumentos ou técnicas em nosso ordenamento que, mesmo não possuindo essa finalidade específica, na prática se prestam também a esse papel, v.g., os recursos especial e extraordinário a utilização da jurisdição coletiva e os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, sem mencionar o incidente de uniformização de jurisprudência, específico para esse fim. (VERÍSSIMO, 2015).

Contudo, embora o objetivo da súmula vinculante seja o de evitar arbitrariedades na tomada de decisões, o processo de padronização de decisões no ordenamento jurídico brasileiro tem sido produzido de forma imperfeita e até mesmo equivocada, o que se verá mais à frente.

Ressalta-se que não se pretende, com o presente tópico, negar que há em nosso ordenamento jurídico um grave risco à segurança jurídica desencadeado pela tomada de decisões conflitantes em casos semelhantes. Na verdade, a intenção desse tópico é dissertar acerca do processo de edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes e esclarecer aos leitores

porque as súmulas vinculantes não podem ser equiparadas ao precedente genuíno do *common law*. Ao trabalho, então.

### **Do processo de edição, revisão e cancelamento das súmulas**

Embora a súmula vinculante tenha sido criada pela Emenda Constitucional nº 45, conforme visto acima, a matéria somente veio a ser regulada pela Lei 11.417, promulgada em 2006. Destarte, a presente lei possui como objetivo regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2006).

A súmula vinculante pode ser conceituada, grosso modo, como o conjunto de teses jurídicas reveladas da jurisprudência reiterada e predominantemente no tribunal, traduzidos em verbetes jurídicos sintéticos, enumerados e editados. Segundo Gomes e Souza (2019), “(...) as súmulas vinculantes coexistem em entendimentos pacificados, expressos de maneira sucinta, acerca de determinado assunto que tiveram solução idêntica e foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio.”

Outrossim, o instituto “(...) trata-se de enunciados interpretativos sobre questão jurídica que possuem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciários e da administração pública, ou seja, que não podem ser contrariados por esses órgãos.” (ROCHA, 2013).

Nos termos da Lei 11.417/06, para que o Supremo Tribunal edite súmula vinculante é necessário que haja controvérsia atual gerando grave insegurança jurídica, multiplicação de processos idênticos, e ainda, que a súmula seja aprovada por 2/3 dos membros do STF. (BRASIL, 2006). De acordo com Morais (2016),

a edição de um enunciado de súmula vinculante, como ato estatal de grande repercussão no meio jurídico e na sociedade em geral, só se legitima quando atendidos os requisitos inculpidos no artigo 103-A caput e §1º da Constituição Federal. Outrossim, a Lei nº 11.417/2006 traz também uma série de requisitos cumulativos para aprovação de uma súmula, quais sejam, a legitimidade, quórum, matéria constitucional, decisões reiteradas, controvérsia atual, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

Ademais, institui a Lei 11.417/06 que a súmula vinculante poderá ser editada pela Suprema Corte de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. (BRASIL, 2006). É dizer que

há a necessidade de que as súmulas incidam sobre questões já reiteradamente decididas em um mesmo sentido e, portanto, já devidamente estabilizadas e amadurecidas. Nesse sentido, o enunciado da súmula deve representar a evolução do entendimento esposado pela Corte Constitucional nas decisões antecedentes e não criação de nova regra que solucione eventual divergência existente. (MORAIS, 2016).

Como se vê, a edição de enunciado de súmula vinculante deve ser precedida da evolução de um entendimento reiterado da Suprema Corte acerca de determinada matéria constitucional, além dos demais requisitos formais expostos acima.

Já o procedimento para revisão ou cancelamento de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal possui seus próprios pressupostos, os quais podem ser panorama para uma série de questionamentos acerca da eficácia desse procedimento. Com efeito, para que uma súmula vinculante seja revisada ou cancelada, o procedimento deverá ser proposto por algum legitimado, ou ser instaurado de ofício, e também seguirá um quórum específico. (BRASIL, 2006). Ainda, há de ser demonstrada a evidência de superação da jurisprudência, ou deverá ocorrer uma alteração substancial no contexto político, ou ainda, que haja alteração legislativa sobre a matéria.

Apesar de grande importância para que não haja um engessamento do direito, esse procedimento se mostra pouco concretizável. Dessarte, para que uma súmula vinculante seja revisada ou cancelada, deve ocorrer pelo um desses três requisitos: evidência de superação da jurisprudência, alteração substancial no contexto político ou alteração legislativa sobre a matéria.

Pois bem, embora os efeitos das súmulas não vinculem a produção normativa, a realidade de atuação do legislativo demonstra que o poder raramente discute alguma matéria que foi pacificada pela Suprema Corte. Nessa toada,

a revisão da súmula dependeria de provocação de um dos legitimados para tal e, por não ser mais discutida no âmbito dos processos, fatalmente seria esquecida. Quanto à lei, a história mostra que na maioria das vezes ela é precedida de decisões jurisprudenciais. (ROCHA, 2013).

Ademais, nos termos do Art. 102 da CF/88, é competência originária do Supremo Tribunal realizar o controle de constitucionalidade. (BRASIL, 2006). Em outras palavras, suponha-se que o legislativo edite lei, a qual declara que determinada matéria sumulada pelo STF é obsoleta. Poderia o STF, no papel de guardião da Constituição realizar o controle de constitucionalidade da lei editada sobre a matéria pelo legislativo, declarando a norma inconstitucional e a súmula vinculante constitucional.

Em relação ao requisito de alteração substancial do contexto político, o grande problema é que é um requisito praticamente impossível de ser demonstrado. Ora, se o contexto político mudar de maneira substancial, é intuitivo que a própria Constituição iria mudar, o que demonstra que esse requisito foi criado para não ser utilizado.

Por fim, como requisito mais problemático têm-se a “evidência de superação da jurisprudência que fundamentou a súmula.” Isso é dizer que devem haver decisões jurisprudenciais que estão indo de maneira contrária a súmula editada pelo STF. O problema surge na medida em que demonstrar essa superação é praticamente impossível, uma vez que a súmula é criada para ser cumprida. Nesse diapasão,

há o risco de engessamento do Poder Judiciário. Como é cediço, o Direito vive em constante mutação, com vistas à sua adequação às necessidades sociais. Uma das fontes do Direito é precisamente a jurisprudência, que tem o importante papel de interpretar regras formais, aplicando-as ao caso concreto. Com a edição de uma súmula vinculante, os juízes estão obrigados a aplicá-la. Vale dizer: a questão não será debatida no âmbito de qualquer processo, não voltando à apreciação dos tribunais superiores, minguando as possibilidades de mudança de posicionamento. (ROCHA, 2013).

Destarte, a força vinculante da súmula não permite um entendimento contrário, não é um instrumento passível de interpretação. Logo, se a súmula vincula o tribunal a tal ponto, como será possível evidenciar que existem decisões contrárias a súmula? Nesse sentido, Streck assevera que “(...) no Brasil, o apego ao efeito vinculante virou um fetiche. Atualmente, já se atribuiu à súmula vinculante status superior ao da legislação. (STRECK, 2016).

Exemplo da obrigatoriedade no cumprimento da súmula vinculante pelos demais tribunais, é o instituto da reclamação constitucional. De acordo com o art. 7º da Lei 11.417/06, caberá reclamação constitucional sempre que uma decisão judicial ou ato administrativo contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante. (BRASIL, 2006). Acerca da reclamação constitucional, de acordo com Moraes (2016),

a infringência ao disposto no enunciado vinculante do Supremo, apurada em sede de reclamação àquela Corte, enseja, além da anulação do ato administrativo e da cassação da decisão judicial, também a determinação para que outro ato ou decisão sejam prolatados com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Além disso, a autoridade

administrativa que desobedeça o mesmo enunciado, em caso futuro e análogo, ficará sujeita à responsabilização cível e criminal.

Como se vê, considerando os objetivos da reclamação constitucional, cristalina é a falta de flexibilidade das matérias sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a obrigatoriedade de sua adoção pela administração pública e pelos magistrados ao proferirem suas decisões. Toda essa obrigatoriedade de aplicação quando frente a súmula vinculante, torna praticamente impossível sua superação. E, acerca dessa rigidez e do apego ao efeito vinculante, os temas serão abordados no próximo sub tópico.

### **Por que as súmulas vinculantes não se confundem com o precedente do *common law*?**

Nota-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma tentativa de uniformização de decisões consistente no fortalecimento do processo de padronização decisória, em especial por meio do instituto das súmulas vinculantes. Porém, em que pese a importância da criação de um processo de padronização decisória a fim de conferir maior coerência e integridade nas decisões judiciais, é de notar que as teses jurídicas gerais dotadas de efeito vinculante criadas pelo STF possuem natureza contrária ao precedente produto do desenvolvimento gradual e casuístico do *common law*. Tão grande é a confusão, que muitos teóricos chegam a afirmar que as teses firmadas, a exemplo do enunciado da súmula vinculante, correspondem a *ratio decidendi*<sup>1</sup> de um precedente.

Considerando que “(...) o enunciado da súmula deve representar a evolução do entendimento esposado pela Corte Constitucional nas decisões antecedentes” (MORAIS, 2016), e ainda, que “(...) há a necessidade de que as súmulas incidam sobre questões já reiteradamente decididas em um mesmo sentido” (MORAIS, 2016), é compreensível o porquê dessa confusão.

Demais disso, a *ratio decidendi* traduz-se na regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida. Assim, com base nessa definição, seria possível entender a razão de alguns autores compararem a tese formulada pelo Supremo Tribunal Federal com a *ratio* do precedente, tendo em vista que a tese firmada pelo tribunal superior também pode ser conceituada como a regra de direito que será utilizada na resolução de determinado litígio.

Ocorre, que a *ratio decidendi*, além de ser a regra de direito utilizada como fundamento jurídico para solucionar os casos no *common law*, possui a função de dinamizar o debate acerca do caso fático, tornando-o o mais esclarecedor possível, a fim de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais. (ABBOUD; STRECK, 2014, p. 47).

Tanto é assim, que na teoria dos precedentes genuínos do *common law* foi criada a técnica de distinção (*distinguish*). Essa técnica, destarte, foi criada com o objetivo de confrontar o precedente quando determinado caso não exigir sua aplicação. Em outras palavras, a distinção pode ser considerada como uma técnica de confronto quando o julgamento não exigir a aplicação de determinado precedente, cabendo aos sujeitos do processo demonstrarem a ausência de semelhanças entre as circunstâncias do caso julgado e a decisão paradigma julgada em momento precedente, partindo-se, desta forma, do particular para o geral, o que permitiria que o intérprete afastasse a aplicação do precedente no caso em discussão. (MUNDIM, 2018, p. 127).

---

<sup>1</sup> Pode-se conceituar a *ratio decidendi* como a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide), que possui a função de colocar-se como fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*, e dinamizar o debate acerca do caso fático, o tornando (o debate) o mais esclarecedor possível, a fim de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais. (ABBOUD; STRECK, 2014, p. 47).

Assim, o que se percebe, então, “(...) é que há no *common law* uma busca da flexibilidade interpretativa, de modo que os precedentes, ainda que vinculantes, não engessem o direito” (CÂMARA, 2017, p. 23). Logo, a técnica de distinção é de primordial importância, visto que, “(...) o direito é mais do que apenas o precedente” (CÂMARA, 2017, p. 22), e quando demonstrado a ausência de semelhanças entre o caso julgado e o caso paradigma (precedente), deve o intérprete afastar a aplicação do precedente no intuito de fortalecer o direito.

De maneira oposta, embora a súmula vinculante se apresente como um mecanismo criado com o objetivo de evitar arbitrariedades nas decisões, da análise do instituto, é possível observar que sua aplicação tem caminhado na contramão de seu objetivo. Ora, as súmulas vinculantes editadas pelo STF possuem uma rigidez quando frente às decisões proferidas pelos demais órgãos do poder judiciário, ou até mesmo frente a determinados atos da administração pública direta e indireta. (BRASIL, 2004). Nota-se que não há flexibilização quando diante de uma tese dotada de efeito vinculante, mesmo que a adoção da tese firmada pelo tribunal superior no momento da decisão posterior acarrete em um enfraquecimento na integridade da decisão.

Dessa feita, pode-se perceber que os enunciados de súmulas vinculantes editadas pela Suprema Corte não podem ser comparadas a *ratio* de um precedente, na medida em que, a *ratio* tem a função de abrir o debate, ou seja, ela é ponto de partida. De outra sorte, a súmula vinculante não possui essa abertura, ela é fechada em si mesma e impossibilita uma hermenêutica mais adequada ao caso em análise.

Ademais, as teses jurídicas criadas por tribunais superiores, a exemplo da edição de súmulas vinculantes, embora de grande relevância para que sejam delimitadas e estabelecidas regras jurídicas a serem utilizadas nas decisões judiciais que versem sobre problemáticas semelhantes, não podem ser vistas como a única solução para o problema da segurança jurídica enfrentada em nosso ordenamento. “(...) Vale dizer, nossa distopia é a materialização de um modelo jurídico fundado na estabilidade e na eficiência, ainda que isso implique uma supressão da constitucionalidade e da qualidade. (ABBOUD, STRECK, 2014, p.14).

Ora, de maneira diversa das súmulas vinculantes, “(...) o precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem sequer na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos (STRECK, 2016). Com efeito,

qualquer intenção de atribuir tal eficácia ao precedente está então destituída de fundamento: se poderá falar só de força do precedente entendendo que esta possa ser maior ou menor segundo os casos, de modo que se terá um precedente forte quando possua a capacidade de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente débil quando os juízes sucessivos tendam a não lhe reconhecer um grau relevante de influência sobre suas decisões. (STRECK, 2016).

Reforça-se que a força do precedente está nas razões adotadas para fundamentar uma decisão, afinal, uma decisão somente poderá ser considerada precedente quando as razões utilizadas no julgamento de determinado caso se mostrem acertadas ao longo do tempo sendo confirmadas e adotadas para fundamentar casos atuais. (PEDRON; OMMATTI, 2017).

Já nas súmulas vinculantes editadas pelo STF, a força de sua vinculação não está nas razões adotadas para fundamentar a decisão, mas sim em função da autoridade conferida a Corte Suprema. Ora, não há a necessidade de que os magistrados, no momento do julgamento dos casos atuais passem a fundamentar suas decisões adotando as mesmas razões contidas na tese firmada pelos tribunais superiores para que essa tese passe a vincular.

Aliás, acerca dessa dificuldade em entender o sistema do *common law*, e consequentemente o sistema de precedentes judiciais, Pedron e Ommati já alertaram que

a dificuldade de assumir o sentido correto da tradição do *common law* e dos precedentes judiciais pode estar apoiada em uma adesão – muitas vezes inconsciente – ao paradigma do Positivismo Jurídico, que tende a simplificar um estado jurídico de coisas, muitas vezes apoiado em um discurso de autoridade naturalizado. (PEDRON; OMMATI, 2017).

Esse é o ponto nevrálgico que diferencia a súmula vinculante do precedente judicial. Ora, aquela já “nasce” dotada de efeito vinculante em virtude da autoridade de quem a edita, o que é completamente contrário ao precedente genuíno do *common law*, afinal, um precedente não nasce precedente, mas sim torna-se precedente em função da força de suas razões e da sua adoção quando da decisão de futuros casos.

## **O INSTITUTO DAS SÚMULAS VINCULANTES COLOCA EM RISCO A HERMENÊUTICA JURÍDICA? A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DE DECISÕES QUE MELHOR SE AMOLDEM AOS CASOS CONCRETOS**

Por tudo que já foi dito até aqui, observa-se que há em nosso ordenamento uma tendência de criação de decisões com efeito vinculante por parte das Cortes Superiores, em especial pelo STF. Com efeito, alguns doutrinadores, especialmente com o advento do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), iniciaram a defesa da incorporação do *stare decisis* no direito brasileiro. Essa parte da doutrina “(...) defende o fortalecimento do papel desempenhado pelos tribunais superiores, que, para muitos, deveriam assumir o papel de ‘cortes de precedentes’.” (RAATZ, 2016).<sup>2</sup>

Nessa toada, a corte de precedentes ficaria responsável pela criação de “normas-precedentes” a exemplo da súmula vinculante, de modo que o papel de interpretação ficaria a cargo destas cortes, cabendo, assim, aos magistrados de instâncias inferiores apenas aplicarem de maneira subsuntiva a decisão vinculante ao caso sobre a sua esfera de julgamento. Há uma nítida tentativa de cisão entre interpretação e aplicação do direito nesse reajunjo institucional. (STRECK, 2016).

Em que pese haver um enorme contingente de casos levados ao judiciário, e decisões completamente esquizofrênicas acerca de casos semelhantes, atribuir o papel de “intérpretes do direito” e “criação de normas-precedentes” à cortes superiores não tem como ser a solução para os problemas enfrentados em nosso ordenamento. Ademais, a criação de teses pelas Cortes Superiores que teriam como finalidade reduzir as interpretações equivocadas acerca de determinados assuntos não se configura como um verdadeiro problema, muito pelo contrário, a premissa é válida e poderia ser de grande utilidade não fosse a atribuição de vinculação obrigatória das teses criadas.

Portanto, denota-se que o verdadeiro problema não é atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função de criar teses que serviriam de “norte” quando os magistrados estivessem frente a uma questão controversa. O problema é que a vinculação dessa tese é obrigatória, não permitindo espaço para que os magistrados afastem a aplicação da tese firmada quando do julgamento de determinado caso.

Destarte, cria-se no imaginário a ideia de que as cortes superiores não proferem decisões equivocadas, afinal, são dotadas de autoridade para dizer o que é certo e o que é errado, o que vincula e o que não vincula. (RAATZ, 2016). Nota-se, portanto, o fortalecimento de um discurso

---

<sup>2</sup> Para os defensores dessa corrente, o Código de Processo Civil de 2015 se abriu para a *commonlização* do direito. Assim, deveriam ser criadas Cortes de Precedentes, também denominadas de Cortes de Vértices, que façam teses, que se tornam vinculantes para o restante do sistema. Em outras palavras, “[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direto ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas; desse modo, seria necessário incumbir a um órgão dotado de autoridade a tarefa de dar sentido aos textos normativos e, com isso, reduzir sua equivocidade.” (RAATZ, 2016).



autoritário, que atribui efeito vinculante a determinada decisão não em virtude da qualidade das razões adotadas na decisão, mas sim, por força de quem proferiu a decisão.

Outrossim, talvez o discurso de autoridade naturalizado, bem como a deturpação da própria ideia de autoridade, sejam os maiores problemas enfrentados hoje em nosso ordenamento. Por estar tão enraizado, o discurso de autoridade acaba por criar teorias cuja única função é fortalecer o próprio discurso, e não a de solucionar os problemas enfrentados pela comunidade jurídica.

Cumprir registrar que a ideia de autoridade ligada a “quem” profere a decisão há muito já foi superada. Destarte, “(...) desde Gadamer, a hermenêutica se apoia na ideia de que a ‘autoridade’ que se impõe no processo interpretativo é da tradição e não de quem realiza o ato interpretativo.” (STRECK, 2017, p.54).

Nesse sentido, a autoridade, aqui entendida como tradição, decorre “(...) de um reconhecimento e não de uma imposição.” (STRECK, 2018, p. 54). Afinal, não se “(...) faz processo sem filosofia. Capas de sentido são insuficientes. E teoria do direito não é como era a decisão em Kelsen: ‘um ato de vontade’. Não é pura descrição...e tampouco pura prescrição feita sem pagar pedágio à tradição.” (STRECK, 2018, p. 55).

Demais disso, como se não bastasse o equívoco da comunidade jurídica acerca da ideia de tradição, nota-se que há uma preocupação exagerada “(...) com o ‘quem deve decidir’ e não com o ‘como se deve decidir’.” (STRECK, 2018, p. 26). Isso porque, os defensores da força vinculante da súmula acreditam que os enunciados seriam capazes de abranger todas as possíveis situações futuras, não cabendo, portanto, uma função interpretativa aos demais órgãos do judiciário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já desempenhou sua função interpretativa e criou a tese passível de aplicação e vinculação futura.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal encarregado de reduzir a equivocidade dos textos normativos “(...) firma a tese (eis o busílis!); ‘depois’, *os juízes do andar de baixo somente têm o trabalho de aplica-las.*” (STRECK, 2018, P. 61, grifos do autor).

Assim, surge com a implantação do efeito vinculante um problema inerente a própria interpretação do direito. Ora, o que seriam essas teses criadas pelas Suprema Corte senão textos? Denota-se que a criação de tais teses não seriam tão distintas das leis, afinal, teses jurídicas firmadas por tribunais superiores são textos e assim como as leis (que também são textos), passíveis de interpretação. (PEDRON; OMMATI, 2017).

Logo, qual seria o sentido de tentar atribuir a função interpretativa somente Supremo Tribunal Federal? Essa tentativa de atribuição é uma tarefa fadada ao fracasso, uma vez que não é possível cindir interpretação de aplicação, e ainda que grande parte do problema consiste em “como se deve decidir” e não em “quem deve decidir”. Afinal,

não há grande diferença entre as tradições de *Common Law* e do direito continental, já que os mesmos desafios enfrentados pelos ingleses e norte-americanos na interpretação e aplicação dos precedentes são vivenciados por um participante da tradição do direito continental em relação à interpretação e aplicação das leis. (PEDRON; OMMATI, 2017).

Reitera-se que não é possível cindir aplicação de interpretação. Dessa feita, outorgar às cortes de vértice ou de precedentes a função de interpretação e aos demais órgão do judiciário, assim como aos juízos singulares, a função de aplicação das teses criadas pelas cortes de precedentes afasta completamente a hipótese de serem proferidas decisões íntegras.

Eis a questão metodológica fulcral: desde meados do século passado se sabe, com Gadamer, Dworkin e tantos outros, que estes não são momentos cindíveis, como se a aplicação pudesse se dar sem interpretação e vice-versa. (STRECK, 2018, p. 54).

Isso porque, “(...) qualquer ato de interpretação já é uma ato de aplicação.” (OMMATI, 2018, p. 93). Nesse sentido, é primordial o entendimento de que a compreensão, a interpretação e aplicação fundem-se em um mesmo momento, não sendo possível a cisão entre interpretação e aplicação como querem os precedentistas. “(...) Nesse sentido, compreender já é aplicar. Mas, é importante ressaltar que, de acordo com Gadamer, aplicação não significa subsunção.” (OMMATI, 2018, p. 95).

Destarte, considerando que os tribunais apenas reproduzem cegamente o que o Supremo Tribunal determina (discurso de autoridade), a aplicação do direito de maneira meramente reprodutiva neutraliza discussões mais sofisticadas a respeito de como se deve decidir, o que afasta o compromisso dos magistrados com a busca pela integridade das decisões.

Ademais, em relação ao desafios enfrentados com o instituto das súmulas vinculantes pela comunidade jurídica brasileira, talvez o maior deles seja o fato de que a obrigatoriedade na aplicação da súmula “(...) afasta discussões mais sofisticadas a respeito de como se deve decidir a partir, por exemplo, de uma teoria da decisão.” (RAATZ, 2016). É dizer, esse apego a atribuição de efeito vinculante as súmulas pressupõe

uma divisão de tarefas, portanto, entre as chamadas “cortes de Justiça” (que eventualmente até poderiam interpretar) e as “cortes de precedentes”, as quais teriam a missão de outorgar sentido aos textos normativos, orientando a aplicação do direito mediante precedentes (que já conteriam uma espécie de pré-interpretação dos textos normativos), aplicáveis por subsunção e analogia aos casos futuros. (RAATZ, 2016).

Esse processo de aplicação das teses criadas pelos tribunais superiores de maneira puramente reprodutiva, garante decisões coerentes, mas não íntegras, especialmente considerando que o engessamento criado pela vinculação obrigatória da súmula coloca em risco princípios caros ao processo, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse diapasão, segundo Pedron e Ommati (2017) é possível que um magistrado ao proferir uma decisão seja coerente no erro. Senão vejamos:

[...] integridade e coerência são coisas diferentes, pois se pode ser coerente no erro. Já a Integridade exige o compromisso com a busca dos princípios corretos que regem nossa vida em comunidade. Explicamos: um juiz coerente é aquele que decide da mesma forma que decidiu casos passados semelhantes ou que segue decisões passadas semelhantes de Tribunais Superiores sem se questionar se essas decisões foram as que melhor realizaram os princípios que regem o nosso Direito. Esse juiz coerente, portanto, segue a decisão pelo simples fato de que foi tomada no passado. Já um magistrado que busca a integridade vai dialogar com esse material do passado.

Daí que seguindo a perspectiva do Direito como Integridade, não basta que os magistrados mantenham-se coerentes ao proferirem decisões, é necessário que as decisões sejam proferidas com a finalidade de garantir e realizar os princípios que regem a comunidade, atentando-se para que sejam proferidas decisões íntegras. (DWORKIN, 2007, p. 274).

O grande problema é que a força vinculante que a súmula carrega não oportuniza ao magistrado a construção de decisões íntegras, mas apenas coerentes com o que foi previamente estabelecido pelo Supremo, mesmo que isso vá de encontro a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Assim, uma tese firmada por um tribunal superior que não realize os princípios que regem nossa Constituição, quando adotadas pelos magistrados dos demais órgãos ao proferirem uma decisão, embora coerentes, não podem ser consideradas íntegras, na medida em que não garantem os princípios instituídos em nossa comunidade. Ora, “(...) a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais.” (OMMATI, 2018).

Ademais, é intuitivo que em um Estado Democrático de Direito, os processos de interpretação e aplicação na construção de decisões judiciais, devem ocorrer de maneira “(...) compartilhada e dialógica (processualizada), por todos os sujeitos processuais, sem quaisquer monopólios.” (MUNDIM, 2018, p. 118). Portanto, o direito das partes somente poderá se revelar quando determinada decisão judicial se oriente pela coerência e pela integridade, com a participação efetiva de todos os sujeitos processuais.

Assim, o Direito deve ser encarado com uma “(...) atitude construtiva: sua Finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.” (DWORKIN, 2007, p. 492). Essa atitude construtiva teria o potencial de evitar arbitrariedades, monopólios e abuso de poder constitucional por parte do órgão jurisdicional.

Portanto, é necessário que nossa comunidade abandone o fetiche ao efeito vinculante e o apego a ideia deturpada de autoridade e comece a pensar o Direito como “(...) uma atitude interpretativa e auto reflexiva” (DWORKIN, 2007, p. 492), passando a aplicá-lo numa perspectiva hermenêutica democrática, a fim de afirmar os direitos das partes envolvidas nos litígios, assim como garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais são tão caros ao nosso ordenamento jurídico.

## **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, o presente trabalho se propôs a realizar uma análise crítica do instituto da súmula vinculante, buscando problematizar a tendência de padronização decisória adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, foi identificado que a adoção e o fortalecimento do sistema de padronização decisória, e exemplo da súmula vinculante, tende a se justificar em virtude da crescente demanda de litígios levados ao judiciário.

Por sua vez, o aumento de demandas levados ao órgão jurisdicional, justifica-se tendo em vista que, na modernidade, o poder do judiciário adquire uma centralidade paterna, um papel de autoridade moralizante, atuando como o superego da sociedade. Isso porque, em um cenário de crise das instituições executiva e legislativa, ocorreu uma transferência de poder ao Judiciário, o que acarretou na expansão substancial de sua área de atuação.

Assim, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, sob o fundamento de alcançar a tão almejada coerência e integridade nas decisões, buscando-se promover a segurança jurídica. Contudo, embora a súmula vinculante se apresente como um mecanismo criado com o objetivo de evitar arbitrariedades nas decisões, da análise do instituto, é possível observar que sua aplicação tem caminhado na contramão de seu objetivo. Ora, as súmulas vinculantes editadas pelo STF possuem uma rigidez quando frente à decisões proferidas pelos demais órgãos do poder judiciário, ou até mesmo frente a determinados atos da administração pública direta e indireta.

Destaca-se que a falta de abertura desencadeada pelo efeito vinculante da súmula foi elencado como o ponto principal que diferencia o instituto do precedente judicial. Com efeito, a súmula vincula em razão da autoridade de quem a edita, já o precedente somente será adotado quando da decisão de futuros casos em função da força de suas razões, sendo que, somente nesse momento é que uma decisão passaria a ser considerada um precedente.

Ainda, identificou-se que a insistência da comunidade jurídica brasileira em apostar em teses com efeitos vinculantes como a solução para os problemas atuais advindos de decisões judiciais, apenas afasta a possibilidade de combater o real problema, qual seja, a deficiência das

decisões judiciais. Destarte, a fim de combater a insegurança jurídica, a doutrina e os intérpretes do direito, deveriam começar a pensar em como se deve decidir e não em quem deve decidir, abandonando, dessa forma, o apego ao discurso de autoridade tão enraizado em nosso meio.

Somente quando os intérpretes começarem a enxergar o Direito como uma atitude construtiva, oportunizando a todos os sujeitos do processo paridade na construção de decisões judiciais, é que serão garantidas decisões íntegras e coerentes, que possuam como finalidade a afirmação do Direito e o combate ao abuso de poder constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 de nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em 14 de nov. de 2019.

BRASIL, **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20042006/2006/Lei/L11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11417.htm). Acesso em 14 de nov. 2019.

CÂMARA, Alexandre d Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hasn-Gerog. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10ª edição. Petrópolis: Vozes, 2008.

GOMES, Andre Lucas dos Santos. SOUZA, Leland Barroso de. **A inconstitucionalidade das Súmulas de efeito vinculantes à luz do Direito Constitucional**. 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/53449/a-inconstitucionalidade-das-smulas-de-efeito-vinculantes-luz-do-direito-constitucional>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.

GRETA, Roberta Maia. **Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecca5b6365d9607>. Acesso em 30 de out. 2019.

LIMA, Andréa Pereira de Lima. **O modelo estrutural de Freud e o cérebro: uma proposta de integração entre a psicanálise e a neurofisiologia**. Rev. psiquiatr. clín. vol.37 n.6 São Paulo 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-60832010000600005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832010000600005). Acesso em: 02 de nov. 2019.

MAUS, Ingerborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Natanne Lira. **Súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. 2016.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45931/sumula-vinculante-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

NUNES, Dierle. **“Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória”.** In: JAYME, Fernando Gonzaga et al (Cord.). *Processo Civil - Novas Tendências: Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes: da vinculação à democracia.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 7ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição pra uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência.** Brasília: v. 19 n. 119. 2017/2018.

RAATZ, Igor. **Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último?** SEDEP. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/precedentes-a-brasileira-uma-autorizacao-para-errar-por-ultimo/>. Acesso em 16 de nov. 2019.

ROCHA, Willian Alessandro. **Repercussão geral e súmula vinculante: o engessamento do Judiciário brasileiro.** 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25625/repercussao-geral-e-sumula-vinculante-o-engessamento-do-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** 2016. *Consultor Jurídico - CONJUR.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 17 de nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes IV: final.** Por que interpretar não é um ato de vontade 2016. *Consultor Jurídico - CONJUR.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>. Acesso em 16 de nov. de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZIMERMANN, David. E. **Fundamentos psicanalíticos.** Porto Alegre: Artmed, 1999.

# PODER JUDICIÁRIO RESPONSIVO E SEUS DILEMAS – O CASO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

**Paulo G. S. Périssé**

Doutor em Sociologia (IESP-UERJ). Professor da Faculdade de Direito (PUC-RIO).

## INTRODUÇÃO

No epílogo da edição brasileira de uma das obras clássicas da sociologia estadunidense Nonet e Selznick (2010,p.171) apontam duas maneiras pelas quais o direito pode morrer. Essa advertência vinha no contexto de um trabalho exploratório destinado a compreender o largo cenário de transformação pelo qual passou o direito ao longo dos anos 1960 e 1970, marcado pela ampliação do chamado ativismo judicial.

Apoiados numa tipologia específica esses autores procuravam compreender como o protagonismo do sistema judicial, agências reguladoras e outras esferas de criação e aplicação do direito tinham transformado completamente ao final de duas décadas a forma como os atores envolvidos nesse processo percebiam seu papel, deixando de lado práticas tradicionais de isolamento dos problemas centrais das suas comunidades políticas para se colocarem no centro da ação, como verdadeiros formuladores de políticas públicas.

Na sua perspectiva o sentido de tal movimento envolveu diversas variáveis, mas uma característica importante foi retirar as instituições do direito do seu isolamento em relação aos problemas da ordem política e social. Nesse sentido, o papel dos atores envolvidos extrapolou a tradicional tarefa de interpretação da lei, para incorporar a necessidade de atendimento às expectativas substantivas da comunidade política na qual estavam inseridos.

Essa guinada do sistema judicial nos Estados Unidos encontra paralelos com o processo de judicialização da política e das relações sociais que o Brasil experimenta desde a promulgação da Constituição Federal. Esse é um aspecto central no argumento desse trabalho.

Dessa forma, o problema brasileiro da judicialização pode ser posicionado nesse esquema analítico uma vez que experimentamos desde os anos 1980 dois fenômenos correlatos: uma explosão de litigiosidade, como evidenciam o aumento no volume de demandas canalizadas ao sistema judicial; e o aprofundamento do ativismo judicial como resposta a esse processo, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir desse marco, recorrerrei, assim, à tipologia construída por tais autores em torno do que chamaram direito responsivo, um modelo explicativo que associa o maior protagonismo do sistema judicial à sua maior permeabilidade aos processos de mudança social.

Isso porque, o desenrolar do processo contemporâneo de polarização política da sociedade brasileira parece revelar uma face disruptiva da judicialização, como indica a reiterada contestação pública às decisões proferidas pelo STF.

Nessa perspectiva, sob pressão da opinião pública, o principal Tribunal do sistema judicial parece responder de forma contraditória revelando até mesmo disputas internas no seu processo decisório, colocando em cheque sua própria autoridade. Os riscos de perversão nesse processo soam como um sinal alerta já apontado por Nonet e Selznick (2010,p.124 ) ao abordarem os dilemas entre “integridade” e “abertura”.

Nesse cenário complexo, pode-se perguntar, portanto, o quanto essas polêmicas comprometem ou não a legitimidade do sistema de justiça diante dos destinatários da atividade jurisdicional. Ou, como, uma vez aberto à crítica pública e à necessidade de justificar de forma persuasiva suas decisões, o STF manobrou para reduzir os efeitos perversos de um ativismo voluntarista.

O ponto a ser desenvolvido tem relação com essa maior responsividade do sistema judicial brasileiro e seu impacto na perspectiva da coerência interna de um dos seus ramos jurídicos: o direito do trabalho. A busca por respostas convincentes para solucionar os interesses em conflito, conduziria o STF a atuar numa linha tênue que separa o ativismo descompromissado daquele capaz de assegurar o equilíbrio entre integridade e abertura; em outras palavras, sensibilidade ao ambiente externo e preservação da coerência interna do direito laboral.

Como referência abordarei dois casos paradigmáticos, nos quais foi confrontada a prevalência de princípios inscritos na Constituição Federal, como o valor social do trabalho e a dignidade humana, por oposição aos imperativos da ordem econômica, como a eficiência do Estado.

O primeiro refere-se à decisão sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública para a satisfação dos créditos trabalhistas quando, na condição de tomadora dos serviços, a sua contratada tenha inadimplido tais obrigações. A segunda decisão refere-se ao caso da interpretação da regra contida na Lei 13467/17, que autorizava o trabalho em atividade insalubre por parte da empregada gestante ou lactante, salvo se a própria trabalhadora apresentasse alguma restrição atestada por médico de sua confiança.

Nessas decisões, de ampla repercussão pública, o STF manobrou com princípios constitucionais em sentidos opostos, fazendo prevalecer interesses distintos e, essa é uma questão chave no argumento, comprometendo a coerência interna do próprio sistema de direitos trabalhistas, oscilando entre o fortalecimento e a negação dos princípios que estruturam esse ramo do direito.

Portanto, a análise proposta tem o objetivo indicar como esse movimento de abertura do sistema judicial repercutiu preservando, ou não, a coerência interna do direito do trabalho e fortalecendo, ou não, sua posição como ramo privilegiado para solucionar os conflitos entre empregadores e trabalhadores. Para dar conta dessa tarefa pretendo resgatar os elementos centrais do modelo do direito responsivo tal qual construído por Nonnet e Selznick para, em seguida, abordar o cenário brasileiro da judicialização e da abertura do sistema jurídico. Ao final, avalio os efeitos dessa trajetória sobre o direito do trabalho, a partir das respostas dadas pelo órgão de cúpula do sistema, o STF.

## **DIREITO RESPONSIVO**

Para a construção de seu trabalho Nonet e Selznick (2010) tinham como pano de fundo os acontecimentos dos anos 1950 e 1960 nos Estados Unidos que confrontaram uma concepção formal do direito em busca de conquistas substantivas. A luta pelos direitos civis foi expressão de um movimento emancipatório cujas marcas alteraram profundamente o papel do direito e de sua aplicação, colocando em dúvida sua própria sobrevivência como sistema coerente de normas destinadas a regular e estabilizar os processos de interação social.

A tipologia com a qual apresentaram seus modelos ideais do direito repressivo, direito autônomo e direito responsivo pretendia dar conta de uma realidade complexa na qual a interação entre moral, direito e política exigia a reformulação das bases de legitimação do próprio

sistema normativo. Incorporando uma dimensão sócio-histórica, pouco normativa e com algum caráter evolutivo<sup>1</sup> o argumento foi armado tendo em conta as relações entre o direito e o poder político, com destaque para a permanente tensão existente entre a pressão por abertura do sistema jurídico a influências externas e a necessária preservação de sua integridade.

Essa identificação de tendências para explicar os rumos do direito em sociedades complexas foi singular porque procurava revelar as estratégias políticas que buscavam reposicionar o lugar do direito e do próprio sistema judicial dentro do processo de afirmação da democracia no mundo. Se o sistema judicial e o próprio direito são criação do poder político, o rebaixamento da política como mecanismo eficiente para produzir políticas públicas e emitir julgamentos em torno de uma moralidade pública teria transferido para o direito e seus procedimentos o papel de efetivar os ideais inscritos principalmente nas constituições modernas.

Nesse sentido, as promessas de emancipação humana teriam encontrado outro caminho para atingirem a arena pública, fora do sistema político, com o recurso aos mecanismos disponíveis no sistema judicial. Se isso foi sensível nos Estados Unidos, o fato é que esse processo foi expandido, ao menos no Ocidente, como fica evidente dentro do cenário do segundo do pós-guerra<sup>2</sup>.

Dentro do modelo proposto, com o direito responsivo pretendem explicar como foram absorvidas tanto a expansão das reivindicações e expectativas advindas do campo social, quanto a articulação entre direito e política. Nessa estratégia, os autores procuram explorar uma possibilidade generosa de operação da democracia, em sua própria visão, de alto risco, na qual oportunidades específicas no campo jurídico são funcionais para a transformação também da política. Por essa via seria alcançada a fórmula para a revalorização do político, com o recurso ao direito e suas ferramentas.

Apesar dessa perspectiva, de um direito prospectivo<sup>3</sup>, permeável às diversas pressões por afirmação de valores e temas oriundos do ambiente social, o fato é que a questão da integridade não deixa em momento algum o horizonte de suas análises<sup>4</sup>.

Dessa forma, faz sentido a preocupação que manifestam com os contextos dentro dos quais se pretende avaliar a transformação do direito e sua articulação com a política, porque os tipos ideais coexistem num mesmo ambiente e a prevalência de qualquer um em relação aos demais será determinada em função da ameaça à integridade do próprio sistema<sup>5</sup>.

Portanto, como resposta a pressões por incorporação e aquisição de direitos que colocavam em risco a integridade do sistema jurídico e sua legitimidade, o modelo ideal do direito responsivo propunha uma maior abertura ao ambiente social como estratégia para reforçar a legitimidade institucional e reenergizar a política por essa via específica.

Essa tensão entre abertura e integridade incorporava, porém, uma nova racionalidade, menos opaca, mais flexível e orientada por princípios, que, como contrapartida, envolvia uma estratégia de alto risco de desintegração e deslegitimação do direito e suas instituições quando afundadas em particularismos e desmoralizada com a perda de seus rituais, símbolos e modelos identitários.

---

<sup>1</sup> Embora esse recurso a uma tipologia do tipo weberiano não desconsidere o fato de que os modelos ideais possam habitar o mundo concomitantemente.

<sup>2</sup> A ampliação da regulação da vida e o incremento do acesso ao sistema judicial são sinais desse movimento.

<sup>3</sup> Orientado por uma ética responsável e não para alcançar certos fins.

<sup>4</sup> A tipologia, vale ressaltar, é uma estratégia analítica que não implicou na formulação de juízos de valor por parte dos autores.

<sup>5</sup> Relações de poder entre grupos de interesse e novas teorias para a justificativa do direito também contribuem para esse processo de transformação.



Como colocam Nonet e Selznick (2010, p.124), esse conflito entre “integridade” e “abertura” do sistema jurídico e suas instituições é crucial:

O dilema não é exclusivo do direito: todas as instituições passam por um conflito entre “integridade” e “abertura”. Há integridade quando uma instituição está fortemente comprometida com determinada missão ou pode ser responsabilizada por esta mediante controles externos. Contudo, instituições muito engajadas em determinadas missões geralmente acabam tão comprometidas com sua maneira de fazer e ver as coisas que perdem a sensibilidade ao ambiente social.

Numa síntese, os autores complementam o dilema:

Em outras palavras, responsabilidade gera formalismo e retraimento, torna as instituições mais rígidas e menos aptas a lidar com novas contingências. Por outro lado, abertura pressupõe grandes doses de discricionariedade, de modo que a ação dos órgãos institucionais possa manter-se flexível, adaptável e autocorretiva. Mas as reponsabilidades ficam mais vagas quando perdem precisão e surge o perigo de que os comprometimentos se diluam à medida que aumenta a flexibilidade. Em consequência, a abertura degenera em oportunismo, quer dizer, na adaptação incontrolada a acontecimentos e pressões.

Uma instituição responsiva seria, portanto, aquela que estivesse apta a conservar sua capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e, ao mesmo tempo, levar em consideração as novas forças do ambiente social, ou seja, sua capacidade de adaptação é responsável: percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades de autocorreção. Mas, para assumir essa postura, a instituição precisa contar com a diretriz de uma finalidade (Nonet; Selznick, 2010, p.124).

Dessa forma, ressaltam que esse movimento de alto risco do direito responsivo se sustenta na medida em que for capaz de garantir algum equilíbrio entre abertura e integridade sistêmica, utilizando-se de instituições renovadas, mais flexíveis e permeáveis à mudança social, integradas por uma racionalidade ancorada em princípios, uma visão prospectiva e substantiva do direito.

A abordagem do processo de judicialização brasileiro sob a perspectiva desse modelo é funcional já que ao longo de mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal há sinais de que os elementos disruptivos acentuados pelos autores ganharam dimensão, como resultado não imaginado das disputas no campo político.

O próximo passo será recuperar essa trajetória de abertura do sistema de justiça, desde a reformulação do ordenamento jurídico nos anos 1980.

## **A ABERTURA DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL**

A discussão em torno do tema da judicialização envolve uma abordagem teórica de caráter transdisciplinar porque suas explicações extrapolam o campo sóciojurídico.

No caso brasileiro as circunstâncias em torno da construção de suas bases dentro do processo constituinte dos anos 1980 sempre colocaram no foco os seus elementos causais. Isso se explica por conta de uma aparente contradição que emerge da análise dos aspectos políticos desse processo, sintetizados na seguinte interrogação: se judicializar implica transferir poder a outras instâncias decisórias como explicar o fato de que essa transferência tenha ocorrido de forma voluntária a partir do próprio sistema político?

A resposta, no âmbito da teoria jurídica (Cappelletti e Garth, 1988) relaciona essa transformação com o fortalecimento das democracias no pós-guerra e sua disfuncionalidade, porque teriam sido incapazes de atender às demandas crescentes da sociedade. Em paralelo, essa mudança teria exigido uma nova formatação teórica que avança ao longo desse período

especialmente nos países ocidentais de tradição continental: o chamado neoconstitucionalismo (Barroso, 2010). Portanto, o que esses diagnósticos assinalam é como o renovado papel do sistema judicial nasceu da expansão da democracia e seus problemas, sem que elementos endógenos tenham contribuído significativamente para essa expansão.

Nesse sentido, a preocupação com as razões que justificaram a constitucionalização do direito e o fortalecimento do sistema judicial tinha sido objeto de diversas investigações, especialmente a partir dos anos 1970. O tema no Brasil tardiamente passou a ser abordado a partir dos anos 1990 pela teoria sociojurídica, quando as bases da judicialização já estavam postas na Constituição de 1988 e já estavam em operação.

Essa lacuna não nos permitiu elaborar de forma substantiva os argumentos em torno da judicialização brasileira, senão quando já aprofundado esse processo e suas consequências já eram publicamente questionadas, como no caso das críticas direcionadas ao ativismo de juízes e procuradores nos anos 2000.

A velocidade dos acontecimentos, desde a reformulação normativa promovida pelos constituintes e a condução desse processo dentro do sistema judicial, resultou no aprofundamento do papel do sistema judicial como árbitro das diversas agendas políticas e sociais transformando esse cenário como privilegiado para solução de suas demandas.

O protagonismo dessa nova arena de disputas passou a exigir respostas substantivas para problemas de diversas tipos por parte do sistema judicial e expôs os problemas dos seus processos decisórios internos. Os anos 2010 são marcados pelo aprofundamento dos conflitos e o recurso ao sistema em busca de soluções, sem que as respostas tenham sido convincentes o suficiente para sua estabilização. O registro desses tempos é a contestação pública frequente às suas decisões e a consequente deslegitimação progressiva do seu papel. A pergunta no âmbito desse trabalho é o quanto esse processo foi alimentado pelas próprias instituições do direito, em particular, o quanto as respostas do STF em casos difíceis contribuiu para aprofundar essa dinâmica.

Aparentemente o processo de abertura do sistema judicial brasileiro às pressões e demandas externas teria encontrado seus limites quando suas respostas passaram a ser abertamente contestadas pelos contentores e a sociedade em geral, colocando em risco a própria legitimidade do seu papel institucional. Esse é o dilema em que nos encontramos e o caso do direito do trabalho fornece um indicador dos riscos desse cenário no âmbito dos processos decisórios do próprio STF.

Dito de outro modo, a maior responsividade do sistema judicial elevou os riscos de perda de integridade do sistema e de perecimento do direito.

## **DIREITO DO TRABALHO E SUA COERÊNCIA INTERNA**

O direito do trabalho é um ramo do especial dentro do ordenamento jurídico, construído a partir de uma realidade social explosiva, a chamada questão social. Desde o final do século XIX e, principalmente, nos primeiros trinta anos do século XX os grandes centros urbanos, especialmente Rio de Janeiro e São Paulo foram palco de disputas abertas e até mesmo sangrentas envolvendo um ainda incipiente movimento sindical. O temido enfrentamento que convulsionava as sociedades dos países centrais alcançava o Brasil e o tratamento dessa questão exigia uma reformulação do sistema jurídico que, até então, amparado nos seus postulados liberais, não admitia a intervenção do Estado nas relações entre particulares, aqui, empregadores e trabalhadores.

A solução desse impasse somente viria a ser concretizada nos anos 1930/40, curiosamente sob a ditadura Vargas, com a institucionalização de um novo ramo do direito, do Trabalho.

O pressuposto sobre o qual foi estruturado estava fundado no fato de que nessa relação contratual havia um desequilíbrio econômico real entre os contratantes, de tal forma que a livre manifestação da vontade própria dos contratos exigia a criação de um estatuto mínimo de normas. Sendo o trabalho uma atividade humana não deveria ser tratado juridicamente como um bem qualquer, dado que não se pode separar o trabalho da pessoa do trabalhador que dele depende para seu próprio sustento.

O direito do trabalho brasileiro tem como pressuposto histórico, portanto, o enfrentamento da questão social com a institucionalização de direitos mínimos integrados aos contratos de trabalho e cogentes, reafirmando a ideia de que a igualdade nessa relação contratual somente se aperfeiçoa com a preservação do estatuto mínimo dos trabalhadores.

Com a Constituição Federal de 1988 a constitucionalização do direito do trabalho ganhou substância normativa e a concretização dos direitos sociais foi impulsionada dentro da renovada construção teórica do constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo (Werneck Vianna, Burgos e Salles, 2010).

Pode-se observar, portanto, que o direito do trabalho como ramo destinado a regulamentar a real disparidade econômica dentro de um tipo específico de contrato, somente se justifica se o intérprete atentar para as suas particularidades na solução dos casos concretos. Rejeitar os seus princípios e seus fundamentos constitucionais implica em refutar os elementos que justificam a sua própria existência como ramo autônomo dentro do direito privado.

Por certo o direito não é uma ciência estanque e transformações socioeconômicas impactam a sua compreensão exigindo, por vezes, sua reformulação como ocorreu no próprio processo de institucionalização do direito do trabalho brasileiro. O ponto que assinalo nesse trabalho, entretanto, é o papel do STF como guardião do sistema direitos, desse ramo em particular, e os limites do seu ativismo que, no extremo, pode ou não degenerar em adaptações pontuais e descontroladas. Nesse sentido estão em que questão, a preservação da coerência do direito do trabalho e o risco de desintegração motivada por decisões e interpretações dissociadas da sua lógica interna.

## **AS DECISÕES PARADIGMÁTICAS**

Em 2017 e 2019 o STF analisou duas questões paradigmáticas e sensíveis envolvendo o direito do trabalho. A primeira decisão foi tomada nos autos do RE 760.931 DF e a segunda da ADI 5938 DF. Nesses casos, em síntese, foi confrontada a prevalência de princípios inscritos na Constituição Federal, como o valor social do trabalho e a dignidade humana, por oposição aos imperativos da ordem econômica, como a eficiência do Estado.

A primeira decisão refere-se à responsabilidade subsidiária da administração pública para a satisfação dos créditos trabalhistas quando, na condição de tomadora dos serviços, a sua contratada tenha inadimplido tais obrigações. A segunda decisão está relacionada ao caso da interpretação da regra contida na Lei 13467/17 (art. 394-A da CLT) que autorizava o trabalho em atividade insalubre por parte da empregada gestante ou lactante, salvo se a própria trabalhadora apresentasse alguma restrição atestada por médico de sua confiança.

O exame dos argumentos manobrados pelo STF foram sintetizados nas Ementas correspondentes.

A decisão do RE de 2017 contém o seguinte:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor

se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art.37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Como se percebe, afastadas as considerações acerca da chamada terceirização, o fato é que o princípio da eficiência da Administração Pública contido no art.37 da CF precedeu qualquer consideração sobre o valor do trabalho humano e a dignidade dos trabalhadores, uma vez lesados por parte do tomador de serviços contratado pela Administração Pública. O Tribunal adotou no julgamento a teoria da culpa, afastando expressamente o conceito do risco administrativo que orienta a responsabilidade da administração pública quando, no exercício de sua atividade, cause danos aos particulares.

Nesse sentido, em nome da eficiência administrativa rompeu-se a necessidade de preservação do estatuto humano do trabalhador, tanto quanto subverteu-se uma das principais características do direito laboral, a alteridade.

Tratando desse tema da alteridade, ou seja, do fato de que o contrato de trabalho é essencialmente relacional e personificado na pessoa do trabalhador, a legislação estabeleceu como regra geral a responsabilidade do empregador em relação aos riscos do negócio (art. 2º da CLT).

Nesse sentido afirma Delgado (2016, p.446):

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

Por seus fortes vínculos com a realidade socioeconômica de onde emergiu, a vedação da transferência dos riscos do negócio aos trabalhadores foi a solução jurídica encontrada para o problema essencial da desconsideração da pessoa humana nas relações de trabalho. Tomar o trabalho como um bem sem qualquer consideração sobre a pessoa do trabalhador foi um dos motores da já mencionada questão social.

O ponto aqui, portanto, é observar que sob o manto da técnica jurídica e dos argumentos econômicos o STF derroga um dos elementos normativos fundamentais da estrutura jurídica sob sua guarda.

No caso da ADI 5938 de 2019, entretanto, foram ressaltados os princípios que orientam a ordem jurídica laboral.

A Ementa já sinaliza o rumo tomado:

EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

Ao longo do voto são reafirmados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social e do primado do trabalho, além dos dispositivos inerentes à proteção da maternidade (arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, 170 e 193 da CF) .

Independente do caso concreto enfrentado, o fato é que ao privilegiar os critérios econômicos na primeira decisão e reafirmar os princípios constitucionais centrais para a estruturação do sistema jurídico laboral na segunda, o STF parece encontrar dificuldades em reafirmar as especificidades do direito do trabalho.

## CONCLUSÃO

As decisões retratadas nesse trabalho alcançaram ampla repercussão pública e, como observado, o STF manobrou com princípios constitucionais em sentidos opostos, fazendo prevalecer interesses distintos e, essa é uma questão chave, comprometendo a coerência interna do próprio sistema de direitos trabalhistas, oscilando entre o fortalecimento e a negação dos princípios que estruturam esse ramo do direito.

Por outro lado, a análise revelou um resultado não imaginado da judicialização no campo das relações de trabalho capaz de comprometer a própria coerência interna do direito do trabalho.

Essa preocupação foi uma das chaves apontadas por Nonet e Selznick (2010, p.171-174) para destacar como esse processo de maior responsividade do sistema judicial é de alto risco. O caminho do direito responsivo é árduo, lembraram os autores. Por outro lado, é uma estratégia moralmente substantiva porque permite a reafirmação e a preservação dos valores professados pela comunidade política quando pretende fazer prevalecer a vontade coletiva sobre os particularismos de toda ordem. É nesse sentido que exige uma maior reflexividade sobre os propósitos e o papel dos atores envolvidos nesse dinâmica.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em : <http://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 27 nov 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª Ed. São Paulo: LTR, 2016.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda, 2010.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **A constitucionalização da legislação do trabalho no Brasil**: uma análise da produção normativa entre 1988 e 2008. Brasília: Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDES) e Fundação Astrogildo Pereira (FAP), 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5938 DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso: 25 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 760.931 DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso: 25 nov. 2019.

# PERMEABILIDADES ENTRE DIREITO E POLÍTICA: ANÁLISE DISCURSIVA DAS ESTRATÉGIAS DE DECISÃO E LEGITIMAÇÃO DO STF PARA O CASO DAS COTAS RACIAIS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS (ADPF 186/DF)

Sara Maria de Andrade Silva

Doutora em Direito (UFPE)

## INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO E METODOLOGIA

O presente artigo tem como objeto apresentar uma breve descrição dos resultados teóricos e empíricos de pesquisa realizada no âmbito do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e desenvolvido na linha de pesquisa “Direito e Linguagem”, no período de 2014 a 2017<sup>1</sup>.

Seu escopo principal foi expor um panorama sobre as relações entre Direito e Política a partir das transformações que o estado sofreu ao longo do tempo, de modo que, para tanto, reuniu levantamento bibliográfico sobre as experiências do poder político e jurídico desde as suas primeiras expressões na Antiguidade, passando pela formação do Estado de Direito em torno do movimento constitucionalista moderno, até demarcar suas transformações nas fases liberal, social e democrática. Ademais, foram reunidos os traços das relações entre o Direito e a Política nesse tal percurso de desenvolvimento, além de detectar as características do Poder Judiciário a partir do nascimento do Estado de Direito, definindo sua maior ou menor aproximação com o universo da Política, o que resultou nas variadas posturas que assumiu até os dias atuais.

Com esse delineamento, adotou-se, em sua parte inicial, um plano de pesquisa eminentemente descritivo, com ênfase na recapitulação bibliográfica, que lançou mão de um estudo de viés historiográfico. Ali, foram relacionadas as variações do Estado de Direito com os diversos perfis do Poder Judiciário, desde sua primeira versão – forjada pelo liberalismo clássico -, passando pela modelagem jurídica do Estado Social até chegar aos traços do Estado Democrático e Constitucional.

Numa segunda etapa da pesquisa, adotou-se uma estrutura analítica e crítica, na qual se buscou, com um exame qualitativo desenvolvido à luz da Análise do Discurso Francesa (AD), submeter a um estudo minucioso quais as estratégias de legitimação do Judiciário em seu cenário atual e nacional, definindo-se como recorte uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), nomeadamente a decisão que versou sobre a constitucionalidade de políticas afirmativas no Brasil, em particular as cotas para negros em universidades públicas<sup>2</sup>.

Nesse segundo momento, relevante foi a identificação prévia das relações entre o Direito e as variadas experiências de Estado, bem assim seu impacto na atuação do Poder Judiciário, definindo sua relação com a Política, de modo a torná-lo *mais* ou *menos* autocontido (noutras palavras, *menos* ou *mais* politizado).

Nesse ambiente, a fase do estudo empírico que se desenvolveu por intermédio de uma análise discursiva, visou apreender as estratégias de produção de efeitos de sentido do STF para elaborar uma decisão legítima, sobretudo vislumbrando uma aparente separação entre Direito e Política. Com os desdobramentos da pesquisa constatou-se que a atuação do Poder Judicial e sua

<sup>1</sup> Sob a orientação do Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior e coorientação da Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima.

<sup>2</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF.



expressão *mais* ou *menos* politizada dirá respeito às condições de produção de seu saber e decisão supostamente legítimos, passando, principalmente, por uma postura que busca definir-se como pertencente ao campo da técnica (razão) e não ao universo da Política (ato de vontade).

## **VARIAÇÕES DO ESTADO DE DIREITO E OS DIVERSOS PERFIS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Para compreender as relações entre o Direito e a Política a partir das experiências da transformação do Estado, importa realçar que a pesquisa aqui apresentada tratou de investigar os antecedentes históricos dessa formação jurídico-estatal e, por consequência, como isso impactou na definição do papel do Poder Judiciário.

Para tanto, foi eleita uma abordagem que enfatizou o método descritivo, por sua vez delineado sob a lente da teoria política, buscando examinar, antes de tudo, a natureza e os fins do poder.

Com esse propósito, ganharam centralidade as relações entre o *tempo* e o *pensamento político* que criou o ambiente de ideias e teorizações sobre a matéria, suscitando aspectos como ruptura e continuidade<sup>3</sup>, recepção e originalidade, identidade e diferença, progresso e conservação.

O ponto de partida temporal e histórico foi a formação do Estado de Direito desde os seus antecedentes no período moderno, com uma breve introdução sobre a formação das primeiras civilizações com poderes políticos e jurídicos minimamente organizados.

Ao apresentar um pouco da história dos movimentos constitucionalistas modernos, à luz da própria história das ideias políticas da época, o empreendimento teórico da pesquisa se concentrou na compreensão dessas relações numa perspectiva historiográfica, nomeadamente como a constituição dos Estados submetidos à lei e estruturados sob a égide do princípio da separação de poderes moldou os limites e o alcance da atuação do Poder Judiciário desde o Estado Liberal de Direito.

### **Estado Liberal, Estado Social e Estado Constitucional**

Quando da experiência do Estado Liberal de Direito, forjou-se um modelo de Estado no qual a legislação ocupou papel central, distinguindo-a de maneira bastante cristalina da jurisdição, o que implicou para o Judiciário a imagem de um poder neutro e imune às influências externas, fossem elas políticas, sociais ou econômicas. O ideário constitucionalista era de um governo de leis, superior à vontade dos homens, de modo que o poder seria então contido pela força superior da norma, fixando as bases do exercício do poder legítimo que se fundamentava na nítida separação entre os poderes e na inspiração por critérios formais de justiça.

Já com o Estado Social de Direito, dadas as transformações ao longo dos séculos XIX e XX, observa-se a emergência de novas formas de legitimação política, de modo que o Direito passa a ser utilizado como um instrumento para o alcance de fins sociais. Nesse ambiente, a legitimação do Direito também passa por transformações, sendo ela alcançada quando havia o alcance dos

---

<sup>3</sup> No que diz respeito à relação dialética entre ruptura e continuidade, sua gênese se encontra na historiografia de 1800. Com ela se introduziu no campo político e histórico os conceitos de 'Idade Moderna' e 'Idade Contemporânea', de 'Antigo Regime' e de 'Novo Regime'. Este esforço de identificação de realidades antagônicas nada mais expressa que a ideia de relacionar conceitos opostos para destacar a existência de uma ruptura revolucionária de um período para outro, o que foi observado ao longo da presente investigação, ao se examinar a passagem do Antigo Regime (Absolutismo) para o Novo Regime (Estado de Direito).

próprios objetivos pretendidos pela norma. Aqui, o Estado utiliza o Direito para fixar suas linhas de intervenção política e prover, regulativamente, os valores que devem orientar as relações sociais (CALVO GARCÍA, 2005). Em síntese, a razão passa a ser um mecanismo relacional entre *fins* e *meios*, aumentando o grau de discricionariedade de quem irá executar os seus comandos, em particular do julgador, sob a inspiração de critérios materiais de justiça (GARCÍA-PELAYO, 2009).

Finalmente, no Estado Constitucional de Direito, dar-se o fenômeno de transferência das tensões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, transferência essa iniciada ainda sob a égide do Estado Social, cuja consequência foi a inclinação do Direito para a regulação/judicialização das relações sociais. Delineado esse cenário, sobrecarrega-se o sistema jurídico, expandindo os poderes do julgador e politizando, enfim, a magistratura (CAMPILONGO, 2011).

Nesse ambiente, configura-se uma forte aproximação entre Direito e Política e vem a ser preparado o terreno fértil para o protagonismo dos juízes como portadores das expectativas de justiça, o que é largamente impulsionado pelo contexto do 2º Pós Guerra e do Estado Constitucional de Direito. Nessa etapa da descrição histórica das relações entre o Direito e a Política, o primeiro assume sua face transformadora, transferindo-se, como dito acima, o polo de tensões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais, regidos pela força normativa da Constituição e pela reentronação dos princípios no processo decisório.

No contexto das ideias, emerge o neoconstitucionalismo, exaltado por uns e criticado por outros. Seja como teoria, método ou ideologia, o neoconstitucionalismo caracteriza um novo cenário para a atuação judicial, agora conduzida pela grande valorização da constituição, pelo reencontro entre direito e moral e pelos parâmetros hermenêuticos que ampliam ainda mais a discricionariedade dos julgadores.

Essa fase é acompanhada pela atribuição conferida ao Judiciário de emitir juízo de constitucionalidade a respeito das leis e dos atos dos demais poderes do Estado (PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, 2006), sujeitando todo o ordenamento ao crivo da constituição e não mais das leis infraconstitucionais. Ademais, acirra-se o processo de judicialização das relações sociais, dada a ampliação de direitos de status constitucional e a logo denunciada ineficácia estatal.

Com essa breve descrição, verifica-se a forte relação entre o *tempo*, o *pensamento político* e o *Direito*, cuja magnitude vem apresentada, no âmbito da pesquisa, sob a forma das transformações pelas quais passou o Estado e como isso impactou na atuação judicial, já que também se transformaram os meios de legitimação estatal e da norma, resultando na variação da legitimidade das decisões em âmbito judicial.

## **RELAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA NO PROCESSO DECISÓRIO: ESTRATÉGIAS DISCURSIVAS EM TORNO DA PRODUÇÃO DE EFEITOS DE SENTIDO**

Delimitado o panorama acima descrito, inicia-se a segunda fase da pesquisa empreendida em torno das relações entre Direito e Política. Trata-se, aqui, de verificar, por meio de um estudo de ato decisório do STF, como se dá a permeabilidade entre esses dois universos (Direito e a Política)<sup>4</sup>, enfocando as estratégias para produzir os efeitos de sentido de uma decisão legítima.

---

<sup>4</sup> Sobre essa matéria, merece registro a contribuição de Niklas Luhmann (2009) e sua teoria dos sistemas para a compreensão das relações entre Direito e Política. Para o autor, a partir da modernidade, a sociedade passou a se organizar segundo diferenciações funcionais, de modo que cada sistema (jurídico, político ou econômico, dentre outros) possui funções demarcadas. O Direito (sistema jurídico) possui a função de estabilizar expectativas, bem como de reduzir complexidades, lançando mão, para isso, de mecanismos autorreferenciais que lhe são próprios. Contudo, embora conte com uma espécie de “fechamento operativo”, o sistema jurídico é cognitivamente aberto às influências

Nesse exame, buscou-se verificar como essas estratégias tentam ocultar tal permeabilidade da linguagem do julgamento - ou do discurso judicial construído em torno do caso examinado.

Para fins de definição de um *corpus* de análise, foi escolhido um dos julgamentos do STF com forte sensibilidade jurídica e política: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, cujo objeto discute a constitucionalidade das cotas raciais em Universidades Públicas. A questão central do caso, embora tenha suscitado muitos temas tangenciais, foi o princípio da igualdade, de modo que, enquanto o arguente (Partido Democratas - DEM) suscitava que a política de cotas raciais era uma violação ao princípio da igualdade, a Universidade de Brasília (arguida) defendia estar atuando exatamente na concretização de tal princípio, associando-o ao princípio da diversidade e ao *ethos* do Estado Democrático de Direito.

Essa discussão em torno da interpretação e aplicação de um mesmo princípio – o princípio da igualdade – revelou o elevado grau de discricionariedade dos julgadores, bem assim os fundamentos de suas posições mais ou menos politizadas, a partir dos argumentos utilizados por cada Ministro.

O exame desse corpus de análise, ao fazer uso dos recursos oferecidos pela Análise do Discurso Francesa, pôde expor os vieses ideológicos do intérprete, bem como as tais estratégias para *produzir o sentido* de uma decisão legítima e não as estratégias de produção de uma decisão legítima em si.

Antes de apresentar os resultados desse exame, importa descrever algumas das características desse estudo discursivo, à luz da Análise do Discurso Francesa (AD).

## Os Estudos Discursivos

Os estudos discursivos tiveram grande impulso a partir da década de 60, quando a análise da língua começa a passar por revisões de novas propostas teóricas. Com isso, são introduzidos componentes pragmáticos e aspectos relacionados à dimensão social da linguagem em uso, de modo a dar nova roupagem à perspectiva até então estruturalista que era endereçada a esse campo, que basicamente se dedicava ao estudo da língua por si mesma.

Nesse primeiro horizonte, havia uma confusão entre texto e discurso, já que os estudos linguísticos estavam ligados ao exame de um conjunto de palavras ou sentenças, sendo o seu sujeito um mero reprodutor/decodificador de mensagens. A língua possuía uma estrutura invariável e apenas quando novas práticas foram incorporadas a esse universo de investigações as variações quanto ao conceito de língua e de sujeito começaram a surgir.

Sob esse enfoque, iniciam-se os estudos denominados como “análise do discurso” como a expressão de uma dimensão do estudo da linguagem em que a variedade de conceitos que se lhe aplica vai designar a identidade de seu objeto e sua perspectiva teórica.

Nesse segundo horizonte de estudos, dois campos se sucedem e ganham projeção na análise discursiva, sendo o primeiro a “análise do discurso francesa” (AD) inaugurada pelo pensamento de Michel Pêcheux<sup>5</sup>, para quem o discurso é uma forma de materialização ideológica

---

e questões políticas, o que deve permitir que pensemos, para além de sua autonomia, em variadas formas de entrelaçamento com outros sistemas.

<sup>5</sup> Em 1969, o filósofo francês Michel Pêcheux publica “Análise Automática do Discurso”, obra seminal para o que vem a se denominar de Análise do Discurso (AD) e trouxe valiosa contribuição aos estudos sobre as relações de poder que se estabeleciam no cenário político e social da época. Tem como grande influência o materialismo de Louis Althusser, de base marxista, com sua noção de aparelhamento ideológico. Nesse relacionamento entre a AD e o pensamento de

e o sujeito um mero reproduzidor dessa ideologia, assumindo a língua o papel de instrumento que perpassa as diversas esferas sociais; Já o segundo corresponde à “análise crítica do discurso” (ACD), bem representada por Norman Fairclough, para quem o discurso seria uma prática social, de modo que, enquanto tal, possui a potência de reproduzir e transformar realidades sociais. Nesse ambiente, o sujeito da linguagem tanto está propenso a ser moldado pela ideologia quanto pode ser agente transformador de suas próprias práticas discursivas e sociais, seja resistindo a elas, seja lhes dando nova configuração ou significado<sup>6</sup>.

Em face do grande impulso que os estudos discursivos ganharam desde então, definir a análise do discurso de forma precisa não se afigura tarefa fácil, uma vez que há um emprego demasiado do termo “discurso” e, conseqüentemente, da terminologia que queira designar seu exame. Assim, dadas as várias possibilidades de significação empregadas ao termo, a análise discursiva pode encerrar conceitos igualmente diversos.

Contudo, muito embora a mencionada dispersão conceitual, os estudos discursivos possuem algo em comum: têm como objeto não somente a língua, mas o que se passa por intermédio dela, ou seja, as relações de poder, os processos de inconsciência ideológica, a institucionalização das identidades sociais e as diversas manifestações humanas.

Sendo necessária uma opção teórica para a pesquisa aqui apresentada, adotou-se como aporte orientador as contribuições da Análise do Discurso de matriz francesa. A AD francesa tem como objetivo examinar a produção de sentido mediante o discurso como resultante de um processo de interação social, de modo que diferentes formas de reprodução social de poder se dão por meio da linguagem, tendo como principais pilares epistemológicos a teoria do aparelhamento social (Althusser) e a intervenção do inconsciente (Lacan). Tal escolha se deu por motivos de conveniência teórica, tendo em vista o *corpus* de análise eleito (decisão do STF) e o aporte teórico já construído como fio condutor da pesquisa.

### **Análise do Discurso Francesa: interpretação, sujeito e ideologia**

No âmbito dos estudos da Linguística, até a década de 60, a unidade de exame da qual a Linguística se ocupava era apenas a *frase*, com seus elementos mórficos, sintáticos e semânticos. Em seguida tais estudos se ampliaram para além desses limites, a fim de se situar no próprio texto como unidade básica de estudo. Passa-se, com isso, da *linguística da frase* para a *linguística do texto*, o que significou um grande avanço para a ciência da linguagem.

Cingindo-se a identificar a estrutura do texto, através de seus elementos linguísticos, a linguística do texto ainda era insuficiente para a complexidade de seu conteúdo, sendo necessário considerar elementos pragmáticos dessa tal elaboração.

Assim, um novo conceito de análise foi erigido, voltando-se para o que há de exterior ao texto, ou seja, para o que vai além do linguístico, procurando examinar as próprias condições sócio-históricas de sua produção. A essa nova forma de exame passa a se designar “análise do discurso”, ou AD, referenciando o estudo desenvolvido pela escola francesa, como forma de realizar um exame de elementos que estavam fora do campo meramente linguístico.

---

Althusser, a linguagem se configura, também, como uma materialidade da ideologia, de modo que nela podemos identificar os rastros ou traços ideológicos do sujeito.

<sup>6</sup> A ACD possui como base epistemológica a Linguística Crítica da década de 70 (teorizar sobre a linguagem consiste em uma forma de nela intervir, bem assim de intervir na estrutura social que a norteia), as teorias neomarxistas (com sua noção de hegemonia e o relacionamento que esta mantém com a ideia de instabilidade de poder que se atrela ao discurso e ao sujeito) e os estudos da Escola de Frankfurt (buscam compreender o discurso mediante aspectos ou dimensões não discursivas, assim como a investigação de questões sociais por intermédio de dados discursivos).

Para a AD o que importa não é tão somente o texto, mas sim o discurso que este inscreve, revela e informa. O discurso não é tido apenas como produção linguística, mas, sobretudo, como uma produção social. Segundo Figueiredo (1998, p.35), “[...] o discurso é visto como estrutura subjacente que é formada por uma ideologia, uma história e o texto é visto como uma estrutura de superfície – é elemento de superfície. A idéia básica é a de que é nos textos que se tem a erupção do discurso [...]”.

Nesse sentido, a relação entre o *dizer* e as condições de produção desse *dizer*, marca a exterioridade da análise discursiva, ao passo que se torna necessário recorrer a elementos e conceitos que estavam fora do campo de abordagem da Linguística tradicional para compreender as relações de sentido que se formam na estrutura de cada discurso sob análise.

Articulando o linguístico com o social, para a AD a linguagem não é considerada apenas em sua tessitura interna, mas também se constitui como um fenômeno de caráter ideológico, cujo significado mantém relação com influências que vão além daquilo que está no plano de sua aparência: “Tratava-se de pensar a relação entre o ideológico e o linguístico, evitando, ao mesmo tempo, reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discursivo no ideológico” (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2002, p. 201).

Assim, a AD contribui para um estudo do sentido discursivo, estabelecendo uma relação entre linguagem e mundo que remete a condições extralinguísticas de enunciação, muito embora também não descuide da forma como se organiza o seu efeito de sentido, mediante a sistematicidade intralinguística do enunciado, numa verdadeira “linguística do discurso”:

Uma linguística do discurso integra na sua análise as condições de produção do ato de linguagem e, ao fazê-lo, ela se constrói num objeto multidimensional que opera numa relação triangular entre *mundo* como real constituído, a *linguagem* como forma-sentido em difração, e um *sujeito* (je/tu) intersubjetivo em situação de interação social (CHARAUDEAU, 1999, p. 32).

A partir das contribuições da sociologia e do materialismo de Althusser, seria por intermédio da linguagem que se tornam visíveis os traços ideológicos daquele que se reconhece como sujeito e daquele que a este se assujeita. Igualmente, com as contribuições da noção de consciente e inconsciente de Jaques Lacan, Pêcheux incorporou à AD compreensão de que existe um “outro” da linguagem que estabelece certa dominância sobre o sujeito, de forma que esse tal sujeito é atravessado pela linguagem do outro, não possuindo autonomia sobre os sentidos de sua enunciação e discursividade. Isso porque aquele apenas ocupa um lugar social a partir do qual enuncia seu discurso e passa a integrar o processo histórico, sendo-lhe permitidas tão somente algumas inserções sociais ou produções discursivas em razão dos papéis que desempenha socialmente. Para além de ideológico, a produção do discurso é também determinada inconscientemente.

Esses e outros aspectos da análise discursiva podem ser capturados pelo analista mediante o estudo da linguagem, a partir de um material empírico. Neste material, como bem assinala Charaudeau (2005), a linguagem estará configurada em conformidade com “certa substância semiológica (verbal)”, ensejando a observação e a realização de recortes formais de acordo com o tipo de objeto construído.

Nesse aspecto, importa ressaltar que a linguagem não é em si transparente, mas sim opaca. De tal modo, considerar que a linguagem é evidente ou que retrata a realidade tal qual ela se apresenta já é para a AD um dos efeitos de funcionamento linguístico, que tanto é sócio-histórico quanto é ideológico. Assim, no que tange ao tema da linguagem, o que a análise do discurso tem como escopo é restabelecer sua opacidade, não separando a forma de seu conteúdo. Nesse aspecto, como bem assinala Orlandi (2000, p. 12):

Do ponto de vista da significação, não há uma relação direta do homem com o mundo, ou melhor, a relação do homem com o pensamento, com a linguagem e com o mundo não é direta, assim como a relação entre linguagem e pensamento, e linguagem e mundo têm também suas mediações.

Aqui a AD faz uma cisão com a hermenêutica e a análise de conteúdo, no sentido de que o analista considera a significação do mundo como demarcada por um dispositivo ideologicamente orientado. Toda leitura é mediada por um dispositivo, de modo que as palavras (ou imagens e qualquer forma de enunciado) apenas fazem sentido porque já possuem sentido prévio, histórica e socialmente construído. Noutras palavras, em nossa relação com a realidade, não estabelecemos vínculos diretos, mas sim mediações simbólicas que nos permitem apenas interpretá-la, e não capturá-la.

Para a AD, portanto, os sentidos não têm origem no ato da significação, tampouco no sujeito empírico que produz tal enunciado. Nesse campo teórico, suspende-se, então, a evidência positivista de que a realidade (e a linguagem) é transparente, rumo à busca da compreensão de como ela se produz. A AD tem, enfim, como escopo entender como se produzem as determinações históricas das evidências de sentido, estejam elas presentes na ilusão de transparência da realidade/linguagem ou na ilusão de que sua origem está no sujeito empírico do discurso.

Para que essa ilusão se realize necessária é a crença de que a linguagem é um “dado” e não um produto, bem assim que haja um apagamento da memória de que a significação da realidade é na verdade um processo histórico e não um sentido único, extraído de um sujeito empírico, como uma evidência do objeto interpretado.

Numa perspectiva metodológica, a AD irá oferecer instrumental teórico e analítico que enseje a compreensão do processo de produção dessas evidências, ao revelar que outros sentidos podem ser construídos para a mesma realidade observada, a depender da determinação histórica a qual esteja constrangido seu objeto.

## RESULTADOS DA ANÁLISE

Os resultados reunidos da análise da decisão eleita como *corpus* deste estudo toma como referencial de exame a compreensão de que existe uma diferença, dentro da linguagem jurídica, entre aquela plasmada nas leis e códigos (prescrições normativas gerais e abstratas) e aquela construída nas decisões dos tribunais (jurisprudências), nas produções doutrinárias e nos pareceres sobre questões específicas relacionadas ao Direito. Tais distinções se dão, portanto, “em função dos contextos em que surge a sua intervenção” (FREITAS, 2002, p. 11).

Assim, e tratando-se a análise de um debruçamento sobre o ato decisório em âmbito judicial, a pesquisa se delimita a uma situação na qual se tem uma linguagem que recorre a contextos, a situações factuais concretas e a valorações éticas para justificar-se e se fundamentar, ou seja, trata-se do texto contextual e aberto existente na doutrina e na jurisprudência.

Nesse ambiente, para que o Direito atue como um discurso normatizador e legitimador, a linguagem jurídica deve possuir uma dupla vocação: manifestar-se mediante a lei escrita e por intermédio de um direito não escrito (axiologia suprapositiva). Ou seja, a linguagem tanto é o produto pretensamente acabado da normatividade (lei) quanto é, numa fase pós-criadora desta lei, o seu instrumento de validação e justificação.

Com tais especificidades, uma das crenças ou buscas da tradição jurídica é exatamente a noção de que a língua é representativa da realidade (transparência da linguagem), vigorando por muito tempo a concepção de que seria possível imprimir à linguagem jurídica uma marca tal que

inibisse o descontrolo de interpretações da linguagem natural (superespecialização da linguagem jurídica) ou que a hermenêutica dos textos jurídicos forneceriam meios de extrair deles o (melhor) sentido de seu conteúdo.

Contudo, considerando a prática discursiva como um ato comunicativo, sua realização exige ao menos a presença do *discurso* (a enunciação manifesta), da *subjetividade* (a constituição dos sujeitos enunciador/enunciatário) e do *contexto* (formação ideológica/formação social), o que requer que se inclua na interpretação da norma e na análise do discurso judicial outros elementos que podem estar sendo relegados pela tradição jurídica, quando sua hermenêutica se reduz a um tratamento estritamente (uni)disciplinar.

Como base para esse esforço analítico, fundamental foi a compreensão das condições de produção deste discurso jurídico ou judicial, entendendo-se por “condições de produção” o contexto sócio-histórico em que o discurso emerge, assim como os seus interlocutores, o lugar social de onde falam e a imagem que fazem de si, do outro e do referente.

Isso porque o discurso judicial também possui suas condições de existência, também é alvo de lutas e conflitos, também tem um sujeito que comunica e assume a palavra, cujo objetivo inicial é informar, instituir um relato e uma fundamentação que exerça influência, convencimento e persuasão de que o que se diz é tanto correto quanto plausível, justo e equilibrado.

Ademais, o discurso judicial é marcado pela busca de isenção, rendendo-se ao ônus da tão buscada “objetividade”. Trata-se de uma tentativa de alcançar certa “imparcialidade”, a fim de se atingir legitimidade. Embora persiga um caráter isento, o discurso judicial sofre a intervenção de mediações, que tanto refletem os fatores que interpelam o protagonista do discurso, quanto expõem os condicionantes políticos, sociais, econômicos e culturais presentes no meio.

Contudo, há uma tentativa de ocultar esses traços do ideológico: “Há uma ilusão de transparência, apagamento da construção discursiva do referente. [...] A ideologia se caracteriza pela ilusão do sentido literal, pelo apagamento da materialidade da linguagem e da história” (SILVEIRA, 2010, p. 30).

Delineados os pilares orientadores da análise aqui realizada, apresentam-se, a seguir, os resultados empíricos do estudo da ADPF 186/DF. Tais resultados serão divididos em 5 estratégias de construção de uma decisão supostamente legítima, reunidas, por sua vez, em duas categorias centrais. Para melhor compreensão desses tais recursos, as categorias e estratégias serão numeradas, conforme o que se passa a expor:

### **O Sistema de Expectativas Sociais e a Adesão a uma Formação Discursiva Favorável às Ações Afirmativas de Corte Racial**

No exame da ADPF 186, verifica-se que os votos dos ministros do STF fazem adesão a um sistema de expectativas sociais. No caso, tais expectativas fazem eco das ideias e convicções daqueles que defendem a constitucionalidade das ações afirmativas, especificamente, as cotas raciais para ingresso em universidades públicas<sup>7</sup>, aderindo à formação discursiva que a elas corresponde. Para tanto, lançam mão de duas operações fundamentais, sendo elas:

- o amparo argumentativo no *texto* e *axiologia* constitucionais, tendo a Constituição como o marco normativo que carrega em si um discurso “juridicamente aceito” e que, em última instância, refletiria um verdadeiro “parâmetro de justiça”; e

---

<sup>7</sup> Excetuando-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, cujos argumentos trilharam compreensão divergente, embora tenha, ao final, votado pela constitucionalidade das cotas raciais para ingresso em universidades públicas.

- a tomada da decisão por *unanimidade*, com exceção a uma variação no voto do ministro Gilmar Mendes, no qual faz objeções à tese das cotas exclusivamente raciais, muito embora finde se posicionando a favor do reconhecimento de sua constitucionalidade.

### A “melhor interpretação” para o Princípio da Igualdade

Como segunda estratégia basilar para a produção de efeitos de sentido de uma decisão legítima, registrou-se que um dos esforços argumentativos dos ministros foi fixar um “sentido oficial” para esse tal princípio, chegando a convergir em torno da ideia de uma igualdade ou *justiça material*, em substituição à ideia de uma igualdade ou *justiça* meramente *formal*. Isso denota que quando um caso concreto se converte num fenômeno, os temas são apropriados, nomeados, amplificados ou reduzidos e ali se inicia a disputa pela construção de sentidos que se pretende dar para esse tal fenômeno.

- Para tanto, parte-se da crença de que esse sentido ou essa interpretação é uma *evidência*, ou seja, os/as ministros/as, enquanto sujeitos atravessados pela ideologia, adotam como ponto de partida a compreensão de que há um *significado unívoco para a semântica constitucional da igualdade*, gerando o apagamento das demais interpretações possíveis, o que também confere aparente objetividade a essa tal interpretação.
- Outro viés das estratégias utilizadas é o *efeito ideológico da completude de sentidos*, já que, uma vez que um único significado se revela como evidência, o sistema semântico parece não conter falhas, apagamentos, esquecimentos ou ocultações<sup>8</sup>.
- Também se faz presente no discurso analisado outra categoria definida pela AD como o processo de ‘*dessignificação*’ que, ao contrário de representar a subtração do sentido, opera para que um tal sentido político se esvaeça, inclusive pelo uso do eufemismo, da ironia ou do cinismo. No caso, o tom eufêmico dos argumentos está bastante presente no voto do ministro Gilmar Mendes, sobretudo quando relaciona o problema das desigualdades entre brancos e negros no Brasil ao aspecto estritamente econômico, subtraindo as tensões raciais que a elas são intrínsecas.

Finalmente, destaca-se como a última operação discursiva identificada na decisão examinada a *aparência* de que o raciocínio jurídico utilizado para chegar ao resultado do julgamento seguiu um *método* ou corresponde a um *saber científico* que lhe confere, portanto, a respeitada *isenção*. Tais características carregam o atributo de *não arbitrariedade*, ou seja, de um ato operado pela *razão* e não um gesto de *vontade* que foi guiado pelo subjetivismo dos julgadores.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA IR MAIS LONGE

(...) cada brasileiro parece se auto-representar como uma ‘ilha de democracia racial’ cercada de racistas por todos os lados (SCHWARCZ, 1998, p. 180).

As estratégias discursivas para produzir efeitos de sentido capazes de conferir legitimidade à decisão examinada revelam que, na prática judicial contemporânea, perseveram ou até se acentuam as permeabilidades entre Direito e Política.

O tema da igualdade, aliás, por si só já é revelador dessa permeabilidade desde a sua origem, já que antes de receber o qualificativo de *jurídico*, é uma questão *política*. Em outras palavras, trata-se de uma questão de *decisão política*, pois diz respeito à maneira como uma dada

---

<sup>8</sup> Contudo, cabe ao analista do discurso desnudar esse apagamento, pois qualquer efeito de transparência existe para negar a opacidade da linguagem.



sociedade irá definir suas regras de convívio. Por sua vez, a forma de interpretar essas regras no contexto do debate jurídico levou, como vimos, a vários deslizamentos de sentido que, inevitavelmente, escaparam à esfera restrita do Direito.

Daí que não se pode olvidar da noção de interdiscurso, pois é nas relações de interdiscursividade que o discurso se constrói, estando cada um (sujeito do discurso) inserido numa rede de repetições que, mediante o uso de sua memória, poderá engendrar novos significados, tornando possíveis deduções discursivas.

Nessa interdiscursividade, a análise da ADPF 186 detectou que vieram ao debate os temas da democracia racial, meritocracia, mestiçagem, a imagem simbólica do negro merecedor das cotas, o conceito biológico e social de raça e a tese da dívida histórica dos brancos em relação aos negros.

Tudo isso assumiu a mobilidade de uma prática discursiva que, como prática social que é, possui uma dimensão política em si mesma, fazendo com que se exponham relações de poder, efeitos de verdade e saberes internalizados que estão inscritos no texto e afirmados no contexto. Ademais, evocam redes de sentido que indicam as formações discursivas desses sujeitos e, por consequência, sinalizam suas formações ideológicas, desvelando o caráter político (ato de vontade) da decisão, ao assumirem, enfim, o discurso da inclusão<sup>9</sup>.

Como arremate que não exaure outras possibilidades de análise discursiva da decisão aqui examinada, contatou-se que os ministros do STF buscaram emprestar a um tema de grande sensibilidade política e viés polarizante, o *status* de uma decisão legitimada na ênfase emprestada aos referentes jurídicos e constitucionais que se encontram albergados na Carta Magna e nos princípios compartilhados pela moralidade coletiva, com forte apelo social.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El Juez. In: DÍEZ-PICAZO, Luis María. **El Oficio de Jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 149-169.

CALVO GARCIA, Manuel. **Transformaciones del Estado y del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHARAUDEAU, Patrick. Análise do Discurso: controvérsias e perspectivas. In: MARI, H., PIRES, S., CRUZ, A.; MACHADO, I. (Orgs.). **Fundamentos e dimensões da análise do discurso**. Belo Horizonte: Carol Borges, 1999. p. 27-43.

CHARAUDEAU, Patrick. Uma Análise Semiolingüística do texto e do discurso. In: PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). **Da língua ao discurso: reflexões para o ensino**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005. p. 11-27.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dictionnaire d'analyse du Discours**. Paris: Seuil, 2002.

FIGUEIREDO, Ivone de Lucena. **Fiando as tramas do texto: a produção de sentidos no atelier de leitura e produção textual**. 1998. Tese (Doutorado) – FCL-UNESP, Araraquara, 1998.

---

<sup>9</sup> Igualmente seria se optassem pelo discurso da restrição de acesso, como ato político que também é ínsito a qualquer escolha.

FREITAS, Raquel Barradas de. Direito, Linguagem e Literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações (Breve Estudo sobre Dimensões da Criatividade em Direito). **Working Papers** – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: Princípios e Procedimentos**. Campinas: Pontes: 2000.

PÊCHEUX, Michel. Análise Automática do Discurso (AAD-69). In: GADET, Françoise; HAK, Tony (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux**. Trad. Bethania S. Mariani et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1997a.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. Campinas: Pontes, 1997b.

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. Nem Preto, Nem Branco Muito Pelo Contrário: Cor e Raça na Intimidade Brasileira. In: SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. (Org.). **Historia da Vida Privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 174-243.

SILVA, Sara Maria de Andrade. **Poder judiciário e política: análise discursiva das estratégias de decisão do STF sobre cotas raciais em universidades públicas (ADPF 186/DF)**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SILVEIRA, Cristina Cattaneo da. A Interpretação do/no Discurso Jurídico. In: COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 29-47.

# O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS NOVAS FEIÇÕES DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

**Thaynná Batista de Almeida**

Mestranda em Ciências Jurídicas (UFPB). Bacharel em Direito (UEPB).

**Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa**

Mestranda em Ciências Jurídicas (UFPB). Bacharel em Direito (UEPB).

## INTRODUÇÃO

Na teoria dos sistemas sociais Niklas Luhmann definiu a sociedade como um conjunto de sistemas que se autorregulam e se auto-reproduzem através da linguagem. O direito, a política e a moral são apenas alguns tipos de sistemas que compõem essa configuração. Segundo o autor, para que o Direito atenda aos parâmetros da autorregulação ele deve ser um sistema fechado estruturalmente, no que diz respeito ao procedimento, e aberto cognitivamente. Isso quer dizer que o Direito como sistema não deve permitir que a influência procedimental externa dos outros sistemas corrompa a sua configuração normativa, a ponto de desestruturá-lo, mas admite, por outro lado, que uma neutralidade completa no que diz respeito à aplicação do Direito seria impossível, tendo em vista que todas as pessoas são, mesmo que de forma indireta, influenciadas ideologicamente pelos outros sistemas, como por exemplo, a moral, a ética e a política o que influencia, conseqüentemente, na construção cognitiva do Direito (LUHMANN, 1980).

Luhmann chamou a autorregulação dos sistemas sociais de *autopoiese*, termo que tomou emprestado dos estudos dos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, e designa um sistema organizacional autônomo, caracterizado por sua condição de clausura com relação ao ambiente que o cerca (LUHMANN, 1980). Nesse viés, o Direito sempre buscou formas de se autorregular e a Constituição tem sido a sua tentativa mais exitosa, sendo uma afirmação do sistema *autopoietico* proposto por Luhmann, principalmente por ser a Constituição uma das responsáveis pelo embasamento material e formal do ordenamento jurídico como também pela sua função de regulação e delimitação das funções do Estado (MANICA, 2007).

No entanto, a autorregulação e fechamento normativo do sistema do Direito ainda não encontrou a sua completude no Brasil. Um dos motivos para isso é que não existe uma delimitação fechada da separação dos três poderes em tempos modernos e a prova disso são as inúmeras funções atípicas que ao longo dos anos tanto as funções do Estado acumularam.

Somado a isto está o contexto histórico em que a Carta Magna de 1988 foi criada, advindo de um longo período de ditadura do poder executivo que culminou em um poder constituinte originário que moldou a Constituição de forma de dar mais poderes ao judiciário com o objetivo de regular e impedir possíveis arbitrariedades advindas do poder executivo. Outro fator que consistiu em uma tentativa de autorregulação do direito mais recente foi a reforma do judiciário implementada através da EC nº 45/2004 que, entre outras medidas, estabeleceu as súmulas vinculantes, que pode ser compreendida como uma tentativa de construção de um procedimento para o Direito Constitucional, mas que culminou numa espécie de positivismo exegético que deu ao STF uma função legislativa atípica e, conseqüentemente, conferiu mais poder decisório a este, além de ter provocado o engessamento da atividade criativa do Direito.

Nesse viés, com a EC nº 45/2004, fomentou ainda mais o que a doutrina constitucional denominou como ativismo judicial que pode ser entendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através da utilização de procedimentos de outros sistemas externos ao Direito para solucionar casos jurídicos. Diante disso, muitos esforços têm sido empreendidos no sentido da promoção do controle do ativismo judicial, utilizando para isso a própria teoria de Luhmann, que aduz que o sistema do Direito se tornaria ideal na medida em que se afasta cada vez mais da moral e da política (entendidos como elementos do sistema social) e torna-se complexo ao ponto de seu poder decisório não depender da vontade de uma única pessoa (no caso em questão, o juiz) (CAMPOS,2012).

Além disso, outra expressão do fenômeno do ativismo judicial do Brasil tem sido as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de entendimentos no âmbito do direito penal e processual penal que foram motivados principalmente por questões políticas que o país atravessa. Um exemplo disso foi a atual mudança do entendimento acerca do início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, que foi reformado a partir do [HC 126.292](#), julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016.

A teoria da autocontenção judicial, complemento da teoria da autorregulação do direito proposta por Luhmann, propõe justamente a auto-contenção como forma de frear o problema do ativismo judicial através do controle do judiciário por ele próprio. Porém, tal medida é de difícil aplicação tendo em vista a realidade social e política do Brasil que não observa sequer os preceitos mais elementares da Constituição e do que propõe as doutrinas relacionadas ao controle de constitucionalidade (BOTELHO, 2009).

O objetivo deste trabalho é, portanto, uma análise acerca do ativismo judicial no Brasil com base na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, tendo um enfoque sobre o fenômeno da autopoiese e da alopoiese social sob um viés da realidade política e social do Brasil. A proposta da autocontenção judicial através da edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores no Brasil também será aqui explorada de forma explicativa e crítica, como uma forma tentada de solução para a questão da autorregulação do Direito proposta por Luhmann. Também serão analisados de forma genéricos os recentes casos em que o STF mudou o seu entendimento sobre alguns temas controversos tendo em vista um contexto político que o país atravessa.

A pesquisa aqui apresentada será realizada de maneira qualitativa descritiva e teve por base um estudo bibliográfico sobre o tema, através das obras clássicas do sociólogo Niklas Luhmann, bem como teses, artigos e outras publicações relacionadas ao tema. Também foram utilizadas de maneira subsidiária a Constituição Federal e algumas leis infraconstitucionais. A importância do presente trabalho está relacionada intrinsecamente ao entendimento do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, algo identificado de maneira recorrente no sistema judiciário brasileiro, tendo por base as teorias clássicas do Direito, mas precisamente propostas por Niklas Luhmann. O entendimento dos fenômenos históricos relacionados ao ativismo judicial bem como os desdobramentos no âmbito jurídico que a EC nº 45/2004 acarretou no judiciário, que também será explorado neste estudo, são de suma importância para o entendimento das novas dinâmicas do constitucionalismo brasileiro no século XXI.

## **A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

### **A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e o fenômeno da autopoiese e alopoiese social**

Na obra “Introdução à Teoria dos Sistemas Sociais”, Niklas Luhmann definiu a sociedade como um conjunto de sistemas que se autorregulam e se auto-reproduzem através da linguagem. O Direito, a Política e a Moral são apenas alguns tipos de sistemas que compõem essa

configuração. Segundo o autor, para que o Direito atenda aos parâmetros da autorregulação ele deve ser um sistema fechado estruturalmente e aberto cognitivamente, o que Luhmann chamou de *autopoiese*. Isso quer dizer que o Direito como sistema não deve permitir que a influência externa dos outros sistemas corrompa a sua configuração normativa, a ponto de desestruturá-lo, mas admite, por outro lado, que uma neutralidade completa no que diz respeito à aplicação do Direito seria impossível, tendo em vista que todas as pessoas são, mesmo que de forma indireta, influenciadas ideologicamente pelos outros sistemas, como por exemplo, a Moral, a Ética e a Política o que influencia, conseqüentemente, na construção cognitiva do Direito. (LUHMANN, 2010).

Nesse sentido, várias foram as ferramentas buscadas como formas de promover a autorregulação do Direito e a Constituição tem sido a sua tentativa mais exitosa, sendo uma afirmação do sistema *autopoietico*, proposto por Luhmann, principalmente por ser a Constituição uma das responsáveis pela concretização da ideia de Estado Democrático de Direito como também pela sua função de regulação e delimitação das funções do Estado. (VIANA, 2015).

No entanto, a Constituição Federal de 1988 não conseguiu fomentar a ideia de uma democracia baseada em um direito que se auto regula e se auto delimita de maneira efetiva. Isso porque, a Carta de 1988, como uma forma de coibir possíveis abusos cometidos pelos outros poderes e na busca por efetivar diversos direitos fundamentais que não estavam sendo observados pelo Poder Executivo, deu ao Poder Judiciário uma função de limitar o poder exercido pelos demais poderes, sem que o próprio judiciário tenha uma forma de limitação.

Assim, Luhmann definiu que a sociedade pode ser entendida como um sistema que possui vários sistemas estando, dentre eles, o Direito. Tais sistemas têm como característica principal a autorregulação e a auto-reprodução através da linguagem. A auto-reprodução do Direito, segundo Luhmann, pode se conceber como sendo o próprio sistema o responsável pela feitura e definição das normas, através de uma abertura cognitiva do meio exterior (ou seja, permitir influência dos outros sistemas sociais), que passaria por uma espécie de seletividade no entorno do sistema do Direito, para assim então tornar-se norma jurídica. Além disso, as normas que compõe o sistema do direito devem ter por base sempre um sistema binário que delimita e define a norma jurídica, a exemplo do direito penal, que tem que tem por base o preceito binário do lícito e do ilícito (VIANA, 2015)

Os sistemas sociais estão sempre próximos uns aos outros e Luhmann considerou como sendo um sistema ideal para o Direito como aquele que não sofra influência normativa dos sistemas externos a ponto de desestruturar a norma jurídica. Portanto o sistema do Direito, ao permitir a influência externa deve ser aberto cognitivamente, mas fechado procedimentalmente. Tal caracterização ideal do sistema do Direito foi denominado por Luhmann de *autopoiese*. A negação da *autopoiese*, ou seja, quando o sistema sofre constante influência e irritação dos sistemas exteriores foi denominada de *alopoiese* social e tem como principal consequência para o Direito a sua desestruturação normativa (NEVES, 2018).

Por isso, muitas têm sido as tentativas de construir mecanismos que possibilitem essa abertura cognitiva com o devido fechamento estrutural do Direito. A Constituição, nesse sentido, pode ser entendida como a principal forma de afirmação de um sistema *autopoietico* do Direito, na medida em que enseja base principiológica e normativa do ordenamento jurídico além de ser um importante documento que versa sobre o controle de constitucionalidade (MELO, 2007). O papel da Constituição se dá na medida em que ela possibilita o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do Direito, acoplamento este que funciona como uma espécie de “ponte” cognitiva entre os dois sistemas (VIANA, 2015)

No entanto, no Brasil o fenômeno do sistema autopoietico ideal proposto por Luhmann está longe de ser uma realidade. A política (aqui entendido como um sistema formado por entes políticos, administração e opinião pública organizados de forma não hierarquizada), interfere no sistema do Direito de forma tão abruta que, apesar de todos os avanços principiológicos e normativos possibilitados pela feitura da Magna Carta de 1988, esta se transforma em um simples documento simbólico, já que o sistema político vai além do acoplamento estrutural entre a política e o Direito que a Constituição permite, tornando a Magna Carta incapaz de alcançar um dos seus princípios basilares que é a auto regulação do sistema jurídico (MARTINS, p. 29, 2011).

O fenômeno da *autopoiese* e *alopoiese* foi também observado pelo professor Marcelo Neves (que trabalhou em conjunto no desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais de Luhmann) em vários outros países da América Latina, assim denominados por este como “países de modernidade periférica”. Segundo ele, a explicação para o fenômeno da alopoiese, nesses países, está concentrado primordialmente em uma questão histórica. O Brasil, por exemplo, é um país que teve uma experiência democrática bastante tardia, sendo consagrada como república apenas no final do século XIX e mesmo assim manteve-se sob a égide dos poderes dominantes herdados da monarquia, enquanto outros países, a exemplo dos Estados Unidos, já haviam tido a experiência republicana de forma efetiva ainda no século XVIII (NEVES, 2018)

Além disso, poucos anos após a proclamação da república o Brasil viveu sob o comando de regimes ditatoriais praticamente de maneira ininterrupta, períodos estes que somados perfazem mais de 35 anos. Esse viés social e político culminou na feitura de diversos documentos constitucionais (foram um total de sete) que tiveram por base o atendimento dos anseios sociais e políticos de cada período que o país viveu. Ademais, após anos de regime de ditadura militar que culminou ao final com um poder constituinte originário que elaborou a constituição de 1988, atualmente em vigor, o Brasil passou por mais um desafio político com o processo *Impeachment* que findou no afastamento do presidente Fernando Collor em 1992, apenas quatro anos após a entrada em vigor da Constituição (BARBOSA, 2015).

Tal desestabilidade política e jurídica, atrelada a um sistema de controle de constitucionalidade que ao mesmo tempo se vale de precedentes como meio de auxiliar nas decisões judiciais (*common law*, ou modelo americano), mas que por outro lado privilegia o atendimento rigoroso da lei escrita (*civil law* ou modelo germânico) acabaram por criar um ambiente extremamente propício para que o sistema do Direito no Brasil fosse cada vez mais aberto normativamente, sofrendo interferência dos sistemas ao seu redor, o que caracteriza assim o fenômeno da *alopoiese* e a conseqüente desestruturação do direito (BOTELHO, 2009). Vale salientar também, que a feitura da constituição de 1988 teve por base o atendimento de um sistema que privilegiasse o poder judiciário como forma de não permitir possíveis arbitrariedades que pudessem ser cometidas pelo poder executivo, tendo em vista o contexto histórico das seguidas ditaduras do executivo que o país vivenciou (BARBOSA, 2015).

Ademais, tanto o *civil law* como o *common law* foram modelos de jurisdição criados para o atendimento do direito nos países em que foram criados, correspondendo, portanto, a suas respectivas realidades sociais e políticas. Nesse contexto, a utilização de tais modelos no Brasil, e ainda mais de maneira conjunta, faz com que surja um modelo jurisdicional híbrido em que tanto a lei como as jurisprudências são fontes do direito, mas sem que essa última torne-se vinculante (BOTELHO, p. 2.324, 2009). Isso acarreta em uma enorme insegurança jurídica entre os destinatários da jurisdição, uma vez que se estará diante de uma verdadeira loteria, pois o direito do jurisdicionado dependerá do juiz, ou câmara que irá apreciar a sua demanda, isso faz com que o judiciário tenha enorme discricionariedade na hora de proferir a decisão judicial, fenômeno este que reitera o que já definimos por ativismo judicial.

## **Ativismo judicial no Brasil como expressão do fenômeno da alopoiese social**

De forma simples, o ativismo judicial pode ser compreendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através de procedimentos pertencentes a outros sistemas que não o Direito para resolver problemáticas eminentemente relacionadas as normas jurídicas. O surgimento do ativismo judicial pode ser explicado por dois vieses: o primeiro está relacionado à incompletude da teoria da separação dos três poderes formulada Montesquieu e o momento histórico da feitura da constituição de 1988.

Quanto ao primeiro, à teoria da separação dos três poderes, em tempos modernos, teve por base a divisão de poderes de forma a combater possíveis arbitrariedades que pudessem se cometidas, cabendo ao executivo controlar as atividades do legislativo e, por conseguinte, este ter suas atividades controladas pelo judiciário. Porém, não há um poder que controle as ações do poder judiciário, ao passo que, segundo a teoria de Montesquieu, cabe a ele próprio o seu controle. Isso advém do fato que na época em que o filósofo francês construiu a sua teoria, o juiz era tido como “a boca da lei”, estando o campo da hermenêutica jurídica ainda em seus primórdios, atrelado à concepção da escola exegética que pregava a interpretação literal e gramatical da lei (MARTINS, 2011). Além disso, do século XVIII aos dias atuais o Direito tornou-se mais complexo, surgindo novas atribuições às funções do Estado, atribuições estas que não encontraram respaldo na separação dos três poderes proposta por Montesquieu, surgindo assim as funções atípicas dos três poderes.

Destarte, tais fatores somados ao fato de que as novas propostas hermenêuticas não comportam a atual complexidade do Direito, fazem com que o judiciário tenha enorme discricionariedade no proferimento das decisões judiciais, o famoso brocardo que diz que o juiz é “a boca da lei” evoluiu ao longo da história e se encaixa perfeitamente no âmbito do que aqui foi definido por ativismo judicial.

Quanto ao segundo viés, é sabido que o Brasil passou longos períodos de sua recente república nas mãos de poderes que instauraram ditaduras (a primeira como o Estado Novo que durou 15 anos, sucedida por 20 anos de turbulenta democracia e posteriormente uma ditadura militar que durou 21 anos, findando-se em 1985). Esses poderes comandaram a feitura de documentos constitucionais que correspondem às suas perspectivas de poder no país, atrelando a isso uma enorme discricionariedade para o poder executivo. Com a queda do regime militar através do movimento das “Diretas Já!” em 1985, um novo poder constituinte originário surgiu para dar início a construção da Magna Carta de 1988 (BARBOSA, 2015).

Tal poder constituinte foi baseado em uma ânsia nacional em maior liberdade democrática que estava relacionada a uma menor atuação do executivo, tendo em vista o contexto dos anos da ditadura. Nesse sentido, o poder legislativo construiu um documento constitucional que prezasse por uma maior atuação do poder judiciário, já que historicamente é incumbido a este o poder de controlar o executivo. Porém, como ainda não existe uma forma procedimental de regulação do poder judiciário este adquiriu enormes poderes discricionários de intervenção no executivo e no legislativo, intervenção esta que se dá principalmente através do proferimento de decisões pelos tribunais superiores (CAMPOS, p.60, 2012).

Essa discricionariedade encontrou maior respaldo após a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que instituiu as súmulas vinculantes, que posteriormente foi regulamentada pela Lei 11.417/06. A proposta da súmulas vinculantes têm por objetivo utilizar-se de um enunciado pacificado, baseado numa série de decisões que foram proferidas de forma semelhante do Superior Tribunal de Federal, com força de lei, adquirindo este uma função atípica legislativa. O grande embate acerca do tema diz respeito ao respaldo constitucional para existência de tal

instituto, tendo em vista que legislar é uma função atípica do poder judiciário e por isso fere o artigo 2º e o artigo 60, §4º, III, da Constituição que versa sobre a cláusula pétrea da tripartição dos poderes (MARTINS, p.29, 2011). Além disso, ainda há a discussão se a edição das súmulas vinculantes provoca um engessamento da interpretação do Direito, já que esta estaria restringida às decisões judiciais e entendimentos do STF, o que acarreta em uma diminuição da criatividade do Direito no momento do proferimento de decisões por tribunais inferiores.

Assim, pode-se perceber que a edição de súmulas vinculantes foi mais uma tentativa de auto regulação do judiciário pelo próprio judiciário, como forma de evitar proferimento de decisões excessivamente arbitrárias por parte dos tribunais inferiores. Porém tal tentativa torna-se contraditória tendo em vista que as súmulas vinculantes proferidas pelo STF não vinculam o poder legislativo e nem mesmo o próprio STF, tendo este ainda amplos poderes no momento da decisão judicial (LIMA, 2013).

Além disso, a EC nº45/2004 representa a volta do positivismo exegético, em que a decisão da Suprema Corte é equiparada à força de lei ou ato normativo em todo o Judiciário e Administração Pública, sendo denominada pelo ministro Luiz Roberto Barroso como uma “americanização do Direito Constitucional brasileiro” (BARROSO, 2013), ideia esta contrária a um Estado Constitucional de Direito, proposta pela Constituição de 1988, já que preza pela velocidade do julgamento das lides processuais em detrimento a inovação da decisão judicial. Destarte, a criação das súmulas vinculantes pela EC nº 45/2004 representa também uma maior aproximação do Direito na política tendo em vista que as decisões proferidas pelo STF são utilizadas para ter um maior poder de interferência nas decisões políticas proferidas pelo executivo, fato este que encaixa-se perfeitamente na teoria da *alopoiese* social (BOTELHO, p.2326, 2009).

## **AS RECENTES DECISÕES DO STF COMO EXPRESSÃO DA INTERFERÊNCIA DA POLÍTICA NO SISTEMA DO DIREITO**

Uma das questões jurídicas mais atuais e que tem gerado inúmeras discussões doutrinárias é acerca da recente decisão do STF sobre a possibilidade do início do cumprimento de pena já com o trânsito em julgado dos recursos de segunda instância e esse debate não é recente. A possibilidade de cumprimento de pena com a condenação em segunda instância surgiu a partir de um caso ocorrido em 2009 no interior de Minas Gerais, quando um fazendeiro, motivado por ciúmes, atirou cinco vezes contra um rapaz que paquerou a sua esposa, configurando o crime de tentativa de homicídio. Os advogados do réu, à época, interpuseram diversos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça para que o fazendeiro começasse a cumprir a pena somente quando esgotadas todas as possibilidades de recurso. No entanto, tais pedidos foram negados e os causídicos, ainda não conformados, apresentaram recurso junto ao Supremo Tribunal Federal criando uma interpretação para o texto exposto no artigo 5º, LVII, da Constituição qual seja: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

O Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, deu provimento ao pedido dos advogados, permitindo que o réu só começasse a cumprir a pena após o trânsito em julgado de todos os recursos que estivessem a sua disposição, e fechando assim o entendimento dado ao artigo 5º, LVII, da CF. Importante frisar que antes do referido caso o início da condenação se dava a critério do juiz de primeira instância que proferia a decisão. Desde a feitura da Constituição de 1988 até o caso ocorrido do fazendeiro no ano de 2009 a interpretação do referido inciso tinha ficado aberta para decisão do magistrado. O último recurso do caso do fazendeiro tramitou em julgado no ano de 2014, porém, não houve possibilidade de cumprimento da pena, tendo em vista que a pena já tinha prescrito.



O debate sobre a possibilidade do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do último recurso possível foi reaberto no ano de 2016 e configurou um exemplo de ativismo judicial e de quando o sistema da política interferiu no Direito a ponto de desestruturá-lo normativamente. Tal decisão por parte do STF foi resultado de um entendimento de que muitas injustiças ocorreram por causa dos inúmeros recursos interpelados aos tribunais superiores que tinha por objetivo tão somente postergar o trânsito em julgado da sentença e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena.

Esses casos tornaram-se mais frequentes recentemente devido aos novos e volumosos processos advindos da “Operação Lava-Jato”, em que muitos políticos condenados em segunda instância entravam com recurso juntos aos tribunais superiores, atrasando o trânsito em julgado da sentença condenatória e, dessa maneira, impedindo a cassação dos direitos políticos que os enquadrarem na Lei da Ficha Limpa e os impedisse de concorrer às próximas eleições. Nesse caso, se pode perceber que a tentativa do Direito de regular a política e interferir em uma questão oriunda de um viés político.

Tal prerrogativa por parte do STF, além do claro revés no que diz respeito à segurança jurídica, causou diversos problemas no que diz respeito aos trâmites para o cumprimento da pena que são regulados pela legislação inferior. Exemplo disso está relacionado ao pagamento da multa processual no processo penal, que em geral faz parte da pena dos réus, e que deve ter seus valores atualizados no momento em que se inicia o cumprimento da sentença condenatória, conforme preceitua o artigo 164 da Lei de Execuções Penais. Assim, se uma sentença foi proferida em 2014 e teve seu trânsito em julgado em 2017, deve o valor da pena de multa ser corrigido monetariamente de forma a proteger o seu valor.

No entanto, com o novo entendimento do STF acerca da condenação em segunda instância, ficou a critério do juiz decidir se o valor da pena de multa deve vir ou não atualizado já em segunda instância, momento em que deve ser iniciado o cumprimento da pena. É importante salientar que o problema não reside somente na questão monetária a ser pago pelo réu, já que existem meios se ressarcir-lo caso haja um pagamento maior, bem como o acusado compensar valores pagos a menos. O problema central diz respeito a uma decisão proferida por um tribunal superior, tendo em vista uma situação política, desestruturar um sistema legal infraconstitucional, colocando a situação sob a discricionariedade de uma única pessoa (nesse caso o juiz), o que exatamente ocorre no fenômeno da *alopoiése* (NEVES, 2018)

Outro exemplo da ocorrência de uma atuação ativista do STF por meio do citado dispositivo foi a edição da Súmula Vinculante n.º 11, que tem por objetivo regulamentar os casos excepcionais em que o uso das algemas deverá ser feito. Importante notar que era comum na prática forense o entendimento de que cabia autoridade policial ou judiciária deliberar acerca do uso das algemas. No entanto, tal previsão já era discutida a âmbito legislativo, tendo em vista que vários foram os casos de abusos cometidos por parte do poder policial que ocorriam principalmente entre os indivíduos em situação vulnerável.

O assunto se tornou objeto de discussão no STF apenas em 2008 quando foram expedidos vários mandados de prisão relacionados a Operação Satiagraha, que investigou desvios de verbas públicas e condenou a prisão diversos políticos e banqueiros, ente eles os banqueiros Salvatore Cacciola e Daniel Dantas. A repercussão da prisão de ambos se deu em um âmbito principalmente midiático em que a imagem de ambos sendo conduzidos algemados para a carceragem foi explorada ao máximo por vários veículos de comunicação de massa.

Foi sob este aspecto político que o STF editou a Súmula Vinculante n.º 11 apenas um mês após a prisão dos banqueiros, o que ensejou o pedido de *habeas corpus* pela defesa dos réus com

a alegação da arbitrariedade do uso das algemas no momento da prisão de ambos, gerando uma situação vexatória e humilhante. Importante notar que a referida súmula foi editada sem que houvesse a prerrogativa dos entendimentos reiterados sobre o tema, já que o STF tinha debatido apenas três casos parecidos.

Além disso, toda comoção popular e o apelo midiático corroboraram para decisão dos ministros, como bem pode ser observado no voto do Ministro Marco Aurélio que “ao ver descer de um avião, algemado, um ex – governador e ex – senador da República” achou aquela cena uma “presepada”, em referência a prisão do político paraense Jader Barbalho que ao descer do avião algemado tentou esconder as algemas com um livro. Sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “Importante é que cumpram as decisões do STF, rindo ou chorando”

Assim, podemos concluir que Súmula Vinculante n.º 11, foi editada através de uma interpretação extensiva e proativa de dispositivos da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, impondo ao Poder Público uma determinada conduta, tendo por prerrogativa a garantia de direitos fundamentais. No entanto, tal quesito significou uma invasão do STF em uma competência que não é sua, tendo por base uma questão política da ampla exposição midiática, que pressionou o judiciário a agir de tal maneira, caracterizando assim uma atuação ativista do STF embasada em uma interferência estrutural e normativa do sistema da política no Direito

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno do ativismo judicial, aqui entendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através de procedimentos pertencentes a outros sistemas que não o Direito para resolver problemáticas eminentemente jurídicas, tem se tornado recorrente no Brasil desde a feitura da Constituição de 1988 tendo sido observado de forma mais latente a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 que reformou o judiciário e instituiu as súmulas vinculantes, que deram o poder legislativo atípico à função de estado judicante e que pode ser compreendida como uma tentativa de criação de um procedimento para o Direito Constitucional. Tal fenômeno torna-se problemático na medida em que dá poderes ao judiciário de interferir na seara política, gerando o fenômeno da quebra da autonomia, ou *alopoiése* do Direito, ao mesmo tempo que também possibilita a política intervir no judiciário, ferindo assim a separação dos três poderes, além gerar o fenômeno do engessamento da atividade criativa judicial para o proferimento de decisões e impedir uma evolução da hermenêutica jurídica.

Essa perspectiva, como foi descrita neste trabalho, pode ser compreendida através de um viés histórico, político e social no Brasil e tem se tornado tema de inúmeros debates doutrinários com o objetivo de chegar a uma conclusão acerca dos efeitos de um judiciário com mais poder sobre as decisões do executivo, assim como qual o melhor modelo jurídico para o Brasil tendo em vista suas perspectivas atuais, já que o atual, que coaduna com os sistemas do *common law* e *civil law*, tem se mostrado ineficaz para corresponder às necessidades jurídicas do país.

Destarte, o entendimento dessas novas perspectivas que permeiam o constitucionalismo brasileiro no século XXI são de suma relevância para a criação de mecanismos que promovam uma atuação do judiciário de forma mais justa e eficiente e, principalmente, para impedir que arbitrariedades cerceiem os objetivos principais da função judicante no país.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito\\_constitucional\\_e\\_seus\\_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2018.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes**: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. Tese (doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós graduação em Ciências Políticas. Recife, 2015. 167p.
- BOTELHO, Ana Cristina de Melo Pontes. **A corrupção política e seu estudo à luz da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos sistemas jurídico e político**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais, São Paulo, Fundação Boiteux, 2009, p.2311-2340.
- CAMPOS, Hélio Ourém; BANDEIRA, Luciana de Assunção Macieira. **Ulisses x Hércules**: o perfil do judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade. In: 1º Congresso Internacional de Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano. Brasília, 2012. Revista CEJ, ano XVI, n. 58, set./dez. 2012, p. 58-64.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: Uma proposta de delimitação do debate. Tese (doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós graduação em Direito. Recife, 2013. 300p.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 210p. Coleção Pensamento político.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 169-186.
- MARTINS, Ives Grandra da Silva. **O ativismo judicial e a ordem constitucional**. Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, nº 18, jul/dez 2011, 16p.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula Vinculante**: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade. Palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2007.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica** - Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro. Wmf Martins Fontes. São Paulo, SP. 2018.
- SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil**: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.
- VIANA, Ulisses Schwrtz Viana. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann**: Complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre, 2015



**Coordenação:**

Paulo Eduardo Alves da Silva (USP)

Pedro Heitor Barros Geraldo (InEAC/UFF)

José Mário Wanderley Gomes (UNICAP/CESMAC)



## A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÓTICA DA SOCIOLOGIA ECONÔMICA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS CUSTAS DE TRANSAÇÃO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

**Alberto Jonathas Maia**

Doutorando em Direito (UFPE). Professor Universitário. Advogado. Fundador do Grupo Marco Maciel de Arbitragem.

**Júlia Helena Alves de Sousa**

Graduanda em Direito (UNICAP). Mediadora de Conflitos (Centro de Mediação Humanista; Tôrres Gadêlha Advocacia).

### **INTRODUÇÃO: BREVE NOTA CONCEITUAL**

A mediação é técnica de resolução de conflitos de viés transdisciplinar (sensitivo/emotivo/cognitivo) que visa facilitar o encontro de soluções consensuadas, legítimas. Mais ainda – segundo Carlos Eduardo Vasconcelos – é o método dialogal de solução e transformação de conflitos interpessoais em que as partes escolhem ou aceitam mediador(es),

com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e matérias da disputa, migrar das posições antagônicas para interesse e necessidades comuns. (VASCONCELOS, 2017, p. 53 e 60)

O aspecto importante que não escapou aos olhos do legislador é a ideia de continuidade da relação social. A mediação não serve tecnicamente para “resolver” – solver – (conceito advindo da química que significa: acabar com o funcionamento, encerrando, separando ou desligando seus componentes) os conflitos. Na realidade, a mediação enquanto ferramenta de aproximação de pessoas e estímulo do diálogo se presta a ajudar as partes à *superar* os conflitos.

A mediação empresarial, por assim dizer, é aquela aplicada ao relacionamento da empresa com seus consumidores, contratantes, devedores e credores, bem como nas relações intersocietárias de natureza familiar ou contratual.

### **O PAPEL DO MEDIADOR**

A legislação em vigor estabelece que poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer a mediação. Esse profissional atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Lei de Mediação, art. 9º c/c CPC, art. 165 §3º).

Conforme Fernanda Tartuce destaca, o mediador "é profissional apto a trabalhar com resistências pessoais e obstáculos decorrentes do antagonismo de posições para restabelecer a comunicação entre os participantes", e prossegue: "seu papel é facilitar o diálogo para que os envolvidos na controvérsia possam protagonizar a condução de seus rumos de forma não competitiva"(TARTUCE, 2015, p. 271).

A mediação aplicada à seara empresarial estimula uma consensualidade mais abrangente do que aquela que poderia ser encontrada no Judiciário e, assim, através dela é possível ultrapassar o suporte fático da disputa. Com efeito, a atuação do mediador nesses casos é realmente fundamental, esse facilitador será o fio condutor de racionalidade e de confiança e através de ferramentas específicas pode: I) destacar as reais necessidades das partes, por vezes, ocultadas por falhas na cadeia de comunicação; II) auxiliar os conflitantes a separar as pessoas do problema, evitando julgamentos e estimulando soluções (URY, 2014, p. 37).

## O PAPEL DOS ADVOGADOS

Ainda que em procedimentos compositivos se dispense atuação do advogado, não se pode desconsiderar a fundamental importância desse profissional. O advogado é profissional que, ainda que defendendo os interesses do representado, atua sem paixões e sem envolvimento direto no conflito – a capacidade técnica aliada à ética profissional.

Comparando a postura do advogado em um processo judicial e na mediação, Marcelo Ferraz Pinheiro afirma que "o advogado analisar o caso exposto pelo cliente, em um processo judicial, concebe os problemas e a solução jurídica, defendendo esta última e buscando o convencimento do juiz". Em contrapartida, segundo o autor, na mediação

a característica fundamental do advogado deve ser a capacidade de conceber a melhor alternativa para a solução da disputa, já que o mediador não irá tomar decisões pelas partes, como fazem os juízes. (PINHEIRO, 2017, p. 24)

Atualmente existem instituições profissionais privadas<sup>1</sup> de conciliação e mediação alternativas à Justiça Convencional, plenamente disponíveis e eficientes. A atuação do advogado nas situações ora examinadas é imprescindível para alcançar um bom desfecho, que não precisa submeter-se aos ônus e vicissitudes do processo judicial. Aliás "no âmbito de disputas societárias, as peculiaridades do conflito parecem demonstrar que a utilização de um método voltado à autocomposição pode trazer melhores resultados do que uma solução imposta" (LAUX, 2018, p. 137).

O perfil do advogado realmente vem se alterando diante das novas demandas sociais. Especialistas indicam que escritórios de advocacia precisam alterar suas atividades contenciosas substituindo-a pela advocacia resolutiva "baseada em análises objetivas de probabilidade de êxito, identificação apropriada de interesses reais das partes, criação de valor em razão de abordagens integrativas" e principalmente na orientação relativa ao meio apropriado de solução de disputa "baseada em critérios objetivos referentes aos e apoio às partes no desenvolvimento de competências emocionais que permitam o distanciamento de escolhas baseadas em paixões ou posições irracionais" (WALD e AZEVEDO, 2019).

No que se refere à remuneração, o trato dos honorários se aplica às hipóteses de atuação do causídico em procedimentos de mediação. Aliás, independente da técnica resolutiva utilizada, é vedada a redução dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer

---

<sup>1</sup> Sobre isso, no âmbito privado, vale destaque às Câmaras Privadas de Soluções de Conflitos, como o Centro MEDIAH e a CAMARB; e as empresas que trabalham com Mediação Online, como a MOL.

mecanismo adequado de solução extrajudicial nos termos do art. 48 §5º do Código de Ética e Disciplina da OAB. A norma realça a necessidade da boa remuneração baseada em resultados e não apenas em tempo ou energia despendidos.

## O PAPEL DA EMPRESA A PECULIARIDADE DOS SEUS CONFLITOS

Na famosa obra “*The Modern Corporation & Private Property*”, publicada na década de 30, destacou-se que a empresa é a principal instituição da sociedade (BERLE, Adolf; MEANS, G e Ardiner, 2005, p. 46). O quadro não mudou. A empresa foi e continua sendo a base fundamental da economia da sociedade moderna. É através da atuação empresarial<sup>2</sup> que boa parte das decisões que orientam a atividade econômica são tomadas: adequação de impostos, definição preços de produtos e serviços, alteração índice de juros, orientação de investimentos em de pesquisa e inovação. A crise, e seus conflitos, portanto, têm reflexos para além dos envolvidos na cadeia produtiva.

Trazendo essas questões para a perspectiva nacional (SILVA, SOUSA e AGUIAR, 2019), todos os anos, milhares de empresas são abertas no Brasil e são influenciadas pelo nível de receptividade do país a novos negócios. Com vistas a mensurar essa situação, o relatório *Doing Business 2019* do Banco Mundial (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 126) analisou as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo para posicionar o Brasil no escore e no ranking de facilidade de empreender.<sup>3</sup>

Dos dez parâmetros de boas práticas regulatórias que compõem o índice desenvolvido, excluindo-se regulação do mercado de trabalho, o Brasil ainda está longe da melhor performance em todos os tópicos - como, por exemplo, facilidade de tempo e custos de abrir um negócio, pagamento de impostos, registro de propriedade e execução de contratos.

Apesar das melhoras em alguns aspectos, o Brasil ainda é a 109ª economia entre 190 no ranking de facilidade de empreender, e possui um escore de apenas 60.01 numa escala de 0 a 100 (BANCO MUNDIAL, 2019, p. 135, 159). Para o país classificado como a oitava economia do mundo em 2017 (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2017), é até surpreendente encontrar um cenário empresarial um tanto quanto desafiador.

Dentro dessa análise, os custos de oportunidade ancorados pelos Métodos Adequados de Soluções de Conflitos acabam por se tornar intensos aliados no que diz respeito ao respaldo da economia nacional e à possibilidade do Brasil concorrer, enquanto nação, em nível global. Como se sabe, o alavancar econômico de uma nação, por meio de práticas efetivamente democráticas, são capazes de gerar – ou de retomar, em alguns casos – um estado de bem estar e produzir benefícios sociais em níveis que atingem direitos fundamentais como educação, saúde e moradia.

Ressalta-se que nos conflitos interempresariais não há necessariamente um desequilíbrio de forças (como é comum nas relações de consumo, familiares, trabalhistas etc.). O conflito de interesses regulado pelas normas de Direito Comercial concentra-se, em sua grande maioria, nas relações entre empresários, o que leva Fábio Ulhoa Coelho a afirmar que

---

<sup>2</sup> Destaca-se, a nível de Brasil, que o empresário é sobretudo aquele que atua nos 6,4 milhões de estabelecimentos existentes, em que 99% são micro e pequenas empresas (MPEs) (SEBRAE, 2018), as quais contribuem para 27% do PIB (SEBRAE, 2014). Logo, delimitam-se as micro e pequenas empresas como base da economia nacional.

<sup>3</sup> De acordo com o relatório, o score de facilidade de empreender (“ease of doing business score”) é uma medida agregada que diz respeito às melhores práticas de regulação conforme o índice desenvolvido pelo *Doing Business*, que envolve indicadores como tempo e custo para abertura de uma empresa. Quanto mais a regulação se aproxima das boas práticas do índice, melhor o escore. Já o ranking de facilidade de empreender (“ease of doing business ranking”) é a medida agregada que compara economias do mundo inteiro e baseia-se no escore para posicionar a economia em relação às demais.

As relações jurídicas entre empresários são, via de regra, simétricas; vale dizer, nos dois polos, encontram-se sujeitos de direito com condições iguais ou pelo menos similares de se assessorarem de modo adequado, em questões econômicas e jurídicas. Dispõem ambos, em outros termos, da expertise e dos recursos para reunir e processar todas as informações necessárias antes de tomar a decisão que mais bem possa atender aos seus interesses (ULHÔA, 2019).

O papel do mediador nesse tipo de conflito não será, em regra, o de trazer equilíbrio para o debate. Não, a peculiaridade da matéria ensejará, sobretudo, a utilização de ferramentas para recuperar a confiança entre empresários. Estes, por sua vez, deverão tomar decisões providos de racionalidade que muitas vezes fica afetada em tempos de crise.

Em tempos de crise econômica – que ainda não sinalizam atenuação capaz de estimular maiores investimentos – é necessário ter em mente que a aplicação de modelos autocompositivos de solução de conflitos representa não apenas uma boa prática de governança corporativa, mas de aplicação adequada de recursos.

As atividades empresariais possuem inerentes riscos comerciais, os quais exigem uma análise jurídica e econômica, visando a mitigação desses riscos. Uma negociação contratual remete a um mosaico de intenções que precisam ser congregadas, objetivos diversos que se interpenetram em justaposição e complementação. Não basta apenas avaliar os cenários positivos e ideais do negócio, mas também situações de crise e as repercussões negativas decorrentes de descumprimento contratual.

Essa questão é muito bem explicada por Ronald Coase na sua obra "*A firma, o mercado e o direito*" da qual destacamos a seguinte afirmação:

a fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir quem se deseja fazer a transação, informar as pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir negociação que levam a um acordo, redigir um contrato, realizar o monitoramento necessário para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos e assim por diante. (COASE, 2017, p. 6)

Como se observa, a relação contratual se desenvolve de forma absolutamente interligada com os métodos de solução de disputas. Cada assunto, cada divergência contratual, pode ser resolvida ou superada de forma específica. Uma cláusula contratual que prevê mediação é uma verdadeira ferramenta jurídica preventiva apta a aparelhar adequadamente as operações comerciais e negócios complexos celebrados por agentes empresariais. Tem conteúdo econômico na medida que agrega toda a conjuntura do contrato, isto é, deve ser interpretada para além da questão jurídica a qual está inserida, já que há todo um contexto econômico-negocial que abrange a relação entre as partes.

A mediação possui um traço compatível com essa atividade, detém por sua própria natureza, traços de um modelo jurídico negocial no qual as empresas estabelecem a oportunidade de inserir, em sua cultura organizacional, estruturas de conservação dos vínculos estabelecidos entre os contratantes. Como foi dito no início, a mediação procura superar os conflitos e preservar relacionamentos continuativos. Realmente, contratos preservados e parcerias comerciais mantidas significam credores satisfeitos, devedores solventes e o movimento do mercado.

## **A FUNÇÃO ECONÔMICA DAS CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO**

Atores privados e públicos desenvolvem atividades econômicas em sentido estrito, isto é, empreendem para satisfazer a demanda agregada de bens e serviços no livre mercado. A geração de riquezas e o crescimento econômico dependem substancialmente do fluxo e refluxo de bens, serviços e trocas do mercado. O funcionamento das atividades comerciais necessita, dentre outros



aspectos, de um ambiente econômico favorável, segurança jurídica, mitigação de riscos e, diante de sua inevitabilidade, de meios de recuperação do crédito diante de inadimplemento.

No cenário de litígios e meios de soluções de controvérsias verificados atualmente é inegável que o Poder Judiciário não pode ser visto como o único meio de dirimir conflitos, sejam estes de quaisquer natureza. Assim, a mediação de conflitos, que ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei 13.140 de 2015, bem como nas modificações no Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015); foram de extrema importância no que diz respeito à valoração dessas novas formas de resolução de conflitos, para além do Poder Judiciário.

Diante de um mundo com recursos escassos e a necessidade humana de tomar decisões perante os conflitos insurgentes – tais quais, são inerentes à existência social – surge a necessidade de se reavaliar os modelos tradicionais de resolução de disputas e o modo dispendioso, de tempo e capital, de tratamento destes, visto a áspera situação socioeconômica brasileira e o quantitativo de processos que assolam nosso Judiciário.

No entanto, como toda mudança de paradigma histórico passa por uma necessidade social, carece-se sempre de um instrumental analítico robusto, pela sociedade e pelos juristas, acerca da tomada de decisão na utilização e aplicação de determinadas novas normas ou instrumentos, sendo de extrema importância a análise das variáveis que levam à escolha de determinado procedimento em detrimento de um outro.

Posto isso, atenta-se que o escopo do Direito é a regulação dos comportamentos humanos para a possibilidade de convívio em sociedade, enquanto a moderna ciência econômica reconhece, analiticamente, a tomada de decisões do ser humano perante essa escassez de recursos.

Nessa ótica de redução dos custos por meio de uma escolha mais adequada de resolução dos conflitos, os custos de transação podem ser analisados como de três tipos, segundo Luciano Benetti (TIMM, 2005, p. 32): I) custos de procura e obtenção de informações; II) custos de negociação; III) custos para garantir a execução do contrato, e aplicando a problemática para o direito processual, destaca-se que os custos de transação são aqueles “decorrentes da realização de trocas econômicas, até porque qualquer interação dessa natureza significa o dispêndio de recursos pelas partes não só os custos de produção e entrega da prestação, mas também a fiscalização ou monitoramento do cumprimento da prestação da contraparte (confirmação do pagamento, cobrança de parcelas em atraso, teses de qualidade do produto entregue). E isso abrange também os custos calculados com base na eficácia dos instrumentos processuais para forçar a contraparte no caso de inadimplemento. Se os custos de transação projetados forem muitos altos, o negócio pode ser desvantajoso”(CABRAL, 2018, p. 70).

Antonio do Passo Cabral aponta ainda que, para além de custos judiciais, há a “total imprevisibilidade sobre o resultado e a duração do processo, e portanto sobre seus custos” já que “o caminho procedimental é incerto porque muitas são as possibilidades de tramitação de um procedimento no Judiciário”.

Além do recurso financeiro “parado” na disputa (já que a parte credora fica impedida de receber ou utilizar-se do correspondente monetário do seu direito), deve-se levar em conta o pagamento com honorários advocatícios e despesas processuais, além de aspectos macroeconômicos (TIMM, 2018, p. 85).

Instrumentos jurídicos eficientes permitem auxiliar a capacidade dos agentes de orçar as consequências de suas condutas e se prevenir quanto aos riscos dos seus empreendimentos. Isso

propicia a construção de um ambiente jurídico que assegure o cumprimento de obrigações com boas perspectivas de crescimento econômico.

Dessa forma, a previsão contratual de utilização de mediação tem função econômica no negócio em que está inserida. Ao mesmo tempo em que atende ao seu fim jurídico (solução autocompositiva), também terá escopo econômico, já que a patrimonialidade<sup>4</sup> é inerente à toda relação contratual. De fato, o elemento econômico é a manifesta intenção das partes se vincularem.

É ferramenta estruturante sob aspecto jurídico-econômico. A sua incidência pode ser ampla e apta para atrair toda a relação negocial (principal e acessória), com abrangência temporal específica e apta a envolver determinada questão pretérita ou tema futuro do contrato e, ainda, determinadas matérias do negócio, que poderá prever tantas quantas forem as técnicas necessárias à solução de conflitos.

Essas negociações envolvem – como é natural do mercado – uma complexidade de riscos comerciais, os quais exigem uma análise jurídica e econômica. Uma negociação contratual remete a um mosaico de intenções que precisam ser congregadas, objetivos diversos que se interpenetram em justaposição e complementação. Não basta apenas avaliar os cenários positivos e ideais do negócio, mas também situações de crise e as repercussões negativas decorrentes de descumprimento contratual. Como se observa, a relação contratual se desenvolve de forma absolutamente interligada com os métodos de solução de disputas. Cada assunto, cada divergência contratual, pode ser resolvida ou superada de forma específica.

Uma cláusula de mediação é ferramenta jurídica preventiva apta a aparelhar adequadamente as operações comerciais e negócios complexos celebrados por entes públicos e particulares. Tem conteúdo econômico na medida agrega toda a conjuntura do contrato, isto é, deve ser interpretada para além da questão jurídica a qual está inserida, já que há todo um contexto econômico-negocial que abrange a relação entre as partes.

Atualmente o grande problema a ser enfrentado no sistema de solução de disputas refere-se a correta aplicação do regime jurídico que se adequa a determinada relação contratual. Relações societárias, comércio internacional, contratos de agronegócio, concessões públicas, operações de infraestrutura enfim, todos esses ramos do direito têm suas peculiaridades que muitas vezes se distanciam das relações civis comuns. Uma decisão jurisdicional em dissonância com a conjuntura negocial pode ter efeito nefastos não apenas para as partes envolvidas, mas em toda cadeia econômica.

O mercado possui um grande dinamismo e se organiza de maneira específica em cada operação econômica e cada desenho contratual possui consequências do ponto de alocação dos riscos entre cada um dos contratantes. Isso não pode passar inoculado por qualquer forma de resolução de conflitos, seja ela judicial ou extrajudicial, dada sobretudo a amplitude de formas dos Métodos Adequados de Soluções de Conflitos.

Uma das consequências dessa avaliação é a possível redução ou aumento de resultados, o que pode ser levado a efeito por gestores públicos, administradores, investidores e acionistas na tomada de decisão e alocação de recursos. E, mais uma vez, remete-se à questão da

---

<sup>4</sup> "(...) a patrimonialidade é essencial na obrigação, porque o Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas. Uma obrigação e, com maior razão, um contrato, que não se possam resumir numa apreciação pecuniária, ainda que sob o prisma da execução forçada, ficarão no campo da Moral e não serão jurídicos. Embora possa existir conteúdo em um contrato em que não se sobreleva de início o aspecto patrimonial, o aspecto coercitivo da obrigação assumida, ao menos em fase de execução, tem efeito pecuniário." VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

previsibilidade: um processo judicial mal conduzido, inconcluso e moroso pode gerar prejuízos incalculáveis, pode acirrar relações duradouras entre os sujeitos demandantes e encerrar parcerias definitivamente.

No âmbito de todas as incertezas que orbitam o conflito, é possível afirmar que, muito embora não se tenha exatidão acerca do resultado, é possível prever de qual ambiente jurídico esse resultado será extraído.

Realmente, a cláusula de mediação não permite a previsibilidade do resultado de eventual conflito. Todavia, garante o ambiente jurídico do qual serão extraídos os possíveis resultados, já que os mediadores não decidem a questão, mas proporcionam um canal de comunicação para construir uma solução ou possíveis soluções. Apenas os conflitantes possuem a correta percepção do substrato econômico da disputa e da natureza da negociação. O contexto da operação será avaliado pelas próprias partes e isso dá maior legitimidade ao resultado final da mediação.

Dessa forma, além de ser considerada a solução mais adequada para algumas demandas (Watanabe, 2005, *apud* Paulo Eduardo Alves da Silva, 2010, p. 60), a utilização da cláusula de mediação de conflitos possibilita . Cabe ressaltar que não se propõe, aqui, a utilização do procedimento de mediação e o "saber-ser" do mediador (MORINEAU, 2012) como uma panaceia para todos os males. Muito pelo contrário: a função econômica da cláusula de mediação se mostra eficiente, sobretudo, nos contratos empresariais, dada a possibilidade de determinação das partes sobre o método que promove uma resolução do litígio em menos tempo, com um custo inferior à utilização da máquina judiciária, garante a confidencialidade e possibilita que as partes, ao reestabelecer o diálogo diante das controvérsias conflituais, tenham a relação harmonizada ao ponto de prosseguirem com as relações empresariais.

O *know-how* do mediador, em certa medida, é a grande razão pela qual as partes escolhem aquela pessoa para ajudar a superar o seu conflito. O conhecimento profundo sobre a matéria, ou a compreensão econômica acerca do que será exposto ao longo do procedimento, despertará interesse do mercado que, confiante na aptidão técnico-jurídico-científica do profissional, o escolherá para ser mediar o conflito.

Esse olhar econômico com cláusulas de mediação permite observar os objetivos e expectativas econômicas das partes quando do momento da assinatura do contrato. Realmente, o contrato é mais do que aquilo que foi declarado. O instrumento contratual é uma operação econômica e forma-se após uma cadeia de cíclica de propostas e contrapropostas, a assinatura final é apenas o desfecho de um longo processo de negociação, "tais elementos são relevantes para a interpretação das relações contratuais em conflito e o desconhecimento da operação econômica subjacente ao contrato poderá trazer distorções, seja para a negociação de um contrato, seja para a solução de conflitos que possam surgir entre as partes em uma arbitragem" (FERNANDES, 2019).

Assim, em um contexto de relações jurídicas que muitas vezes decorrem primordialmente de relações sociais é possível inferir que uma solução construída será melhor que uma decisão imposta. A elaboração de solução pelos próprios conflitantes tem, por sua própria natureza, mais legitimidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A insurgência de conflitos motiva não somente o método econômico, como também, a normativa procedimental do Direito. Ou seja, só existe a necessidade de se analisar o comportamento humano, na economia, pela escassez dos recursos e, por sua vez, os conflitos são

socialmente gerados por essa escassez. Não obstante, o Direito é a ferramenta para regulação desses conflitos insurgentes e para a harmonização das relações sociais, permitindo o convívio em sociedade.

Toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que também pode ser denominado como "custo de oportunidade". O custo de oportunidade é a utilidade com que cada indivíduo goza de determinado recurso.

Depreende-se que a escolha pelo procedimento de mediação na administração dos conflitos, sobretudo, nos contratos empresariais, é alternativa que coaduna com os objetivos de tais contratos. A redução das custas de transação, por meio das variáveis I) redução no tempo no tratamento do conflito, II) harmonização e continuidade das relações entre as partes do litígio e III) sigilo das demandas, ante a publicização dos processos judiciais; podem ser analisadas de modo a auferir os benefícios da opção por tal procedimento.

Os atributos acerca da utilização das práticas de mediação de conflitos, quando relacionados às necessidades do empreendedorismo no Brasil, sobretudo no que diz respeito à morosidade e aos altos custos de litigar no âmbito da Justiça Tradicional, são bastante vantajosos para o sistema empresarial. Tem-se um método com benefícios na economia de tempo, capacidade de análise das decisões por parte dos envolvidos, com baixo custo e também por vias que ampliam a comunicação entre as partes, até mesmo quando elas estão em países diferentes.

Contudo, também é preciso assimilar que ainda há muito o que aperfeiçoar. Há ainda um déficit quando falamos da capacidade de gerar eficácia da resolução, a familiaridade da sociedade com a aplicação dessas formas de resolução de conflitos – posto que, como destacam diversos estudiosos – há uma excessiva necessidade cultural de terceirização da resolução dos litígios por meio do que se chama de "cultura da sentença" (WATANABE, 2005) e também quanto à familiaridade das partes com instrumentos incomuns à Justiça Tradicional como, por exemplo, a utilização das *ODRs* (do inglês, *Online Dispute Resolution* – Resolução de Disputas Online), visto a abertura criativa e informalidade dos procedimentos.

Ora, mesmo com tamanhos desafios, não pode-se negar o grande avanço que esses métodos vêm trazendo para as soluções de conflitos. Eles proporcionam às partes que haja um verdadeiro salto de várias etapas do sistema tradicional, criando um ambiente muito mais propício e aberto tanto para soluções, quanto para mudanças inovadoras. Nesse sentido, busca-se a melhor forma de criar um consenso entre as partes que podem ser questões bastante positivas para as empresas.

## REFERÊNCIAS

- CABRAL, Antonio do Passo . **Convenções sobre o custo da litigância (I):** admissibilidade, objeto e limites. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 276, 2018. p. 71.
- CABRAL, Antonio do Passo . **Convenções sobre o custo da litigância (I):** admissibilidade, objeto e limites. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 276, 2018. p. 70.
- CHACEL. Julian Afonso Magalhães. **Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial.** Revista de Arbitragem e Mediação n. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.
- COASE. Ronald H. **A firma, o mercado e o direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 6.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **O conceito de direito e o direito comercial.** Revista dos Tribunais n. 1000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

- FERNANDES, Wanderley. **Arbitragem e construção** in LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Report for selected countries and subjects**. 2017. Disponível em: <shorturl.at/ijxIX>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 137.
- MORINEAU, Jacqueline (Org.). **Face au conflit: les ressources anthropologiques, sociologiques et théologiques de la médiation**. Paris: Médiasèvres, 2012.
- NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PINHEIRO, Marcelo Ferraz. **O papel do advogado na solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem**. Revista de Direito Empresarial v. 8. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.
- SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.
- SEBRAE. **Pequenos negócios em números**. 2018. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.
- SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-2016.pdf>> Acesso em 12: de setembro e 2019.
- SILVA, Isabela Inês B de Souza; SOUSA, Júlia; AGUIAR, Thaís. **Negócios ou conflitos escaláveis? A Resolução de Disputas Online (ODR) como opção para startups**. E-book da Comissão de Direito das Startups OAB/PE. 2019.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 271.
- TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.172
- TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 85 e ss.
- URY, William, FISHER, Roger. **Como chegar ao sim**. 3 ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 37.
- VASCONCELOS, Carlos. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 7 ed. São Paulo: Método. 2017, p. 53 e 60
- WALD, Arnaldo de Paula. AZEVEDO, André Gomma de. **Escritórios devem aposentar grupos contenciosos e criar setores resolutivos**. CONJUR Disponível em < <https://bit.ly/2JL4OHH>> Acesso em 20 de 30 de junho de 2019.
- WATANABE, K. (2005) **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed. p. 684-690.

# EXECUÇÃO NEGOCIADA DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS: ANÁLISE DA TEORIA À LUZ DE DADOS DA REALIDADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E DO ESTUDO DO CASO DA DESOCUPAÇÃO DO EDIFÍCIO HOLIDAY (RECIFE/PE)

**Alexandre Moura Alves de Paula Filho**

Mestrando em Direito Processual (UNICAP). Pós-graduado em direito médico e da saúde (FACESF). Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem (OAB -Jaboatão dos Guararapes). Membro da ABDPro. Advogado.

**Joana Moreira Colaço Ribeiro**

Advogada. Graduada em direito (UNICAP).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por problema de pesquisa analisar se o protagonismo institucional previsto no Código de Processo Civil para os processos individuais interferiu no processo de desocupação do Edifício Holiday, em Recife (que abrigava mais de 3.000 pessoas, dentre as quais idosos, crianças e pessoas com deficiência), um litígio de natureza estrutural. Pretende-se, com isso, investigar se foi conferido maior protagonismo às partes e aos agentes ligados diretamente ao cumprimento da medida ou, do contrário, em que pese à natureza estrutural, o magistrado condutor do caso utilizou-se, em maior medida, dos poderes-deveres executivos à sua disposição na legislação processual.

Como suporte teórico ao estudo de caso, analisou-se a ideia da Execução Negociada de Políticas Públicas, uma resposta doutrinária à frustração de execuções judiciais forçadas de políticas públicas, que estabelece balizas com base num contraditório ampliado para a formação de um cronograma de cumprimento voluntário do feito executivo.

O problema de pesquisa ora proposto, demanda investigação de natureza socio-jurídica, nos termos lecionados pelo professor Luciano Oliveira, uma vez que parte de um problema de natureza jurídica, mas requer dados sociológicos para estribar o seu argumento (OLIVEIRA, 2004, p. 165)<sup>1</sup>.

A metodologia, portanto, é empírica de natureza qualitativa, por meio do estudo de caso de movimentações processuais (especificadas em item próprio) que expõe nuances da formação e cumprimento da decisão judicial que determinou a desocupação do edifício Holiday.

## OS GARGALOS DAS EXECUÇÕES JUDICIAIS CÍVEIS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ANALISANDO DADOS DE RELATÓRIOS DO CNJ

De acordo com o relatório “Justiça em Números” do CNJ lançado no ano de 2019, O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 64,6 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva (valor que desconsidera os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura). Ainda que sejam muitos os

---

<sup>1</sup> Oportuno destacar citação feita pelo autor do artigo de Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca, que afirma que “a sociologia aplicada ao direito precisa, sim, ser utilizada como ferramenta posta a serviço do questionamento e das propostas de mudança na teoria jurídica, nas técnicas procedimentais de encaminhamento e solução de conflitos, na estrutura, composição e funcionamento dos órgãos públicos de tomada de decisão, notadamente, o Poder Judiciário” (FONSECA, 2002, p. 184 *apud* OLIVEIRA, 2004, p. 161).

processos em tramitação, o relatório constatou a maior produtividade dos juízos da série histórica, tendo sido baixados 31,9 milhões de processos - quase 4 milhões a mais do que entrou no mesmo ano (BRASIL, 2019, p. 79).

Apesar dessa boa produtividade e a tendência de queda demonstrada no relatório (em geral), é possível perceber que em 2018, no âmbito das execuções judiciais cíveis (isto é, excetuando-se os feitos criminais e as execuções fiscais) houve mais casos novos (3.114.893) que baixados (2.871.756), somando um acervo total de 6.947.998 processos pendentes, o que contrasta com os processos não-criminais em fase de conhecimento, nos quais o número de processos baixados foi cerca de 26% maior que o de casos novos em 2018 (BRASIL, 2019, p. 128).

Excetuando-se os feitos criminais, a taxa de congestionamento nos processos de conhecimento é de 59,2%. Já a taxa de congestionamento nos processos de execução judicial (excetua-se aqui também as execuções fiscais) é de 70,8% (BRASIL, 2019, p. 131).

No âmbito das execuções judiciais que envolvem a Fazenda Pública, a situação certamente não melhora. Isso porque é fato notório que a Administração Pública é um péssimo litigante. Em outro famoso relatório do CNJ, chamado “100 maiores litigantes”, constatou-se que os quatro maiores litigantes da nossa Justiça gozam das prerrogativas da Fazenda Pública. São eles: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que era parte em cerca de 22,33% de todos os processos do país, a Caixa Econômica Federal (CEF) com 8,50% dos processos a Fazenda Nacional com 7,45%, e a União, com 6,97% (BRASIL, 2011, p. 5). As Fazendas Públicas federal e estaduais compõem, de acordo com a mesma pesquisa, majoritariamente o polo passivo das demandas em que são parte: o setor público federal está em 33% como autor e em 67% como réu; já o setor estadual demanda em 28% e é demandado em 72% das ações (BRASIL, 2011, p. 15).

Nelson Nery Jr. e Rosa de Andrade Nery alertam que, no âmbito do STF e STJ, mais de 60% dos processos têm como protagonistas a administração direta ou indireta e lamentam que “tem interessado, portanto, ao poder público valer-se da morosidade do Poder Judiciário para adiar o cumprimento de seus deveres constitucionais perante os administrados e cidadãos” (NERY JR., NERY, 2015, p. 204).

Em outro relatório, mais específico em relação às ações originárias e recursos em tutela coletiva, o CNJ constatou um crescimento de 127,2% entre 2007 e 2015 no quantitativo de ações dessa natureza julgadas em 14 tribunais brasileiros - passou-se de 3.135 ações julgadas no primeiro ano para 7.125 ações julgadas no último -, constatando-se, igualmente, um aumento gradual desses números em quase todos os anos (BRASIL, 2018, p. 57).

## **A TEORIA DA “EXECUÇÃO NEGOCIADA DE POLÍTICAS PÚBLICAS” COMO RESPOSTA À INEFETIVIDADE DA EXECUÇÃO FORÇADA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS**

Considerando que, em muitos casos, a Fazenda Pública não cumpre com as decisões não porque não quer, mas em razão das várias limitações orçamentárias e os inflexíveis controles burocráticos internos e externos que comumente impedem a Administração de se desincumbir dos seus importantes misteres no tempo razoável, o pesquisador e juiz federal Eduardo José Fonseca da Costa propôs, em 2012, uma nova ferramenta de administração desses conflitos, denominada de “execução negociada das políticas públicas em juízo”.

A sugestão é no sentido de que seja realizada uma audiência preliminar envolvendo autor, réu, seus representantes, Ministério Público e, eventualmente, caso necessário, especialistas, como peritos, servidores responsáveis pelo cumprimento do cronograma estipulado, *amicus curiae*, entre outros, para, ouvindo as partes presentes, coletar dados, fixar prazos, calendarizar

atos executivos, etc. Sendo a audiência frutífera, construir-se-á uma “execução” negociada. “Após o réu expor à mesa sua capacidade real e concreta de implantar a política pública, o juiz terá melhores subsídios para propor às partes um acordo sobre o cumprimento voluntário da decisão liminar ou da sentença dentro de um *cronograma*” (COSTA, 2012, p. 42).

Formado o negócio jurídico estruturante de procedimento<sup>2</sup>, este irradiará os seus efeitos e juiz e/ou autor (ou ainda um administrador de confiança das partes ou do juízo) poderão promover um controle individual ou conjunto do cumprimento das fases do cronograma (COSTA, 2012, p. 48).

Um caso comum ao qual o autor faz referência é a judicialização da saúde<sup>3</sup>. Ele mostra que não é uma tarefa simples cumprir decisões que impõem dispensa de medicamentos, constituindo-se um problema quando os prazos e sanções são impostos de modo solitário pelo magistrado:

Da mesma maneira, quando existe determinação judicial para o fornecimento de medicamentos excepcionais, o Poder Público tem de: a) verificar se o medicamento está disponível no mercado nacional e se existe mais de um fornecedor; b) se o medicamento estiver disponível no mercado nacional e existir mais de um fornecedor, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação emergencial [Lei 8.666/93, art. 24, IV] e as próximas aquisições por licitação (geralmente pelo sistema de registro de preços); c) se o medicamento estiver disponível no mercado interno, mas existir tão-só um fornecedor, comprar por exclusividade [Lei 8.666/93, art. 25, I], mediante apresentação de atestado de exclusividade pelo princípio ativo; d) se não houver disponibilidade do medicamento no mercado interno, iniciar o procedimento de compra internacional e verificar se existe mais de um fornecedor; e) se houver mais de um fornecedor internacional, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação emergencial [Lei 8.666/93, art. 24, IV] e as próximas aquisições por licitação internacional, caso em que deverá obter licença de importação e desembaraço aduaneiro; f) se houver um único fornecedor internacional, comprar por inexigibilidade de licitação [Lei 8.666/93, art. 25], mediante a apresentação de documentos que comprovem que somente um fabricante possui o medicamento. Não se pode olvidar que também aqui vários órgãos e repartições têm participação (setor de assistência farmacêutica, que informa o nome do princípio ativo, a forma farmacêutica, a quantidade a ser adquirida e os possíveis fornecedores, etc.; o setor responsável pelas compras; o órgão de consultoria jurídica). Ou seja, o cumprimento da decisão num curto lapso temporal é sempre dramático, pois ele pressupõe obediência a rígidos trâmites burocráticos, disponibilidade orçamentária e financeira, avaliações de mercado e uma comunicação intersetorial (sempre problemática na Administração Pública). (COSTA, 2012, p. 39).

A ideia da execução negociada é criar uma execução efetiva ao autor e menos onerosa ao ente público réu. Ademais, as rodadas de negociação ocorreriam em fase de cumprimento voluntário e, se forem frutíferas, evitariam o manejo de medidas coercitivas, sub-rogatórias e punitivas ao Estado. Nessas negociações, as partes também definiriam as sanções e medidas executivas aplicadas em caso de descumprimento do cronograma definido, através do exercício do contraditório substancial.

---

<sup>2</sup> Mais especificamente, trata-se de trata-se de negócio jurídico processual executivo atípico, pois se pode prever efeitos que não estejam expressos em texto de direito positivo, a exemplo da incidência de multa penal pelo atraso no cumprimento de cada etapa do cronograma (ou seja, é possível a estipulação de sanções pelo descumprimento dos *timings*), sem prejuízo de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação de fazer, ou ainda, a incidência de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação, sem que incida qualquer multa penal por atraso nos *timings* (COSTA, 2012, p. 49).

<sup>3</sup> Sem qualquer pretensão de defender ou criticar o modo como a judicialização da saúde pública vem se operando no Brasil, são sabidos dois problemas oriundos das decisões judiciais nesta seara, ainda que em determinado processo judicial o valor a ser dispensado no tratamento de saúde seja baixo: “cria o precedente para que outros demandem para a obtenção do mesmo benefício; e, substitui o debate político sobre a concessão do benefício no âmbito da relação custo x benefício para toda a mutualidade” (CARLINI, 2014, p. 140).



Eduardo aposta que os juízes sentiriam os benefícios de uma mudança cultural para abandonar a execução forçada de políticas públicas, pois, sem conhecimento necessário de todos os entraves burocráticos e limitações financeiras do Estado, impõem medidas que, em longo prazo, ratificam a inefetividade do Estado-juiz na tarefa de concretizar direitos consignados em suas próprias decisões.

A interessante proposta, contudo, não é de simples concretização. Analisando-se a atual conjuntura, é possível perceber que há alguns entraves para a plena aplicação do modelo.

Um deles diz respeito a eventual necessidade de uma tutela de urgência na qual o exercício do contraditório amplo (incluindo pessoas e entes que não são partes no processo), poderia tornar inefetiva a medida que deve ser tomada em caráter emergencial. Assim, ainda que posteriormente venha a ser designada uma audiência para melhor pontuar as condições de exequibilidade daquela obrigação, o juiz, com vistas a resguardar o direito da parte favorecida pela concessão da decisão, muito provavelmente poderá dar tratamento inicial àquela execução, sem o tempo hábil necessário para criar um ambiente favorável às negociações da decisão. Em seguida, pode tentar utilizar as técnicas voltadas à execução negociada da medida.

Um segundo entrave para a execução negociada de políticas públicas reside no fato de, tal como defende seu precursor, que seria necessário ao Juiz possuir habilidades típicas de um mediador/negociador:

Mas, para que tudo isso funcione, há uma condição objetiva de possibilidade (o juiz deve ser verdadeiramente capacitado na técnica de mediação) e outra subjetiva (o juiz deve ter inclinação pessoal para o diálogo, a escuta ativa, a interrupção adequada, a paciência, a curiosidade, o improviso, o comprometimento, o bom senso, a articulação, a apreensão dos interesses não-externados, a desconstrução de impasses, etc.). (COSTA, 2012, p. 46)

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia, embora ratifiquem o otimismo de Eduardo em relação à execução negociada de políticas públicas (chamada por eles de “litigância de interesse público”) fazem uma ressalva no sentido que o agente mais qualificado para esta função é o próprio mediador, e não o juiz:

Entendemos que, se a proposta do estabelecimento de um espaço de mediação é um avanço imenso para o que se tem nos quadros atuais de execução, no entanto, esta não deve se dar tendo o magistrado como ente mediador, haja vista que o mesmo não possui - e nem lhe deve ser imposta mais essa obrigação - conhecimentos necessários para promover a negociação de acordo com os exigentes requisitos que a mesma implica. Um mediador (conciliador) profissional poderá promover os ajustes sobre o cumprimento da decisão de forma a que se alcance o objetivo pretendido: obter os dados para a formulação da calendarização e/ou do estabelecimento das fases de cumprimento. (THEODORO JR., NUNES, BAHIA, 2013, p. 152).

Não menos importante, o terceiro entrave advém da questão cultural que envolve, sobretudo, os agentes públicos. As rodadas de negociações gerarão novas pautas de audiências.

Com efeito, não se observa um efetivo interesse na advocacia pública que, em regra, procura suscitar a indisponibilidade de uma série de direitos públicos a fim de obstar discussões que envolvam negociações nesse âmbito (mesmo que a ideia da execução negociada não diga respeito à qualquer modalidade de autocomposição de conflitos). Ressalte-se ainda, como exposto, que o método objeto de estudo desse trabalho envolve não somente as partes e o Juiz, mas também todos os possíveis interessados na execução da política pública. Assim, como o procurador, em Juízo, atua apenas com as questões jurídicas, também se demandaria a ida de servidores públicos às rodadas de negociações, posto que tão somente eles são os conhecedores dos trâmites burocráticos que envolvem a Administração e que precisam ser levados em consideração na hora de se definir como se proceder com a política pública. Mas o ponto é: o

excesso de rodadas de negociação e audiências também pode ser um óbice para a presença efetiva e contínua dos servidores em todas elas.

Pode-se perceber que os conflitos de natureza estrutural são o campo mais adequado para a aplicação da execução negociada de políticas públicas. Antes de passarmos ao estudo de caso, analisemos algumas nuances processuais necessárias aos processos estruturais, voltadas à melhor adequação do procedimento.

## **OS PROCESSOS ESTRUTURAIS E ALGUMAS NECESSÁRIAS ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO**

A Execução Negociada de Políticas Públicas é uma forma de administração de conflitos fortemente coadunada com as adequações procedimentais propostas pela doutrina para os processos estruturais, uma vez que nesses processos os mecanismos de execução forçada tendem a ser inefetivos ou problemáticos.

As medidas estruturais destinam-se a promover uma reforma estrutural num ente ou instituição pública ou privada, a fim de reorganizá-lo burocraticamente e adjudicar direitos fundamentais ou valores públicos caros à sociedade (COTA, NUNES, 2018, p. 244). Coloca-se, doutrinariamente, quatro características que distingue essa tipologia processual dos processos individuais: a) a forte incidência de princípios constitucionais; b) a necessidade de se reestruturar uma instituição ou política pública; c) a existência de vários ciclos de decisões; d) uma maior carga de ativismo judicial (SILVA NETO, 2019, p. 76).

Diferem das ações coletivas, uma vez que o elemento principal destas é a relação jurídica litigiosa, que deve ser coletiva. Em outras palavras, pelo menos um dos sujeitos (seja do polo ativo ou passivo) deve representar um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.) (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2014, p. 275) – o que não necessariamente ocorrerá nos processos estruturais. A definição e modo de processamento das ações coletivas não atendem a conteúdos situações complexas que envolvem reestruturação de instituições ou debates amplos sobre direitos fundamentais.

Substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito (ARENHART, 2015, p. 213).

Diante de um cenário diferente das ações individuais<sup>4</sup> e coletivas, há doutrina que sustenta que os processos estruturais teriam pressupostos processuais próprios: “causa de pedir e pedido dinâmicos (devido à causalidade complexa); participação potenciada (devido à multiplicidade de interesses imbricados); e a geração de decisões prospectivas” (NUNES, COTA, FARIA, 2018, p. 371).

Quanto à causa de pedir e ao pedido, maior dinamicidade é necessária uma vez que a discussão processual deixa de se pautar em – exclusivamente - saber qual das partes tem melhor direito. O CPC/15 impõe ao autor da ação que o pedido deve ser certo (art. 322) e determinado (art. 324), valendo trazer uma exceção na qual se admite pedido genérico: “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (art. 324, II). Ao réu,

---

<sup>4</sup> Apesar de não ser uma novidade no Judiciário brasileiro processos que versam sobre execução de políticas públicas ou nos quais há mais intensamente a efetividade de direitos fundamentais, o Código de Processo Civil aprovado há poucos anos manteve um arcabouço de regras majoritariamente pensado para os processos individuais.

determina o código de ritos o ônus da impugnação específica dos pedidos do autor em sua resposta (art. 336 c/c 341).

Em se tratando de processos estruturais, tais normas devem ser ajustadas. As demandas dessa natureza são o ambiente ideal para a aplicação do art. 324, II, do CPC. Por outro lado, as contribuições do réu na contestação não precisam estar voltadas à impugnação específica dos pedidos, sobretudo porque há uma tendência destes serem genéricos.

Assim, diante de conflitos de interesse público – altamente complexos e polimorfos, em que o autor não consegue precisar com exatidão sua pretensão final, bem como quais medidas devem ser adotadas, nem mesmo, em algumas vezes, a extensão de sua causa de pedir ou de sua pretensão –, observa-se que as regras atinentes à delimitação do pedido e da causa de pedir são insuficientes (COTA, NUNES, 2018, p. 244).

Quanto à potencialização do contraditório, trata-se de necessidade advinda do espraiamento dos efeitos da decisão estrutural, que atinge um sem número de pessoas – e não apenas autor e réu. Os principais instrumentos para a amplificação do debate são o *amicus curiae*<sup>5</sup> e a realização de audiências públicas.

Além disso, a fase de cumprimento das decisões requer talvez ainda mais observação de um contraditório multilateral (em sentido diametralmente oposto aos processos individuais, nos quais o contraditório é mais amplo na fase de conhecimento e mais restrito na de execução), permitindo-se a participação de todos os entes e pessoas que podem contribuir tecnicamente com a efetivação da obrigação de fazer determinado nos autos do processo. Essa ideia, amplamente defendida por Eduardo Costa na Execução Negociada de Políticas Públicas, é endossada na doutrina sobre os processos estruturais:

Nesse sentido, a fim de conferir maior efetividade no curso da execução das medidas estruturantes, o juiz pode nomear terceiros responsáveis por acompanhar em tempo real a execução das medidas, por receber críticas e conselhos (das partes, de terceiros) e por relatar-lhe periodicamente o ocorrido. Aliás, atribuir a especialistas (administradores judiciais, peritos ou outros auxiliares do juízo) essas funções parece muito mais razoável do que o próprio magistrado exercê-las, seja por uma questão de tempo ou de conhecimento específico sobre o problema em questão (MARÇAL, 2019, p. 92).

As considerações feitas até aqui conduzem para outra adequação necessária a ser observada nos processos estruturais: o protagonismo do juiz na condução do processo e, sobretudo, dos atos executórios. Aponta-se a necessidade de redução dos poderes do juiz à medida que ele se torna mais envolvido na reconstrução das instituições públicas, tendo em vista que não haverá uma decisão tomada apenas pela sua atuação (solitária e centralizada), mas o resultado da decisão será construído em conjunto, determinado pela conjunção das partes e assistentes envolvidas no processo (NUNES, BAHIA, GOMES, ASSIS, 2019, p. 382).

Considerando a complexidade dos direitos e ações envolvidas num processo estrutural, o Judiciário não pode atuar num vácuo institucional, e por isso deve incorporar alguma medida de delegação quando o cenário decisório for mais promissor em outra sede. “Sua atuação deve

---

<sup>5</sup> Observando o art. 138 do CPC, que regula a participação do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, nota-se que estipula o § 2º: “Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Tal norma deve ser interpretada cuidadosamente pelo magistrado condutor de um processo estrutural, uma vez que é recomendável, via de regra, não limitar os poderes de terceiros que podem contribuir relevantemente à discussão processual. Por outro lado, a depender da quantidade de sujeitos atuando no processo, o juiz pode limitar tais poderes. Uma boa saída para tal impasse é a realização um negócio jurídico processual, discutido em audiência, que defina quais sujeitos devem ter mais poderes. Vale lembrar que o art. 138 também não impede a participação do *amicus curiae* na fase executiva, razão por que é assente na doutrina tal possibilidade, de modo a contribuir para o enfrentamento da complexidade inerente à reforma estrutural (SILVA NETO, 2019, p. 86).

considerar os canais de participação no processo de implementação dos direitos, levando em conta suas competências e capacidades institucionais comparadas com as de outros centros decisórios” (CABRAL, 2017, p. 495)<sup>6</sup>.

Com isso, Juiz atuaria apenas como facilitador. Essa delegabilidade existente nas medidas estruturantes implica o aumento da fiscalização pelo Judiciário, que passa a ser um supervisor e não mais o único responsável pela efetivação das decisões (MARÇAL, 2019, p. 92-93). Assim,

Deslocar o centro decisório do magistrado pode, muitas vezes, evitar discussões acerca dos limites de intervenção em outras funções, como a administrativa ou mesmo a legislativa. Para os que defendem uma maior separação dos “Poderes” (funções), essa solução se mostraria ideal, pois a atividade jurisdicional (para os que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem) pode se limitar à de criar um ambiente para que as decisões sejam tomadas pelos que detém legitimidade política (MARÇAL, 2019, p. 96).

O estudo de caso, iniciado a seguir, busca averiguar, no bojo de um processo estrutural, se o juízo do caso atuou de maneira protagonista, com o manejo de instrumentos típicos dos processos individuais, como o uso de poderes executórios (protagonismo judicial) e a restrição do contraditório aos terceiros interessados (limitação do contraditório às partes do processo).

## **ESTUDO DE CASO DO PROCESSO Nº 0013676-17.2019.8.17.2001 (MUNICÍPIO DO RECIFE X EDIFÍCIO HOLIDAY), QUE TRAMITA PERANTE A 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DO RECIFE (TJPE)**

### **Parte 1: o caso, contexto e unidades de análise**

Como colocado na introdução, o problema de pesquisa ora proposto é analisar se o protagonismo institucional previsto no Código de Processo Civil para os processos individuais interferiu no processo de desocupação do Edifício Holiday, em Recife (que abrigava mais de 3.000 pessoas, dentre as quais idosos, crianças e pessoas com deficiência), um litígio de natureza estrutural. O objetivo geral, então, é investigar se foi conferido maior protagonismo às partes e aos agentes ligados diretamente ao cumprimento da medida ou, do contrário, em que pese à natureza estrutural, o magistrado condutor do caso utilizou-se, em maior medida, dos poderes-deveres executivos à sua disposição na legislação processual.

Como suporte teórico, construiu-se a ideia, com fundamento na “Execução Negociada de Políticas Públicas”, que converge com escritos doutrinários sobre os “Processos Estruturais” para sustentar a insuficiência da aplicação das normas processuais civis, exponencialmente pensadas para os litígios individuais, sobretudo no que tange ao protagonismo do juiz, com amplo uso de poderes executórios.

Inicialmente, acerca da metodologia adotada, importa destacar que o estudo de caso é uma “investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos” (YIN, 2001, p. 32).

---

<sup>6</sup> Tal postura encontra fundamento na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais precisamente, em seu art. 20, recém incluído neste diploma em 2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”. Assim, “se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre possível déficit de justificação” (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2019, p. 145). Contudo, considerar as consequências práticas não é tarefa simples e possível de ser feita exclusivamente pelo magistrado. Pelo contrário, essas consequências são aquelas postas no debate judicial, no exercício do efetivo contraditório (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2019, p. 154).

Para tanto, é importante, antes de expor a narrativa do caso observado, estabelecer três importantes componentes: o caso propriamente dito, o contexto e as unidades de análise. Assim, “calibramos o foco de nossa atenção e, conseqüentemente, estabelecemos critérios de pertinência para o material empírico. E com isso vamos limpando o terreno para aguçar nossa observação sobre aquilo que nos interessa mais diretamente na pesquisa” (MACHADO, 2017, p. 374).

“A construção do caso depende então da especificação de quais tipos de fatos, por qual período, envolvendo quais atores, comporão o caso” (MACHADO, 2017, p. 374). O caso é um conjunto de peças processuais dos autos do processo nº 0013676-17.2019.8.17.2001 (7ª Vara da Fazenda Pública), instaurado pelo Município do Recife, em março de 2019, mais especificamente, as manifestações das partes e terceiros, bem como as decisões judiciais, certidões de oficiais de justiça e demais atos ordinatórios realizados até o efetivo cumprimento da decisão que concedeu a tutela antecipada requerida.

A construção do contexto nos auxilia também a estabelecer, com maior clareza, o quadro mais amplo de questões que nos interessam. É no contexto que construímos para o caso que irá reverberar o quadro teórico e o estoque de questões que serão consideradas relevantes para circunscrever o caso. (MACHADO, 2017, p. 375). O contexto é o manejo dos poderes do juiz, seja na formação da decisão, seja no âmbito de seu cumprimento.

As unidades de análise, que podemos entender como os componentes do caso que receberão ainda maior atenção e cuidado no decorrer da coleta e tratamento dos dados (MACHADO, 2017, p. 375), são as seguintes: a decisão interlocutória que determinou a desocupação (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 42318391), bem como o auto de desocupação do imóvel e entrega das chaves (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 43811266), este analisado conjuntamente com a certidão positiva de cumprimento integral da decisão (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 44760941). A partir dessas unidades, podemos identificar a formação do convencimento do juízo e a condução do processo de desocupação.

## **Parte 2: a narrativa do caso – introito**

O processo nº 0013676-17.2019.8.17.2001 (Município do Recife x Edifício Holiday – 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital/PE) versou sobre pedido de desocupação do edifício pelos moradores, em razão da precariedade das suas condições estruturais (notadamente, relativas a riscos de incêndio por furto e mau uso das instalações elétricas, bem como operação de atividades irregulares nas dependências do prédio), que colocavam em jogo, inclusive, as vidas dos habitantes. Vale destacar que em outro processo (0013813-96.2019.8.17.2001 – 2ª Vara Cível da Comarca do Recife-PE), movido pela Companhia Energética de Pernambuco (CELPE) em face do Edifício Holiday, já fora determinada ordem de suspensão/corte do fornecimento de energia elétrica a todo o prédio, em virtude dos mesmos riscos alegados pela municipalidade no caso em análise.

Nos pedidos autorais (liminar e de mérito) formulados pelo Município, percebe-se que este não só quer a desocupação do edifício, mas há, igualmente, requerimento início das obras de recuperação (c) e atendimento das exigências do Corpo de Bombeiros, CELPE e municipalidade (d).

Veja-se os pedidos *ipsis litteris*:

c) a antecipação dos efeitos da tutela final, por urgência, de forma antecedente, de modo a determinar a IMEDIATA INTERDIÇÃO de todas as unidades residenciais e comerciais do Edf. Holiday, bem como para que sejam IMEDIATAMENTE iniciadas as OBRAS DE RECUPERAÇÃO em comento, em relação a todas as exigências formuladas pelo Corpo de

Bombeiros, pela SEDEC e pela CELPE, na forma dos documentos em anexo, inclusive com apresentação de ART junto ao CREA;

d) ao final, quanto ao mérito, que seja julgada procedente a presente demanda, obrigando-se o condomínio réu: i) a interditar definitivamente todas as suas unidades residenciais e comerciais até que as irregularidades de manutenção de seu imóvel sejam sanadas; ii) a efetivamente atender a todas as exigências formuladas pelo Corpo de Bombeiros, pela CELPE e pela municipalidade (inclusive com apresentação de ART junto ao CREA), na forma dos documentos em anexo (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 41529628).

Passemos, então, a dar enfoque às unidades de análise.

#### *Unidade de análise nº 01: a decisão interlocutória (PERNAMBUCO, 2019, ID nº 42318391)*

Diante de um feito de natureza claramente estrutural<sup>7</sup>, antes que viesse a proferir a decisão que determinou que o edifício fosse evacuado, o juízo responsável pelo caso convocou, em caráter de urgência, audiência para ouvir, além de autor e réu, 12 (doze) entes, públicos e privados, na condição de *amicus curiae*, realizando, logo em seguida, inspeção judicial com todos os presentes na audiência (tendo o tribunal disponibilizado o transporte do foro até as dependências do edifício réu, com escolta da Assessoria Policial Militar e Guarda Municipal), para então decidir<sup>8</sup>. Repare-se que alguns dos entes que participaram da audiência não foram indicados pelo autor da ação, contudo, entendeu o magistrado por ampliar o contraditório para reunir maiores subsídios, trazidos por órgãos cujas atividades guardariam relação com os problemas alegados na exordial:

À luz da gravidade dos fatos descritos, dos elevados riscos ressaltados na inicial e documentos anexados, entendi que a questão deveria ser tratada com extrema urgência e excepcionalidade, sobre o que prontamente proferi decisão (Id. 41720049) designando imediata audiência conciliatória para o dia 28.02.2019, ampliando os fins da audiência para, na mesma ocasião, também ouvir as instituições indicadas pelo Município do Recife e outras mais indicadas de ofício por este Juízo, análogo e tecnicamente atuantes no entorno da problemática apresentada sobre o Condomínio demandado.

Compareceram à audiência e participaram da inspeção judicial, além das partes autora e ré, os seguintes entes: Companhia Energética de Pernambuco (CELPE); Empresa de Manutenção e Limpeza Urbana do Recife (EMLURB), Corpo de Bombeiros Militares de Pernambuco, Polícia Militar de Pernambuco (PM-PE), Polícia Civil de Pernambuco (SDS), Secretaria Executiva de Defesa Civil (SEDEC), Secretaria de Mobilidade e Controle Urbano (SEMOC), Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Pernambuco (CREA-PE), Vigilância Sanitária do Recife, Guarda Municipal do Recife, o Estado de Pernambuco, e o Ministério Público de Pernambuco.

Sobre as manifestações, é digno de destaque o fato de que todos os doze órgãos presentes opinaram pela necessidade de se determinar a desocupação do Edifício até que sejam concluídas as reformas estruturais necessárias para eliminar o patente risco à vida observado pela prova documental juntada aos autos e pela inspeção judicial realizada. Vê-se, com isso, que a decisão foi fortemente fundamentada nos depoimentos colhidos de todos os interessados, o que gerou maior

---

<sup>7</sup> Nos termos postos no item 3, tal natureza se verifica em razão dos direitos fundamentais que fundamentam a discussão: de um lado, o dever da municipalidade de assegurar a saúde e segurança pública, ameaçadas pelo risco de incêndio; do outro, o direito à moradia de milhares de proprietários e possuidores de apartamentos no edifício réu. Em complemento, veja-se o seguinte excerto da petição inicial: “Apenas para ilustrar, a tragédia que se aproxima tem o potencial de atingir um número de vítimas dez vezes maior do que o decorrente do rompimento da barragem do Feijão, em Brumadinho, ocorrido em 25.01.2019, que deixou aproximadamente 310 (trezentos e dez) mortos”.

<sup>8</sup> As manifestações de cada ente constam reduzidas a termo na decisão ora analisada e não em ata de audiência própria, uma vez que colhidas em material audiovisual arquivado no juízo e indisponíveis para acesso no sistema PJe.

segurança para o magistrado, que ao se imiscuir em atividade típica do Executivo, fê-lo com respaldo em pareceres de diversos órgãos estatais.

Além disso merecem destaque duas situações ocorridas na audiência que, em razão de relevarem a importância do contraditório ampliado mediante a presença de diversos interessados.

A primeira diz respeito a uma proposta de conciliação proposta pelo Município autor que, como se percebeu, esbarrava em questões legais trazidas pela CELPE, um dos “amigos da corte” do processo. Eis a proposta: "os reparos iniciais na parte elétrica podem alcançar mais de R\$ 1.000.000,00, mas ao custo de R\$ 370.000,00 que poderiam ser financiados pela CELPE, os riscos de incêndio seriam reduzidos em 60% (sessenta por cento)". Tal proposta poderia ter sido aceita pelo réu, ante um desconto de quase 60% no valor que seria necessário. Contudo, a CELPE manifestou não só desinteresse na proposta, mas também "absoluta inviabilidade legal, diante das normas que regulam o setor através da ANEL". É possível concluir que a audiência multipartes permitiu rapidamente decretar infrutífera a proposta de acordo – sem necessidade de intimar posteriormente as outras partes ou, pior, homologar um acordo que restaria inexecutável mais à frente.

A segunda situação: na sua manifestação, a CELPE afirmou que: "Que a norma da ANEL prevê a suspensão de fornecimento diante dos riscos. Que soluções paliativas não resolverão. Que a CELPE não pode assumir o risco de curtos-circuitos de efeitos catastróficos. Que a Prefeitura tem a EMLURB que na sua expertise energética poderia buscar uma solução". Por sua vez, a EMLURB fez breve exposição sobre suas atividades de atuação na área pública, esclarecendo que diante da sugestão da CELPE que não teria atribuição para atuar em imóvel privado. Veja-se que a simples discussão sobre a possibilidade de intervenção da EMLURB foi encerrada pela presença deste ente em audiência, deixando clara a incompatibilidade com a atuação proposta pela CELPE. Com isso, economizou-se tempo e evitou-se a prolação de uma possível decisão inexecutável.

Por outro lado, analisando a manifestação do réu em audiência, este afirma que:

ao buscar soluções junto aos órgãos públicos, terminou por acordar todas as instituições públicas contra o Condomínio, este que não tem condições financeiras para executar as correções necessárias. Pediu que dessem um tempo ao Condomínio para que pudessem arrecadar dinheiro e tentar fazer a recuperação.

Em seguida, analisando o pedido de urgência, o magistrado entendeu que as manifestações de todos os terceiros interessados, somadas à confirmação da precariedade da estrutura vislumbrada na inspeção judicial, denotavam o risco à vida dos moradores do edifício, configurando perigo de dano e probabilidade do direito para o deferimento da tutela provisória. Reconheceu ser dever da municipalidade prezar por tais direitos fundamentais, contudo, por se tratar de imóvel privado, é dever do próprio condomínio tomar as providências necessárias para torna-lo reabitável:

É próprio do poder público o exercício do poder de polícia para garantir o interesse coletivo, prevenindo o risco de lesão à ordem pública. Também é incontroverso caber ao proprietário ou possuidor do imóvel a manutenção e conservação, de modo a evitar danos para os ocupantes e usuários e, de resto, para a coletividade como um todo. Nesse aspecto, a Lei Municipal nº 16.292/97 (art. 241, II) estabelece a responsabilidade do proprietário quanto às obras e serviços para manutenção da habitabilidade de prédios.

Determinada a imediata interdição e completa desocupação do edifício Holiday (com manutenção da interrupção integral do fornecimento de energia) de maneira inicialmente voluntária, mas com determinação de uso de força policial findo o prazo de 05 dias, determinou o juízo a seguinte medida:

Desocupado e interditado, deverá o Sr. Oficial de Justiça lavrar termo de comunicação e

depósito ao Síndico, intimando-o da conclusão da desocupação e efetiva INTERDIÇÃO, devolvendo e depositando ao Síndico do Condomínio do Edifício Holiday - José Rufino Bezerra Neto, as chaves do único portão de acesso e a ele atribuindo a responsabilidade de assegurar via do Condomínio, que nenhuma ocupação volte a ocorrer enquanto não realizados os serviços de recuperação necessários e devidamente autorizados pelos órgão competentes, sob pena das responsabilização legal.

Assim, percebeu-se que, apesar de autor e réu terem requerido o estabelecimento de diretrizes para realização das obras de recuperação da estrutura, a determinação judicial foi somente para a interdição do condomínio, não havendo qualquer ordem no sentido de estabelecer um cronograma para as obras de reestruturação visando ao retorno o mais breve possível dos moradores.

*Unidade de análise nº 02: o auto de desocupação do imóvel e entrega das chaves (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 43811266) e a certidão positiva de cumprimento integral da decisão (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 44760941)*

Os dois documentos que formam a presente unidade são complementares, contendo as principais informações acerca do cumprimento da decisão judicial que determinou a desocupação do edifício réu. Apesar da importância desta unidade de análise para se entender bem o processo de desocupação, algumas outras peças processuais também se mostram de necessário destaque.

Já no dia seguinte à prolação da decisão (13/03/2019), o síndico do condomínio foi intimado de seu teor, conforme certidão do oficial de justiça (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 42351809). Em 19/03, o Município autor atravessa petição, juntando um relatório denominado “Assistência Militar”, datado de 18/03, onde traz informações sobre o processo de desocupação e relata resistência de alguns moradores, inclusive, com ameaças proferidas aos agentes que estavam dando apoio às mudanças (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 42599969). Destaque-se os seguintes fatos:

a) a episódio em que o morador do apt. 616 deu um murro num vidro, o que cortou seu braço; b) ao fato de alguns moradores estarem impedindo a mudança de uma senhora; c) a uma possível ocorrência de tentativa de homicídio (posteriormente, a PM verificou que não houve a referida tentativa); d) à realização de uma missa no local, pelo Arcebispo Dom Fernando Saburido); e) à ocorrência de ameaças à equipe da municipalidade após incidente com o morador do apt. 616; f) à existência de alguns moradores embriagados e exaltados no local (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 42599937).

No mesmo dia, consta nos autos uma certidão de oficial de justiça que informa que “nos dirigimos hoje, á Rua Salgueiro,37, Boa Viagem Recife PE, e aí em diligência no EDIFICIO HOLIDAY, por volta das 14:00, verificamos que ainda não foram colocados os tapumes para isolamento do Edifício Holiday conforme ordem do MM. Juiz do feito” (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 42630296).

Tanto no auto de desocupação do imóvel e entrega das chaves (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 43811266) como na certidão de efetiva desocupação (PERNAMBUCO, 2019, Id nº 44760941), há a informação de que, com os trabalhos encerrados, após todos os apartamentos terem sido vistoriados, a desocupação se deu de forma pacífica de um modo geral – em que pese ao registro da tristeza causada aos oficiais e demais agentes públicos em relação à grande quantidade de pessoas deixando seu único bem imóvel.

Percebe-se, da leitura do auto de desocupação do imóvel e entrega das chaves, que foi estabelecido um cronograma pelo Município e, apresentado no modo reservado ao juízo da causa (de forma que não está disponível para consulta no PJe), elaborado pelo Secretário Executivo de Defesa Social e também remetido para a Secretaria de Defesa Social, Polícia Militar do Estado e Corpo de Bombeiros, e aos oficiais de justiça. Conforme consta na certidão de cumprimento, todas



as etapas do referido cronograma foram cumpridas em 12/04/2019, 30 dias após a intimação do réu da tutela provisória. Na certidão, consta um passo a passo mais detalhado das ações realizadas para o cumprimento do cronograma. Analisando conjuntamente os dois documentos, podemos descrever as seguintes ações:

**Tabela 1** – ações realizadas pelos agentes públicos municipais e oficiais de justiça até a conclusão da interdição judicial do edifício

Período	Ações
21 a 25/03	Colocação de tapumes no entorno do prédio, com exceção de um box, que possuía liminar em agravo de instrumento; interdição de todos os bares e lojas instalados no térreo e início das mudanças agendadas pelas famílias com a Prefeitura
26 a 28/03	Abertura dos apartamentos fechados cujos proprietários não haviam se pronunciado, com realização de inventário e remoção dos bens encontrados no interior
29/03 a 11/04	Limpeza das áreas comuns do prédio, com descarte da grande quantidade de material e objetos descartados por proprietários, entulhos e lixo deixados ao longo do processo de desocupação
12/04	Conclusão dos trabalhos com entrega das chaves ao síndico do edifício (depositário fiel), ficando o prédio interditado judicialmente.

Fonte: elaboração própria dos autores

Como já descrito, o cronograma previamente realizado por órgão do Município autor não foi disponibilizado em modo público nos autos do processo, o que prejudica que esta pesquisa analise seu cumprimento.

De toda sorte, o processo de desocupação feito com base em um cronograma prévio realizado por agentes públicos ligados diretamente ao cumprimento da interdição judicial nos traz duas interessantes conclusões.

A primeira é que, feito desta maneira, não houve necessidade de determinação de medidas judiciais coercitivas (como a imposição de multa por descumprimento), tanto que, até o edifício ser efetivamente interditado, não se encontra nenhuma decisão judicial com ordem de natureza coercitiva ou sancionatória em face de descumprimento da tutela provisória.

Por outro lado, percebe-se que nenhum representante do edifício réu participou da elaboração do cronograma de atividades para desocupar e interditar o prédio. Ademais, pelo teor dos documentos que formam a unidade de análise nº 02, também não se identifica comunicação prévia ao representante legal do edifício acerca do cronograma estipulado. Tal situação pode estar relacionada a algumas das resistências encontradas durante a atuação dos agentes para desocupar os apartamentos.

### Parte 3: análise dos dados colhidos

Com as informações extraídas do estudo de caso, em especial das unidades de análise, sob o contexto em foco, que é o uso dos poderes do juiz, podemos chegar a algumas conclusões.

No âmbito da formação do convencimento e deferimento da tutela provisória (unidade de análise nº 01), a ouvida prévia de 12 instituições na condição de *amicus curiae*, que acompanharam o magistrado em inspeção judicial, demonstra a preocupação deste em não julgar “no vácuo”, pautando-se no parecer de terceiros que estão ligados ao cumprimento da decisão de alguma forma. Nesse ponto, percebeu-se uma redução do protagonismo judicial.

Ao conceder a tutela provisória, o magistrado determinou a desocupação do prédio e posterior interdição. Pode-se constatar que, nas manifestações de autor e réu, há expressa solicitação de medidas para viabilizar as obras necessárias para o retorno dos moradores. Eis o ponto nevrálgico da natureza estrutural deste processo.

Contudo, por parte do Judiciário, não se buscou a formação de um grupo de trabalho ou cronograma para este fim (apenas para o de desocupar o imóvel). Aqui, percebe-se um reducionismo do processo a aplicar a sistemática decisória dos processos individuais.

E ainda, quanto à estipulação de um prazo de 05 (cinco) dias para desocupação voluntária, não se sabe qual o parâmetro utilizado pelo juiz, uma vez que não se constata discussão a respeito na manifestação de nenhum dos 14 sujeitos que estiveram presentes na audiência. No que tange a esse prazo, poderia o magistrado ter buscado subsídios dos demais sujeitos, ainda que estes eventualmente tivessem concordado com os 05 dias conferidos na decisão.

Quanto ao cumprimento da referida decisão (unidade de análise nº 02), estabeleceu-se de logo um cronograma de ações pela Secretaria Executiva de Defesa Social para a necessidade de cumprimento forçado, o que veio a acontecer. Em que pese a algumas resistências e ameaças proferidas por alguns moradores, o processo de desocupação levou alguns dias e, conforme certidão de oficial de justiça, aconteceu, no geral, de maneira tranquila. Em relação ao cronograma de ações, nota-se que não houve necessidade de ordens coercitivas pelo juiz para forçar o cumprimento da decisão (que, como dito alhures, são pouquíssimo recomendáveis nos processos estruturais), o que destaca, neste âmbito, forte redução do protagonismo judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo de caso proporcionou rica análise do processo estrutural à luz das premissas teóricas lançadas nos capítulos 2 e 3. Percebeu-se, em alguns atos, um Judiciário menos protagonista, buscando amplificar o debate processual, com ampla admissão de *amicus curiae* e delegando ao poder público o estabelecimento de cronograma de cumprimento da sua decisão – agindo mais como facilitador, controlador.

Contudo, outros atos poderiam ter sido realizados numa visão mais holística do objeto do processo e acabaram por mostrar um Judiciário mais protagonista que o recomendado. Limitação do objeto da tutela provisória e estipulação de prazo para cumprimento voluntário sem a devida ouvida das partes a respeito apontam ainda uma tendência de julgar processos estruturais como se fossem individuais – não sendo objeto desta análise apontar quais seriam as melhores decisões para esses casos.

A execução negociada de políticas públicas é uma ferramenta de administração de conflitos que, junto a boa parte da doutrina sobre os processos estruturais, defende uma redução do protagonismo judicial de diversas formas. Em sendo devidamente observados, esses escritos podem colaborar para a condução mais adequada dessas demandas, resguardando mais efetivamente os direitos fundamentais postos em jogo, possibilitando reverter alguns dos números negativos observados no primeiro capítulo a respeito das execuções judiciais cíveis e, sobretudo, quando a Fazenda Pública é parte.

Por fim, é preciso confessar que não é tarefa simples a condução das demandas estruturais, o que se agrava pela insuficiência de algumas normas processuais que são muito mais vocacionadas aos processos individuais. É necessário, então, um olhar cuidadoso ao que a ciência processual tem investigado sobre a temática, sobretudo à luz das pesquisas empíricas.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, 238 p.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. Brasília: CNJ, março de 2011, 25 p.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo** - Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais - Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018, 238 p.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.
- CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, v. 212, out. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018.
- DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.
- DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR. Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, v. 229, mar./2014, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Ligações Melindrosas: uma reflexão a respeito da Sociologia aplicada ao Direito. In: OLIVEIRA, Luciano e JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs.). **Ou Isto Ou Aquilo – A Sociologia Jurídica nas faculdades de direito**. Rio de Janeiro, IDES/Letra Capital, 2002.
- MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- MARÇAL, Felipe. Deveres cooperativos do magistrado no processo estruturante: da cooperação com as partes à cooperação com outros órgãos (judiciários ou extrajudiciários), por meio de atribuição de competências e delegações. **Civil Procedure Review**. v.10, n.2: mai.-ago., 2019, p. 77-99.
- NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, GOMES, Renata, ASSIS, Rafaela. Processo estrutural e litigância de interesse público. NUNES, COSTA, GOMES (Orgs.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 379-405.
- OLIVEIRA, Luciano. NÃO FALE DO CÓDIGO DE HAMURÁBI! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife). **Processo n. 0013676-17.2019.8.17.2001**. Autor: Município do Recife. Réu: Condomínio do edifício Holiday. Disponível em: <https://pje.tjpe.jus.br/1g>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: **Civil Procedure Review**, v.10, n.1: jan.-abr., 2019.

THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. **Revista de Processo**, v. 224, out. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Trad. Daniel Grassi, 2.ed., Porto Alegre: Bookman, 2001.

# O RITUAL DO MEDIADOR NA PRÉ-MEDIAÇÃO: PERFORMANCE DE ACESSO À JUSTIÇA?

Júlia Pinto Ferreira Porto

Doutora em Direito (PUC-SP)

## INTRODUÇÃO

Tratar do ritual do mediador ao longo da mediação de conflitos e, de forma específica, na pré-mediação, em termos de uma performance de acesso à justiça traz o desafio de explorar um campo novo, ainda pouco explorado. Isso significa que abordar esse tema é, por um lado, criar as condições teóricas para a discussão do mesmo, isto é, refletir criticamente, questionar, alargar os limites de algumas discussões preexistentes e, por outro, criá-lo, estipulá-lo: nomeá-lo. Nesse sentido, a discussão trazida por este trabalho situa-se no vetor de solidificação teórica da questão do ritual do mediador enquanto uma *performance de acesso à justiça*. Espera-se que com isso a temática possa ser aprimorada em trabalhos e reflexões posteriores.

Apesar da pretensão de firmar o tema enquanto um objeto teórico, um campo sobre o qual se possa debruçar e explorar, esse tema teve como inspiração experiência prática adquirida na capacitação de mediadores e conciliadores ministrada pela Associação de Advogados de São Paulo (AASP), especialmente em seu estágio supervisionado, ocorrido entre 2016 e 2017 no Fórum de Santana de São Paulo, ligado ao Projeto Íntegra, coordenado por Célia Regina Zapparolli e tendo como supervisora a mediadora e psicóloga Reginandréa Gomes Vicente.

Uma boa forma de abordar o tema, por se mostrar útil, é a de inicialmente lançar olhar para a questão do acesso à justiça, para que se possa adentrar a discussão sobre a mediação de conflitos de que se trata e a delimitação do campo da pré-mediação para, finalmente, chegar-se à reflexão proposta – em forma de questionamento, sobre a performance de acesso à justiça. Diante dessa perspectiva, propõe-se o seguinte questionamento: afinal, o mediador, em sua atuação durante a mediação e em especial durante a pré-mediação, realiza uma performance de acesso à justiça? Como isso ocorre? Do que se trata? É que será discutido.

Para isso, há de se pontuar, ainda que brevemente, o que se entende por acesso à justiça. Ora, é possível afirmar que a questão do acesso à justiça é ampla e analisável a partir de distintas visões. Para os fins deste trabalho, adota-se a lente analítica trazida pelo Projeto Florença. Significa que entende-se, aqui, que a temática do acesso à justiça encontra-se sedimentada no meio jurídico a partir da pesquisa realizada por tal Projeto e sua posterior publicação. Aliás, por *Projeto Florença*, faz-se referência à empreitada acadêmica que englobou vasta pesquisa empírica envolvendo diversos pesquisadores e países, seguida de análises e reflexões escritas, parcialmente financiada pela Fundação Ford, e sediada na Universidade de Firenze, na Itália. O Departamento de Processo Civil e a figura em si de Mauro Cappelletti foram importantes enquanto *locus* e coordenação geral. O resultado de tal pesquisa foi publicado em alguns tomos, divididos segundo temáticas distintas, mas seu Relatório Geral tornou-se obra editorial conhecida pelos participantes do campo jurídico.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Abordei esse tema em trabalhos anteriores. Apesar de serem análises distintas, o Projeto Florença foi tópico importante para que pudesse abordar o tema do acesso à justiça em diferentes pesquisas teóricas empreendidas. Contudo, entendendo que apenas na Tese de Doutorado (PORTO, 2018), restou clara a ideia de que o trabalho realizado pelo Projeto Florença resultou, academicamente, na solidificação do “acesso à justiça” enquanto objeto teórico específico, localizável no tempo. Para uma análise aprofundada sobre o movimento pelo acesso à justiça e o

A análise feita pelo Projeto é bastante conhecida: estipula uma espécie de tipologia que parte da ideia de que existem obstáculos que atrapalham o acesso à justiça, e que a cada obstáculo corresponderia um movimento de medidas – estas, nomeadas de “ondas renovatórias”. Os obstáculos são entendidos segundo esferas econômicas, sociais e culturais, e as tais medidas, as ondas renovatórias são três: o acesso à justiça aos mais pobres; o acesso à justiça em relação aos direitos difusos; por fim, o acesso à justiça em sentido mais amplo, para além da representação em juízo, com toda a complexidade que isso abrange (reformas, políticas de justiça, vivência de dimensões da justiça por fora do sistema judiciário etc.). Esta terceira onda Renovatória mostra-se como uma ampla medida que possibilita tratar do acesso à justiça em espaços, físicos e simbólicos, que estejam inclusive afastados da Justiça, mas que sejam essencialmente questões que trabalham a dimensão da justiça nos espaços sociais.

A partir da terceira onda renovatória, que os autores nomeiam de “Novo Enfoque de acesso à justiça”, fixa-se um ponto de observação que permite uma lente analítica capaz de fornecer um “verniz de acesso à justiça” ao que, historicamente, não é assunto de e da justiça. Essa plasticidade fornece, ainda, abertura epistemológica suficiente ao campo do direito, usualmente fechado a análises que operem em lógicas distintas das do ordenamento jurídico. Assim é que, ao ser compreendido enquanto *direito social* com vistas à *justiça social*, ao trabalhar com a *efetividade*, o acesso à justiça é visto como produto histórico da instituição do Estado Social, que complexificou o modelo estatal anterior, de cunho liberal e burguês. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8-9).

O novo enfoque de acesso à Justiça [...] tem alcance muito [...] amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque de acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. [...] A representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras “vantagens tangíveis”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, P. 67-69).

Sugere-se que esta, a famosa obra que, no Brasil, fora traduzida e publicada em 1988 como “Acesso à justiça”, assinada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), serve de aparato teórico importante que ancorou o amplo tema do acesso à justiça. Significa dizer que o tema do acesso à justiça, apesar poder se abordado de diversas maneiras e mesmo de significar coisas distintas, por ser termo polissêmico e passível de bastante abrangência, tornou-se um objeto teórico específico com o advento dos resultados do Projeto Florença. Diante desse referencial, escolhe-se o aparato teórico proporcionado pela terceira onda renovatória – o tal novo enfoque de acesso à justiça – como espaço apto a acolher as reflexões acerca de um dos momentos da mediação de conflitos (a pré-mediação) como especialmente simbólico e importante para a concretização do acesso à justiça, através de uma performance por parte do mediador.

## **MEDIAÇÕES E ENCONTRO DE PRÉ-MEDIAÇÃO**

A mediação de conflitos, tal qual ocorre com o termo “acesso à justiça”, contempla diversos usos e aponta para diferentes sentidos, por se tratar de termo polissêmico. No Brasil, vem sendo mais utilizada a partir da construção de um bloco normativo que sustenta uma cadeia

---

pensamento de Mauro Cappelletti – o que atravessa o Projeto Florença -, sugiro o trabalho de José Mário Wanderley Gomes Neto (2005).

complexa de medidas para a expansão da mediação enquanto um mecanismo de resolução de conflitos diverso de outras vias, como, por exemplo, a da violência ou o tradicional percurso processual judicial (muito embora atualmente ela figure, também, como uma possibilidade inserida no próprio procedimento judicial).

É o caso da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Lei nº 13.140/2015 (a “Lei de Mediação”) e da Lei nº 13.105/2015 (o Novo Código de Processo Civil) e de demais textos que tratem do tema.<sup>2</sup> Eles apontam, cada qual à sua maneira e segundo suas possibilidades, para uma ampla rede que fixa uma espécie de política de justiça ligada à expansão da cultura de mediação, de diálogo e de paz. Com isso, a mediação populariza-se cada vez mais e surge como uma possibilidade real de lidar com os conflitos, através de uma lógica diversa da adversarial. Com isso, aborda-se a própria ideia de *conflito* como algo potente, simbolicamente positivo, por se tratar de espaço relacional que possibilita mudanças (SIMMEL, 1983, p. 122-123). O conflito, de fato, como uma *sociação* (SIMMEL, 1983, p. 122-123), algo próprio da interação humana, de sua forma de sociabilidade – poranto, natural e integrador.

A questão central, em termos de estruturação de seu formato, é a da existência de um terceiro facilitador, devidamente treinado e capacitado, apto a exercer a escuta ativa em relação aos envolvidos no conflito, sem, contudo, exercer a função de *decisão* e *juízo*. Nesse sentido, a prática da mediação pode ser vista como uma reformulação mais complexa de algumas práticas ancestrais (JARROSSON, 2012, p. 1169). Se não julga, que faz o mediador?

Ora, muitas são as formas de tratar da mediação, como já se disse, mas não só por conta de sua polissemia, mas porque, de fato, muitas são as mediações: escolas de pensamento, ideias, valores, formatos que se concretizam o fazer prático da mediação. De fato, não há que se falar em mediações melhores ou piores, mas em práticas com objetivos diferentes, que atingem questões igualmente distintas. Talvez um ponto em comum, além da estruturação da existência de um terceiro facilitador, seja a ideia da *comunicação*. As mediações trabalham enquanto plataformas de facilitação da comunicação entre os envolvidos no conflito. Ainda assim, estudiosos do tema falam de “escolas de pensamento”, que, em linhas bem gerais, são pelo menos três<sup>3</sup>.

Há a mais tradicional delas, a de Harvard, que, na realidade, é uma “mediação facilitativa”, e assemelha-se mais à ideia de negociação (VASCONCELOS, 2017, p. 61), em que o terceiro facilitador costuma sugerir questões e buscar o acordo entre os envolvidos. Há também a circular-narrativa, baseada nas ideias Sara Cobb, que trabalha com a ideia de descolonização do que narram os discursos através de perguntas circulares (VASCONCELOS, 2017, p. 184 et. seq.). Por fim, a transformativa propõe-se à transformação do conflito através do empoderamento e reconhecimento (referência à ideia de “mediação transformativa” trazida pela obra de Robert A. Bush e Joseph P. Folger (1994).

Essa classificação demonstra-se útil por demonstrar que existem mediações ligadas à negociação (caso da facilitativa de Harvard) e, diferentemente, outras ligadas à ideia de trabalhar

---

<sup>2</sup> Adolfo Braga Neto (2019, p. 99) aponta que a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil “(...) conferem o fundamento jurídico que sustenta a mediação de conflitos no Brasil e respaldam elementos já existentes antes de suas respectivas sanções.” Abordei de forma mais aprofundada essa questão, mas adicionei o impacto, que considero importante, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), motivo pelo qual utilizou-se, naquela ocasião, a expressão “tripé normativo” (PORTO, 2018).

<sup>3</sup> Entendo que as classificações são instrumentos didáticos que auxiliam a análise do tema segundo apropriações diferentes, e que isso é importante na medida em que for útil, mas jamais para restringer a plasticidade e complexidade do tema da mediação. Esse trabalho de didatização costuma ser feito por manuais de estudiosos do tema e demais obras de autores que encontrem a necessidade de fazê-lo, como é o caso da obra de Carlos Eduardo de Vasconcelos (2017) e do título Mediação e Conciliação da Revista do Advogado da Associação de Advogados de São Paulo (2014).

a relação posta pelo conflito (caso da circular-narrativa e da transformativa). Contudo, uma outra forma de enxergar as mediações, e mesmo mais simples, é segundo a lógica da intenção de se firmar acordo ou não: o acordo como o objetivo ou uma possibilidade. Isso pode dizer muito sobre a mediação, pois, afinal de contas, a intenção de gerar acordo pode afetar a forma de se estar presente do mediador e dos mediados, o tempo, a escuta e, principalmente, qualidade da interação ali posta. Uma boa *interação*, nesse processo de *facilitação da comunicação*, é condição fundamental para uma mediação acontecer, com ou sem a existência do acordo.

(...) [O] mediador estimula o diálogo entre os participantes a fim de mudar a qualidade da interação decorrente do conflito (...) [em] momentos em que o diálogo se desenvolve de maneira única na interação entre os mediados [numa] análise das questões pertinentes ao conflito, a partir de forte interação entre mediador e mediados, por intermédio de técnicas (BRAGA NETO, 2019, p. 98).

Na verdade, está-se, aqui, no espectro das mediações transformadoras (e não exatamente “transformativas”, dado que esse é um termo que se utiliza para designar a mediação específica nos moldes da proposta de Bush e Folger (1994)). O fato de não objetivar-se necessariamente o acordo leva à possibilidade de trabalho sobre o conflito em si – que por vezes possui dimensões sociais, encoômicas e psicológicas, e pode necessitar de encaminhamento para outros tipos de atendimento. Trata-se de uma mediação busca a transformação do conflito (LEDERACH, 2012; WARAT, 2004).

A respeito da mediação do tipo transformadora, esclareça-se que ela

(...) tem como meta a transformação da *interação* entre os mediados e o respectivo *padrão relacional*, mediante empoderamento e reconhecimento [para Bush e Folger]. (...) [O] protagonismo dos mediados vai se ampliando à medida que vai sendo reconstruída a sua autoestima. O mediador se legitima não como um técnico, mas como um colaborador desse processo (...). (...) O problema relacional e o problema material são considerados em seu conjunto, mas sujeitos a abordagens distintas, com prioridade para a superação dos bloqueios emocionais que estejam a comprometer a comunicação. (VASCONCELOS, 2017, p. 204).

Nesse cenário, a pré-mediação – esse primeiro momento de contato interacional entre o mediador e os mediados – surge como um espaço inserido no processo de mediação, mas dotado de algumas especificidades. Isso ocorre porque é nela que o mediador apresenta-se enquanto tal, explicando sua função naquele espaço, diferenciando-se da figura de um juiz que *julga* ou mesmo da de advogado que *sugere* sobre medidas legais concernentes ao conflito. O mediador se coloca como terceiro neutro apto a escutar e intervir na comunicação de maneira estratégica, com o objetivo de, a depender do caso, proceder-se a uma negociação, a um acordo ou à possível transformação do conflito. É na pré-mediação também que o mediador tem a oportunidade de apresentar as regras daquela interação, apresentar os valores e princípios que regem a atividade, o espaço e as possibilidades ali presentes – inclusive a do acordo. É o momento de despir os mediados de expectativas em relação ao trabalho do campo jurídico de julgamento e aconselhamento e de ele mesmo ocupar esse espaço potente de ajudar na comunicação.

Apesar de esse tema não ser muito abordado pela literatura do ramo da mediação e mesmo de não ser reconhecida a necessidade desse encontro de pré-mediação por alguns mediadores, há também a visão sobre a relação entre uma pré-mediação e uma boa mediação, no sentido da receptividade dos mediados para a transformação do conflito e ancoramento do próprio mediador na presença e escuta ativa.

(...) [A] pré-mediação é uma dentre as etapas da mediação, sendo considerada opcional por mediadores com formação mais tradicional. Porém, [algumas][d]as discussões teóricas sobre mediação (...) validam a etapa de pré-mediação como um lugar importante para a elaboração de vínculos de confiança entre o profissional e as partes envolvidas,



bem como um espaço válido para a construção da agenda de trabalho. (...) [A] pré-mediação possibilita uma série de outras informações que favorecem ao mediador, assim como aos objetivos de transformação do conflito, quais sejam: a) O profissional tem a oportunidade de mapear os pontos de conflito ocultos no texto do processo [se for o caso] e revelados na interação de caráter dialógico, que é a entrevista (...); b) É possível conhecer [algo relativo ao tipo de relação estabelecida entre os [mediandos] (...); c) (...) [As] entrevistas de pré-mediação podem ser utilizadas como um espaço para promover o empoderamento do sujeito, levando-o a refletir sobre autonomia, autoestima e responsabilidades (...). (SANTÁNNA, 2017, p. 184-185).

Propõe-se, então, a visão de que a pré-mediação em seu aspecto mais sutil vai além de uma entrevista acerca dos problemas escancarados pelo conflito em questão, bem como além de um primeiro encontro para adesão do procedimento. A pré-mediação é um espaço e um encontro simbólico que exerce um *convite*, que é o da transformação do conflito, através de sua *vinculação* entre mediador e mediandos.

### PERFORMANCE DE ACESSO À JUSTIÇA?

A partir do que foi visto até aqui, pode-se afirmar que a mediação de conflitos é um encontro privilegiado para o acompanhamento do conflito, que possui a dimensão de um “(...) um procedimento (...) [que] responde a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias” (WARAT, 2004, p. 57). Dentre os microrrituais da mediação (a vez de falar, os encontros conjuntos, os encontros individualizados (se for o caso), a adesão, o acordo (quando ocorre) etc.) sustenta-se que há um ritual específico no espaço-encontro da pré-mediação. Trata-se da atuação desenvolvida por parte do mediador, e não dos mediandos, que protagoniza o papel de fornecer esclarecimentos iniciais sobre o sentido e as possibilidades da mediação, e mesmo sobre o restante da mediação, além de convidar os envolvidos para que façam parte de todo o processo (momento da adesão). Com isso, ocorre a vinculação junto aos mediandos, como figura que projetará nos próprios envolvidos as questões de comunicação que não estão indo bem no tocante ao conflito, através de perguntas estratégicas, escuta ativa, postura corporal, contato visual e tranquilidade na forma de estar presente, sem julgamentos.

Discutiu-se em trabalho anterior sobre a pré-mediação como um espaço em que o acesso à justiça é tocado de maneira simbólica (PORTO, 2018). De fato, a ideia aqui apresentada dá continuidade àquela, da seguinte maneira: trata-se de pensar sobre a dimensão de performance de acesso à justiça. Para isso, toma-se a noção de *performance* no sentido de uma atuação, o exercício de uma atividade; uma performance de um ritual (MATTA, 1997, p. 65). É nesse sentido que se afirma que o mediador performa com seu corpo um ritual de acesso à justiça. O mediador se coloca numa dada postura, com sua fala, escuta, corpo e silêncios que compõem a “(...) *performance* do mediador, contudo não sob a perspectiva da interferência nas decisões, na sugetão de saídas, tampouco no ofício de decidir” (PORTO, 2018, p. 113). Nesse sentido,

o ritual mostra-se como um momento privilegiado que “muito tem a dizer” sobre as normas sociais, sobre a mudança e a reorganização do social. Visto que por meio do ritual que são percebidos os lugares sociais, que são reafirmados valores, crenças, conflitos e tradições de um determinado grupo social. (RODRIGUES, 2015).

O ritual performado na pré-mediação, portanto, é um espaço privilegiado que *conta* sobre a própria mediação de conflitos (e convida à participação), e também conta sobre como ela se diferencia de outros espaços o campo jurídico (como o Judiciário, por exemplo). Ao diferenciar a mediação do espaço de acompanhamento dos conflitos típicos do sistema de justiça, o ritual

performado na pré-mediação fala de suas especificidades em relação a outros rituais<sup>4</sup> do campo jurídico. Isso porque esse ritual, bem como outros da sociedade, funcionam também como “(...) modos de *dizer* algo sobre a estrutura social (...), *mas dizer algo de um certo ponto de vista*” (MATTA, 1997, p. 67).

Que conta o ritual, ainda que flexível, informal e único para cada caso, da pré-mediação? Ora, conta que a mediação é um espaço essencialmente diferente dos demais do campo jurídico. Significa que se coloca como plataforma de cuidado especial em relação aos conflitos em a noção de julgamento, aconselhamento e, especialmente, com a escuta da fala e a leitura, em sentido amplo, das questões relativas ao conflito – para que se possa trabalhar na transformação do conflito, no caso da mediação transformadora. Conta, ainda, que os espaços tradicionais de justiça não operam segundo a lógica da escuta ativa, do não-julgamento e não-interferência nas possíveis soluções criativas do caso em questão trazido pelos mediandos. Isso porque os rituais “(...) salientam, focalizam e *destacam* aspectos, elementos e relações do mundo diário (...)” (SCHRITZMEYER, 2012, p. 155) e são

(...) elemento privilegiado de tomada de consciência do mundo, (...) veículo básico na transformação de algo natural em algo especial. Isso porque, para que essa transformação (...) possa ocorrer, uma forma qualquer de dramatização é necessária. É pela dramatização que tomamos consciência das coisas e passamos a vê-las como tendo um sentido, vale dizer como sendo sociais (MATTA, 1997, p. 34).

Assim, existe uma performance executada ao longo de toda a mediação que toca a questão do acesso à justiça, mas há algo de específico na pre-mediação, por ser um momento diferente do restante do procedimento, dado que o protagonismo nesse espaço é do mediador (e não dos mediandos, como o é nos demais momentos). Trata-se de uma performance em que o mediador “(...) não julga, não supõe, não opina, não decide, não propõe (...) [e] atua para (...) [auxiliar a] encontrar o hiato que existe entre as partes em conflito, muito embora esteja ele sempre em um exercício constante de construção de sentido” (MUNHOZ, 2015, p. 123).

Apesar de serem espaços diferentes, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2012) desenvolveu pesquisa etnográfica a partir da observação do Tribunal do Júri. Nesse estudo, concluiu, e propõe-se aqui que se tome essa fala para a reflexão final sobre a questão da performance de acesso à justiça nas mediações e pré-mediações, que se trata de

(...) espaço social privilegiado de produção de significações coletivas. Ele possibilita que pessoas “comuns” entendam, organizem e demonstrem estratégias por meio das quais lidam com a vida e com seus conflitos mais pungentes. Por não serem filósofas, não pensam *respeito* das coisas, mas *com* as coisas (...). (...) [S]ão as coisas recursos que nossa cultura disponibiliza para que os presentes entendam o mundo e se entendam nele inseridos (SCHRITZMEYER, 2012, p. 265).

## CONCLUSÕES

Neste trabalho, propôs-se refletir – na verdade, dar início a uma reflexão que possivelmente se estenderá e será aprimorada em trabalhos futuros – sobre a dimensão de performance de acesso à justiça existente de forma especial no espaço da pré-mediação de conflitos. Para isso, delimitou-se o tipo de mediação de que se trata: a mediação transformadora, isto é, a que se baseia na ideia de transformação do conflito, sem se pautar pela necessidade obrigatória do acordo. A opção por esse tipo de mediação foi feita porque é nela que a pré-

---

<sup>4</sup> Jacqueline Sinhoretto (2006) passa pelo tema dos rituais em outros espaços do campo jurídico.

mediação possui maior espaço de atuação, por ser necessário descolar o mediador da figura do juiz, despir o encontro dos que ocorrem com advogados, defensores e demais aconselhamentos legais e despir os próprios mediandos das figuras de competidores entre si. Trata-se de tarefa complexa, ainda que possa ser breve, flexível e mesmo dotada de grau de improviso. Para as mediações do tipo transformadora, sugere-se que um bom espaço de pré-mediação, que trabalhe a vinculação entre mediador e mediandos e dispa-se de demais espaços do campo jurídico acarrete uma melhor mediação, com a possibilidade de transformação e resolução do conflito.

Apesar de se apontar para a dimensão de resolução do conflito via ideia de transformação do conflito (BUSH; FOLGER, 1996; WARAT, 2004; LEDERACH, 2012), a relação entre a performance de acesso à justiça e o espaço-encontro da pré-mediação desse tipo aludido de mediação ocorre também no sentido da estipulação de um “espaço social privilegiado de produção de significações” (SCHRITZMEYER, 2012, p. 265). Noutras palavras, significa dizer que muito embora a mediação possa, sim, “resolver” um conflito, o que chama atenção, aqui, é o fato de ela servir de plataforma especial para reflexões, aprendizados, mudanças íntimas e sociais, atribuindo significações ao mundo e às coisas-do-viver. Coloca-se, então, a pré-mediação como esse momento inicial, indispensável, “(...) decisivo para a realização da mediação, sobretudo nos casos em que se visa ao restabelecimento das relações continuadas” (SANT’ANNA, 2017, p. 39).

Além de breve imersão no tema das mediações, para que se pudesse adentrar a pré-mediação, e de algo referente aos rituais e à ideia de performance, fixou-se, ainda na Introdução, o ponto de vista relativo ao acesso à justiça sobre o qual se coloca essa releção. Trata-se da noção de “enfoque de acesso à justiça” situada no trabalho desenvolvido pelo Projeto Florença. Esse ponto de vista é útil no sentido de, ao alargar os próprios limites da análise do acesso à justiça para além da instituição da Justiça, da representação em juízo e, por que não?, do próprio Direito, possibilitar a própria consideração da pré-mediação como um espaço e um encontro em si mesmo de acesso à justiça, sob o ponto de vista simbólico. Dessa maneira, então, a pré-mediação, e com isso responde-se ao questionamento contido no título deste trabalho, é vista, sim, como uma plataforma de performance de acesso à justiça, executada pela atuação de um ritual protagonizado pela figura do mediador de conflitos. O “simbólico” traduz-se “(...) na maneira como os direitos são vividos pelos atores que se envolvem nessas relações conflituosas. Isto é, como os direitos são vividos e como ganham sentido para as partes” (OLIVEIRA, 2010, p. 458-459).

Significa a consideração da

(...) dimensão do simbólico, para que se possa entender a pré-mediação como *espaço*, *encontro* e *momento* representativo de vivência do acesso à justiça, em que, no exato momento de sua ocorrência, os corpos das pessoas ali presentes (mediador e envolvidos) buscam desnudar algumas relações (...), [expandindo] o simbólico também à figura do mediador em sua atuação. (PORTO, 2018, p. 105).

Por fim, esclareça-se que essas conclusões figuram, em parte, como sugestões que operam no âmbito das ideias, por não terem sido respaldadas em pesquisa empírica completa, muito embora tenham sido inspiradas em observação participante ocorrida em 2016 e 2017 junto ao Projeto Íntegra do Fórum de Santana de São Paulo, como se fez menção na Introdução. Espera-se que as ideias aqui trazidas possam ser aplicadas, testadas, observadas e reobservadas em pesquisas futuras que contemplem não só esta autora, mas todos aqueles que se debruçam sobre o frutífero campo da mediação de conflitos sob o prisma da transformação.

## REFERÊNCIAS

- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. 2. ed. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019.
- BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: responding conflict through empowerment and recognition**. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- JARROSSON, Charles. Mediação. *In*: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. Ivone C. Benedetti; rev. Márcia V. de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- MATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- MEDIAÇÃO e Conciliação, **Revista do Advogado da Associação de Advogados de São Paulo**. São Paulo, Ano XXXIV, n. 13, 2014.
- MUNHOZ, Elisangela Peña. **O mediador de conflitos como intérprete das partes: uma análise à luz da teoria do agir comunicativo**. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Semiótica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.
- OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, v. 53, n. 2, 2010.
- PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Pré-mediação e transformação do conflito: uma relação à luz do acesso à justiça**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.
- RODRIGUES, Daniel Victor Alves Borges. Mediação de conflitos comunitários: justiça, rituais, e dramas sociais na periferia. *In*: V REUNIÃO EQUATORIAL DE ANTROPOLOGIA / XIV REUNIÃO DE ANTROPÓLOGOS DO NORTE E NORDESTE, 2015, Maceió. **Anais Direitos diferenciados, conflitos e produção de conhecimento**. Maceió: UFAL, 2015. Disponível em: [http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gt03\\_1.php](http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gt03_1.php). Acesso em: 28 nov. 2019.
- SANT’ANNA, Priscila Fernandes. **As fases da entrevista de pré-mediação e suas implicações interacionais para a atividade profissional da mediação**. Tese (Doutorado em Linguística) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.
- SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. *In*: FILHO, Evaristo de Moraes (Org.). FERNANDES, Florestan (Coord.). **Simmel: Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.
- SINHORETTO, Jacqueline. **Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do tribunal do júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- WARAT, LUIS Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

# MEDIAÇÃO FAMILIAR: PERSPECTIVAS CRÍTICAS E RISCOS PARA AS MULHERES A PARTIR DO ESTUDO DOS CEJUSCS DE RIBEIRÃO PRETO-SP

**Juliana Raineri Haddad**

Graduada em Direito e Mestranda em Direito e Desenvolvimento (FDRP/USP)

## INTRODUÇÃO

Impactada pelas vivências enquanto estagiária da Defensoria Pública de Ribeirão Preto – SP tive a oportunidade de participar de audiências de mediação familiar por três anos e essa coleção de experiências aliada ao conhecimento recém adquirido da antropologia jurídica, da pesquisa empírica qualitativa e, em especial, do método de observação participante criaram o solo fértil para que essa pesquisa germinasse.

Quando do ingresso no programa de Mestrado retomei a vivência em campo realizando pesquisa exploratória nos últimos meses acompanhando audiências de mediação familiar extra e judiciais nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) do município de Ribeirão Preto - SP.

Já nesse primeiro momento, muitas das expectativas e indagações iniciais vêm se desvelando e/ou se contradizendo. A ideia de trabalhar com uma pesquisa de campo é justamente de testemunhar a construção do direito pela prática para a compreensão das estruturas de tratamento dos conflitos pelo Judiciário e sua interpretação pelo olhar dos atores que delas participam.

O problema de pesquisa então é de, por meio da experiência empírica, constatar a existência ou não de violências simbólicas no ambiente da mediação familiar que podem prejudicar sobremaneira o acesso desses sujeitos à justiça. Em termos de metodologia, pretende-se analisar qualitativamente, pelo método da observação participante e estudo dos casos (além, eventualmente, da utilização do método de entrevistas), a vivência de casais divorciandos, ou em dissolução de união estável, heterossexuais e de baixa renda, sem relatos prévios de violência doméstica, em audiências de mediação extrajudicial nos CEJUSCs de Ribeirão Preto -SP.

No presente artigo, será tratada a fase inicial do projeto de pesquisa com foco na delimitação metodológica e nos percursos para a delimitação de seu objeto, bem como dos percalços e questionamentos vivenciados pela pesquisadora até o momento de sua escrita.

## DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

### Os ADR

Os métodos alcunhados "alternativos"<sup>1</sup> de resolução de disputa, do inglês *Alternative Dispute Resolution Methods* (ADR) representam toda uma gama de modelos possíveis para a

---

<sup>1</sup> "A expressão "meios alternativos de solução de conflitos" (MASC) corresponde a homônima em língua inglesa "alternative dispute resolution" (ADR), e representa uma variedade de métodos de resolução de disputas, distintos do julgamento que se obtém ao final de um processo judicial. São exemplos a arbitragem, a mediação, a conciliação, a avaliação neutra, o "minitrial" e a própria negociação. (SALLES, C. LORENCINI, M. SILVA, P. E. A., 2013, p. 5). Ademais, frise-se que o presente trabalho tem por intuito principal a análise específica do procedimento de mediação judicial, de modo que não se propugna a uma análise mais densa dos demais métodos, salvo quando por necessidade precípua da análise adotada. Também, para fins desse trabalho os termos ADR, MASCS e RADs serão utilizados indistintamente.

resolução de disputas distintos do Judiciário, da justiça tradicional (SALLES, C. LORENCINI, M. SILVA, P. E. A., 2013, p. 5).

GRINOVER (2015, p.3) pontua que esses modelos têm 3 fundamentos: funcional, social e político. Quanto ao primeiro, é resposta à crise do Judiciário cujo intuito é melhorar o “desempenho e a funcionalidade da justiça”, quanto ao segundo, assim como a via tradicional da justiça deve ter por escopo a pacificação social, o terceiro trata da democratização da justiça permitindo a participação popular em sua administração.

Historicamente, tais mecanismos são anteriores à intervenção estatal na resolução dos conflitos humanos, e, mesmo considerados marginalizados e primitivos em alguns momentos, nunca deixaram de existir (SALLES, C. LORENCINI, M. SILVA, P. E. A., 2013, p. 5).

As respostas aos conflitos são cíclicas (FOUCAULT, 2002, p. 27), ou seja, diferentes sociedades, em diferentes espaços e tempos tendem a construir diferentes respostas para seus conflitos, por meio de procedimentos mais e menos formais, mais e menos institucionalizados, por múltiplas ou exclusivas portas, com ou sem o auxílio de um terceiro. (SALLES, LORENCINI, SILVA, 2013, p. 6)

Fato é que os ADR retornam à tona como uma possível resposta à um período de confrontos e questionamentos da justiça tradicional (NADER, 1993, p.3) quando grupos dante sub-representados criavam forças nas reuniões e nos movimentos sociais para reivindicarem suas agendas.

Movimentos por direitos civis, direitos consumeristas, ambientais, das mulheres, dos indígenas e dos negros tomavam força, criticavam o abandono da lei e do Direito em face de suas demandas (NADER, 1988, p. 272), nesse momento, as demandas no Judiciário aumentam significativamente.

A primeira resposta acadêmica para a gestão desse aumento de ações emerge com a realização da *Pound Conference* em 1976 (NADER, 1993, p. 5). Nessa se discutiram os novos rumos da Justiça norte-americana. Destacam-se nesse encontro os discursos do Juiz da Suprema Corte Warren Burger e do Professor Frank Sander da Universidade de Harvard.

Quanto ao primeiro, sua posição de prestígio fez com que se tornasse um dos maiores advogados pela consolidação dos métodos de ADR nos Estados Unidos. NADER (1979, p. 1001) pontua a capacidade retórica do Juiz Burger: sofisticada, assertiva e direta, com alto teor propagandista. Para ele, os métodos representavam a superação de uma mentalidade adversarial, do confronto pela paz.

SANDER (1976, p.19), apoiado nos mesmos ideais, é retratado como o grande nome do movimento, autor do termo "Tribunal multiportas"<sup>2</sup>, que se espalha como sinônimo dos ADR em sua consolidação nos sistemas de justiça de todo o mundo.

### **A adequação dos ADR em outros sistemas jurídicos: o caso brasileiro**

Pode-se dizer que a propaganda para a inserção dos métodos no Brasil aparece como uma resposta, no mínimo interessante, para a crise do Judiciário brasileiro. A CRFB/88 consolidava a

---

<sup>2</sup> A ideia de um tribunal multiportas é cunhada nos anos 70 pelo professor de Harvard Frank Sander, retratava o direcionamento dos processos que chegam ao judiciário para sistemas e mecanismos mais adequados à resolução dos conflitos, economizando tempo e dinheiro. In. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

democratização do Brasil em um período pós-ditadura militar, declarando a necessidade e o empenho para a construção de uma sociedade mais igualitária, não discriminatória e regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Para atingir esses objetivos era necessário que se pensasse a criação de políticas públicas voltadas à concreção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, nessa perspectiva de um direito emancipatório e libertador, razão pela qual era imprescindível que se desenvolvessem os institutos voltados à ampliação do acesso à Justiça<sup>3</sup> e de sua democratização enquanto condições para a efetivação dos Direitos Constitucionais (SADEK, 2009, pp. 170-173).

No entanto, a abertura das portas do Judiciário pecou em termos de gestão<sup>4</sup>. Um maior número de demandas em maior número de áreas do conhecimento ante uma perspectiva de maior economia e eficiência dos serviços públicos, advinda do cenário econômico neoliberal, gerou verdadeira crise<sup>5</sup> (SALDANHA, 2010, p.676). Pressionava-se a elaboração de novas saídas, e porque não dizer novas portas (SANDER, 1976, p. 19,)), que dessem conta da crise que se estabelecia.

Indiscutível a expansão dos métodos de ADR pelo mundo e sua consequente recepção pelo ordenamento brasileiro<sup>6</sup>. Ainda que tenha havido uma resistência inicial e verdadeira desconfiança, em razão da cultura jurídica parte brasileira que parte das lógicas adversariais por meio do convencimento e busca da verdade única (BAPTISTA, MELLO, 2011, p.9). Portanto, nas lógicas nas quais se sustenta o direito brasileiro não parecia haver espaço para o consenso (BAPTISTA, MELLO, 2011, p.9).

No Direito brasileiro não parecia haver espaço para o consenso (BAPTISTA, MELLO, 2011, p. 9), mas para a proclamação de uma verdade única. Sobre a busca dessa verdade única, o processo brasileiro segue a lógica da sentença (SALLES, LORENCINI, SILVA, 2013, p. 18), na qual o papel do juiz é decidir quem está certo e errado, não há uma estrutura dialógica, mas de convencimento. Não se quer dizer que essa lógica seja pior, tampouco menos desenvolvida, como dizem os

---

<sup>3</sup> El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación exige un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. de tal suerte que de un concepto jurídico tan general como el de la declaración universal de derechos humanos, que dispone: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, se llega en instrumentos recientes a un detalle y sostención que no imaginaron los redactores de la Declaración Universal. Cf. AHLF, L.O., El Derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular. In. Doctrina Jurídica, nº 588, 2011, disponível on-line in.: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>

<sup>4</sup> Importante para essa análise saber que esse é o momento *boom* de novos campos de estudo no Brasil (SINHORETTO, AZEVEDO, 2010, p. 181,)), em especial, da administração da justiça e da organização dos tribunais, da efetividade do acesso à justiça e das formas alternativas de solução de controvérsias, cujo intuito é problematizar as práticas, as experiências concretas de informalização e desjudicialização, para apontar caminhos e novos conceitos de justiça e prestação jurisdicional.

<sup>5</sup> Assim, a tão falada crise do processo e da jurisdição não nasceu no vazio, mas sim em um contexto histórico em que novos direitos foram surgindo em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória. Cf. SALDANHA, J. M. L.. A paradoxal face ‘hipermoderna’ do processo constitucional, revista NEJ, vol. 15, nº 1, pp. 5-26, jan-abril, 2010, disponível on-line in: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2298/1613>

<sup>6</sup> Neste trabalho não pretendo trabalhar com a recepção e evolução legislativa dos mecanismos no Brasil, vez que aqui cumpre com o escopo especialmente a delimitação temática escolhida para os primeiros traços da pesquisa, tais aprofundamentos já realizados em outros trabalhos serão alvo de esmiuçamento para a elaboração da redação da tese.

discursos propagandistas dos MASCs, contudo entender que diferentes sociedades constroem diferentes sistemas para a resolução de seus conflitos (NADER, TODD, 1978, p. 10).

Há também que se desconstruir a lógica de que a paz é ausência de conflito (AZEVEDO, PALLAMOLLA, 2014, p. 181). Não existe sociedade na qual não haja desentendimentos, a busca da paz não necessariamente implica na ausência do conflito, mas em sua gestão da maneira mais satisfatória quanto possível, nessa medida, resta saber quais critérios determinam essa satisfatoriedade e que se diferentes sociedades constroem diferentes significados acerca do que lhes é satisfatório.

Talvez por isso seja impraticável se pensar em um modelo universal de justiça, em qualquer mecanismo que seja plenamente capaz de se inserir em qualquer sociedade e ser o verdadeiro "salvador da pátria", acreditar nisso é ingênuo, ou talvez atenda à algum propósito.

### **O que é mediação normativa e doutrinariamente?**

Em termos legislativos, dois são os dispositivos que conceituam e delimitam a mediação e suas práticas, o próprio Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 e a Lei de Mediação, Lei 13.140/2015.

O CPC 15 determina em seu Art. 165 a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e seu regramento pelo CNJ, ainda, delimita os espaços materiais de atuação para a conciliação e para a mediação, sendo a primeira:

(...) preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

E a segunda:

(...) preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Já a Lei de Mediação como se volta exclusivamente à essa prática, delineando-a em seu bojo, nesse momento é interessante destacar seu Art. 1º.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Até aqui, tem-se que legislativamente a mediação é um dos procedimentos de ADR, autocompositivo, ou seja, as próprias partes compõe a resolução de seu conflito, em que o mediador é um terceiro imparcial, não autorizado a escolher pelas partes, sendo indicada aos casos nos quais haja vínculo anterior entre as partes, sendo essencial sua função de restabelecimento da comunicação para a obtenção de benefícios para ambos os conflitantes.

Outro marco é o Manual de Mediação do CNJ, que determina todas as diretrizes a serem adotadas pelo procedimento de mediação, não cumpre aqui explorá-lo exaustivamente, porém, destacar seu importante papel, que inclusive será norte para a delimitação de categorias de análise futuras para os dados levantados.

Doutrinariamente, TARTUCE (2008, 210) define os princípios e objetivos da mediação em 4 standards fundamentais: a) princípio ético ou de valorização da dignidade; b) poder de decisão



atribuído às partes ou poder de autodeterminação (voluntariedade); c) informalidade; d) participação de um terceiro imparcial e, e) não competitividade.

ZAPPAROLI e KRÄHENBÜHL (2012, p.38) colocam que a mediação, enquanto técnica, não necessariamente deve buscar a obtenção de um acordo, mas a transformação no "padrão de comunicação entre os mediandos", ou seja, a mediação deve fazer com que sujeitos cuja comunicação esteja com ruídos sejam capazes de retomarem seu contato, e que a mediação trata o conflito de forma sistêmica, ou seja, como um todo, e não deve focar em disputas pontuais.

A mediação é indicada aos conflitos ditos policêntricos (LORENCINI, 2009, p. 617)., ou seja, dotados de mais de um ponto de tensão, e recomendada às relações continuadas, por exemplo, as familiares ou contratuais. É um procedimento que deve ser cooperativo e em que não deve haver renúncia a direitos, mas a transformação da situação de conflito em uma situação de maior satisfação para todos os envolvidos (VEZZULA, 2010, p. 73-74), visando a celebração de um acordo mutuamente satisfatório e voluntário.

PELLEGRINI (2019, p. 29) em seu trabalho sintetiza o conceito de mediação por meio de uma tabela que tomei a liberdade de editar:

	Mediação
Tipo de Método	Informal
Objetivo	Restabelecer relações anteriores
Facilitador	Mediador
Função do Facilitador	Usar técnicas que facilitem o diálogo
Poder de Decisão	Partes
Tipo de Conflitos	Qualquer um

### O que é mediação familiar?

O próprio CNJ em seu curso de mediação familiar<sup>7</sup> assim define a mediação familiar

A mediação de família pode ser definida como um processo autocompositivo segundo o qual a partes em disputa são auxiliadas por um terceiro neutro ao conflito, ou um painel de pessoas, sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição dentro de conflitos característicos de dinâmicas familiares e, assim estabilizarem, de forma mais eficiente, um sistema familiar.

No mesmo texto define que a mediação tem por principal escopo o restabelecimento da relação familiar que deve ser buscado por meio da redução dos antagonismos e estabilização emocional das partes e da satisfação das partes com a prestação jurisdicional que lhes é oferecida.

O mais amplo e recente conceito de família a eudaimonista DIAS (2015, p. 144), a família determinada e construída por vínculos de afeto. É o conceito que entende a democratização da família em que cada sujeito busca sua felicidade, não havendo sentido na manutenção de uma família na qual não mais se estabeleça a felicidade.

Essas novas construções de família talvez precisassem de novos modelos de gestão para seus conflitos. É nesse cenário que se desenvolve o conceito de mediação familiar, precipuamente

<sup>7</sup> Os PDFs das aulas do curso encontram-se disponíveis online no seguinte endereço eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/e82c5dcf9bcbe9c1328225ce122dc98c.pdf>

nos EUA nos anos 70, no Canadá nos anos 80 e na França nos anos 90, cuja ideia é a superação de uma forma patológica de se desfazer essas relações em prol de um modelo cooperativo (ÁVILA, 2008, P. 1.018).

Mediação familiar, para ÁVILA (2008, p. 1.018) o procedimento de gestão de conflitos interpessoais destinado à famílias e/ou casais aos quais é entregue o poder de decisão sobre suas questões, ao mediador é entregue o papel de facilitador do processo comunicacional deteriorado pelo conflito. A ideia é de um modelo comunicacional, participativo com espaço ao diálogo e a escuta. Frise-se que surgiu empiricamente, na construção de sua própria prática.

BARBOSA (2007, p. 134 e 135), discordando de vários autores, alega que a mediação não comporia uma justiça de segunda classe, meramente utilizada para o desafogamento do judiciário em sede das demandas de família. Acredita que a mediação seja procedimento adequado, na medida em que democratiza o poder de decisão aos sujeitos mediados, buscando o restabelecimento da comunicação deteriorada pelo conflito.

Acredita no poder transformativo da mediação que seria capaz de reestruturar os vínculos entre as partes, principalmente nos casos que envolvam filhos, em que haverá uma manutenção da relação dos pais, quer queiram, quer não.

### **Princípios da mediação e as desigualdades brasileiras**

A mediação é regida por 8 princípios expressos pela própria Lei de Mediação: Imparcialidade do Mediador, Isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Em sede do trabalho de mestrado pretendo analisar todos os princípios, porém para fins deste artigo restrinjo-me ao segundo e ao quinto.

É facilmente questionável a situação de isonomia entre as partes e da autonomia de suas vontades sem comprometimento quando pensamos que vivemos em um país carregado de desigualdades. Aos cidadãos brasileiros, ainda que lhes seja conferida a cidadania e prometida a igualdade, fato é que há uma multidimensionalidade de opressões: raça, gênero e classe social (MOREIRA, 2017). À esse fenômeno é dado o nome de interseccionalidade<sup>8</sup>.

Pensemos, pois, em uma audiência de mediação familiar. Partindo-se da premissa de que aos conflitos familiares são mais indicadas as audiências de mediação, vez que, prometem uma redução dos antagonismos e uma busca amigável e empática pelo restabelecimento da comunicação entre as partes, tomadas por materialmente iguais.

Como bem elenca (SANTA CRUZ, 1992) é necessário que haja entre essas partes: equipotência, equifonia e equivalência. Ou seja, que tenham a mesma capacidade de atuação, que suas vozes sejam igualmente ouvidas e que àquelas pessoas seja atribuído o mesmo valor. Porém não é difícil dizer que a sociedade brasileira é hierárquica, patriarcal e machista, e que, obviamente essa realidade se desvela com ainda mais força no âmago das famílias brasileiras.

---

<sup>8</sup> A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos de subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, construindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. Cf. CREENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos a gênero. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação e Expressão da UFSC, 2002, pp. 171-188.

Nesse sentido, como pensar na possibilidade de uma mediação familiar que cumpra com seus requisitos e propostas a ponto de garantir um efetivo acesso à justiça dessas famílias quando se ignora a situação de desigualdade material entre as partes mediandas?

## **DA NECESSIDADE DE IR À CAMPO**

É inegável a contribuição dos estudos da Antropologia Jurídica (SINHORETTO, AZEVEDO, 2010, p. 182) para pensar essa questão com base em múltiplos referenciais, a sociedade na qual se desvelam essas práticas, a cultura, a socialização, a operacionalização para que se possa pensar em uma constante (des)construção do Direito.

Não interessa aqui a discussão dos caminhos legislativo-institucionais da mediação familiar, mas suas práticas, sua construção diária nos espaços da Justiça, muitas vezes conflitantes com os textos legais que a disciplina.

O intuito não é de propagação dogmático-legislativa, tampouco de tentar encontrar conceitos, mas de desdogmatizar, compreender as estruturas por meio da prática, adotando-se o conceito de verdade jurídica enquanto "construção interna do campo, que vai se edificando (e se revelando) no curso do processo civil, a partir de distintas práticas, que, como dito, se opõem, se anulam e se (re) contextualizam de acordo com a fase e com o espaço em que se materializam." (BAPTISTA, 2008, p. 133).

Com base nisso surge a ideia de ir à campo para apreender a mediação familiar na prática, saber se e como as desigualdades entre as partes vem ou não sendo superadas e como é construída a questão dialógica entre partes cujos conflitos são tão delicados, além da postura do mediador em todo esse processo.

## **Da metodologia aplicada**

Metodologia é caminho, é orientação ao pesquisador sobre como estruturar seu trabalho (THIOLLANT, 2011, p. 56). Nessa toada, a pesquisa está sendo delineada no sentido de cumprir com os requisitos de uma pesquisa empírica qualitativa.

Feita essa classificação, cabe pontuar que uma pesquisa será empírica na medida em que o pesquisador conduzir sua investigação de observações sobre o mundo por meio de dados que possam ser colhidos e analisados de maneira numérica (pesquisa quantitativa) ou não numérica (qualitativa) (EPSTEIN, 2002, p. 11).

Parte fundamental da construção metodológica qualitativa é a construção de um método de análise não reducionista ou relativista trazendo novos espaços de pensamento teórico-empírico (PIRES, 2008, p.14), sem olvidar da validade e confiabilidade que devem dispor seus estudos. (THIOLLANT, 2011, p. 31).

Parecem adequados, portanto, a esta investigação a aplicação dos métodos empíricos qualitativos de observação participante, estudo dos casos mais relevantes e eventual aplicação de entrevistas.

A pesquisa é empírica posto que pretende lidar com a percepção do fenômeno da audiência de mediação extra-judicial e qualitativa pois parte de uma análise crítica, desdogmatizante sobre o procedimento, que leve em consideração a prática e atuação dos sujeitos envolvidos para sua construção.

Muito da pesquisa empírica em direito que se utiliza do método da observação participante se apoia nas construções da pesquisa etnográfica da antropologia, a relação metodológica que pode ser traçada entre as duas áreas é enriquecedora, nas palavras de BAPTISTA e KANT DE LIMA (2013, p. 10):

O contraste do Direito, afeito a respostas prontas e padronizadas, com a Antropologia, acostumada com perguntas e relativizações, traz resultados interessantes para a interdisciplinaridade, tão valorizada na produção do conhecimento científico contemporâneo.

### **Dos recortes e enfrentamentos iniciais**

Em razão do limitado prazo de dois anos para a elaboração de uma tese de mestrado é necessário realizar recortes materiais quanto ao que será observado e quais dados serão relevantes para posterior análise.

Em um primeiro momento, decidi por analisar exclusivamente as perspectivas das mulheres submetidas ao processo de mediação familiar apreendendo se elas testemunhavam violências (por parte dos ex-companheiros e dos mediadores) na ocorrência do procedimento.

Nada obstante, quando dos primeiros contatos com o campo entendi que a complexidade da situação não poderia ser estudada ante um ponto de vista único e que o método das entrevistas não seria capaz de capturar as nuances observadas. Desse primeiro contato exploratório com o campo surge a ideia de realizar uma observação participante das audiências de mediação familiar.

O seguinte passo seria delimitar quais audiências assistir para a pesquisa. Como no município de Ribeirão Preto – SP o procedimento é somente realizado por 5 CEJUSCs (Fórum, USP, Barão de Mauá, Unaerp e Polícia Militar) procurei contato com todos eles, excluindo o posto da Polícia Militar que à época do início da pesquisa ainda não estava em funcionamento. A escolha do município de Ribeirão Preto – SP não foi randômica, mas planejada em razão de ser o local de residência da pesquisadora.

O contato inicial se fez muito mais receptivo nas Universidades, no Fórum não demonstraram qualquer interesse pela pesquisa e ofereceram que eu assistisse as audiências apenas como ouvinte, como qualquer estagiário do curso de mediação. Tal sugestão vai contra os princípios éticos da pesquisa, vez que mediadores e mediados desconheciam meu papel ali e sequer poderiam manifestar seu interesse de participação.

O contato nas Universidades permitiu com que eu me identificasse como pesquisadora e que as partes manifestassem seu consentimento ou não pela participação na pesquisa, o que cumpria com os requisitos da Resolução nº 510/2016 sobre pesquisas com seres humanos nas ciências sociais elaborado pelo Conselho Nacional de Saúde.

O seguinte passo seria: quem seriam os sujeitos a serem observados? Brevemente na pesquisa exploratória e debatendo com mediadores descobri que o perfil majoritário dos sujeitos que buscam a mediação nos CEJUSCs dispõem de renda média familiar máxima de 3 salários mínimos. Esses são encaminhados pela DPESP, preenchem na instituição um formulário – declarando não haver relato de violência doméstica – e, em não havendo tal relato são posteriormente encaminhados para os CEJUSCs locais para a realização da audiência na data designada.

Também é possível que os sujeitos interessados se destinem diretamente ao CEJUSC para realizar tal atendimento. Os CEJUSCs não atendem apenas demandas familiares, porém, todas os

funcionários e mediadores com quem conversei relatam que são a soma maioria dos casos. Destaca-se ainda que apenas o CEJUSC do Fórum realiza audiências de mediação judicial, os demais CEJUSCs trabalham exclusivamente com as extrajudiciais, ou pré-processuais.

Assim, determinei que meu campo seriam os CEJUSCs de Ribeirão Preto – excetuando-se o do Fórum e o da Polícia Militar. Ademais, defini que somente acompanharia audiências relacionadas as temáticas familiares cujos sujeitos tenham renda familiar máxima de 3 salários mínimos, ou seja, encaminhados pela DPESP. Ainda, acompanharei apenas os casos em que não haja qualquer relato de violência doméstica.

### **O que observar?**

Delimitado qual seria meu campo, bem como quais seriam meus sujeitos, cumpria ainda delimitar o que seria efetivamente observado. A hipótese levantada era a de que as desigualdades entre as partes envolvidas na mediação: casal e mediador, são significativas a ponto de não garantir ser possível efetivo acesso dos mediados à justiça.

Com o auxílio do meu orientador determinamos quais dimensões seriam observadas, optou-se então pela análise das violências simbólicas praticadas, bem como do silenciamento, do apagamento de vozes nessas audiências, violando assim os preceitos da equivalência, equipotência e equifonia entre as partes.

As categorias analíticas ainda estão em processo de formulação, porém a ideia é observar essas dimensões a partir do relacionamento entre as partes por meio de seus comportamentos, atitudes e discursos, verificando se há notórias opressões e impositividades nesses capazes de desvelarem a questão das violências simbólicas e do apagamento de vozes.

Os referenciais adotados para a análise desses comportamentos são os dois já citados manuais do CNJ – o Manual de Mediação do CNJ e o Curso de Mediação Familiar do CNJ os quais delimitam quais as expectativas e promessas de uma audiência de mediação familiar.

Cumpra ainda planejar quantas audiências assistir, com qual frequência, bem como quais serão tratadas como mais importantes para eventual estudo de caso mais aprofundado.

### **Como analisar?**

Os resultados serão analisados conforme as colocações da pesquisa de TRIVIÑOS (1987, p. 55), pois sua perspectiva rompe com o positivismo clássico, apresentando novas bases gnosiológicas mais aptas à compreensão dos fenômenos sociais.

Parte-se da contemplação inicial do fenômeno e de suas características para levantamento de hipóteses, posteriormente, adentra-se em sua dimensão abstrata, em suas relações sócio históricas, juízos e raciocínios, e, com isso será realizado o tratamento dos dados obtidos.

### **O QUE JÁ FOI ANALISADO E CONCLUSÕES PRELIMINARES**

A própria delimitação das audiências a serem analisadas não é despropositada, o intuito é trabalhar com aquelas nas quais se desvele a questão da interseccionalidade, ou seja, trabalhar com o acesso à justiça desses sujeitos considerados alvos de uma multiplicidade de opressões.

O título do artigo remete às mulheres, vez que, dentro do espaço de análise à elas é creditado o maior volume de opressões. Bem como são elas as maiores vítimas de opressão no

espaço doméstico-familiar. Pensar em mediação familiar envolve necessariamente pensar questões de gênero, raça e classe social, e de como esses sujeitos são violentados pelo sistema de justiça brasileiro, e como isso não difere das justiça tradicional para os novos modelos de justiça.

Em prol da institucionalização dos métodos consensuais no Brasil, as desigualdades entre as partes são ocultadas ou ignoradas e os casos de família tratados da exata mesma maneira que um conflito pedindo o reparo de um veículo amassado em uma colisão traseira. A violência simbólica naturaliza uma série de comportamentos e apaga as diferenças a ponto de sequer serem tratadas normativa e dogmaticamente.

Nesse sentido, pretende-se aprofundar o estudo na chamada escola da opressão dos ADR (BUSH; FOLGER, 2005, p. 9-22, apud PELLEGRINI, 2019, p. 53-54), cuja principal expoente é a pesquisadora Laura Nader da Universidade de Berkeley que enxerga os ADR como procedimentos capazes de criarem e reproduzirem violências simbólicas facilitadas por assimetrias sociais como o racismo e o sexismo. Partindo-se dessa premissa é impossível pensar que tais mecanismos partam de uma igualdade, vez que as mulheres que ingressam nesses procedimentos já os iniciam com notória disparidade de poderes.

Diversos autores reforçam o que vem sendo encontrado na pesquisa exploratória, GRILLO (1991) explora em artigo publicado no Yale Law Journal os perigos para as mulheres que testemunhou enquanto mediadora familiar, questionando, inclusive a possibilidade de que esses acordos possam ser considerados mesmo justos, RIFKIN e COBB (1991) trabalham com a questão da neutralidade esperada dos mediadores que invariavelmente não é confirmada na prática, BRYAN (1992) reforça o coro das críticas a mediação familiar trabalhando questões da psicologia na demonstração do desequilíbrio de poderes entre companheiros e como isso é prejudicial na realização de mediações.

Até o momento já testemunhei audiências emblemáticas outras nem tanto, bons e maus mediadores. Falas agressivas e coercivas, provocações nas salas de espera, tensões de vários tipos, ameaças, explosões, mas também compreensões e aceitações. O que virá adiante ainda tem um quê de surpresa e expectativa, vez que assim são os comportamentos humanos.

## REFERÊNCIAS

AHLF, L., **El Derecho de acceso a la justicia de los imigrantes en situación irregular**. In. Doctrina Jurídica, nº 588, 2011, disponível on-line in.: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>

ALMEIDA, R., ALMEIDA, T., CRESPO, M. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012.

ÁVILA, E. M. **Mediação Familiar: mitos, realidades e Desafios**. Revista de Direito Privado, jul-set.2008. 1.017 a 1.037.

AZEVEDO, R. PALLAMOLLA, R. **Alternativas de resolução de conflitos e justiça restaurativa no Brasil**. Revista USP, nº. 101, 2014, pp. 173-184. Disponível online in: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p173-184>

AZEVEDO, R. SINHORETTO, J. **Conflitualidade social e acesso à justiça**. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, 2010, pp. 181-191.

BAPTISTA, B. MELLO, K. **Mediação e conciliação no Judiciário**. Dilemas: Revista de Estudo do Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v.4, nº1, 2011, pp. 97-122. Disponível online in: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7208>.

- BARBOSA, A. A. **Construção dos Fundamentos Teóricos e Práticos do Código de Família Brasileiro**. Universidade de São Paulo (Tese Doutorado). São Paulo, 2007, disponível online in: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02082007115632/publico/TeseAguidaArrudaBarbosa.pdf>
- BRYAN, P. **Killing Us Softly**: Divorce Mediation and the Politics of Power, *Buffalo Law Review*, vol. 441, 1992.
- COBB, S. RIFKIN, J. **Practice and Paradox**: Deconstructing Neutrality in Mediation, *Law & Social Inquiry*, Vol. 16, No. 1, 1991, pp. 35-62, disponível online in.: <https://www.jstor.org/stable/828547>
- CREENSHAW, K. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos a gênero**. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação e Expressão da UFSC, 2002, pp. 171-188.
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- EPSTEIN, L. KING, G. **The rules of inference**. *The University of Chicago Law Review*, vol. 69, Winter 2002, n.º.1, Chicago, 2002.
- FOUCAULT, M. **La vérité et les formes juridiques**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, Nau Editora, 2003.
- GRILLO, T. **The mediation alternative**: Process Dangers for Women. *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n.º 6, 1991.
- GRINOVER, A.P. et al. **O Novo Código de Processo Civil**, São Paulo, Atlas, 2015.
- NADER, L. **Controlling Processes in the practice of Law**: Hierarchy and Pacification in the Movement to reform dispute ideology. *The ohio state journal on dispute resolution*. vol. 9. n.1, 1993.
- NADER, L. **Disputing Without the Force of Law**, 88 *Yale Law Journal*. vol. 88. (1979). disponível online in.: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol88/iss5/5>
- NADER, L. **The ADR Explosion**: the Implications of Rhetoric in Legal Reform, 8 *Windsor Yearbook of Access to Justice*, n.8, 1988, pp. 269-291
- NADER, L. TODD, H. **The Disputing Process**: Law in Ten Societies. *Association for Political and Legal Anthropology Newsletter*, Columbia University Press, vol. 4, 1980.
- PELLEGRINI, E. **Não Cause, Concilie**: os sentidos das práticas de conciliação em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em Campinas-SP. São Paulo, IBCCRIM, 2019.
- RIFKIN, J. **Mediation om a Feminist Perspective**: Promise and Problems, *Law & Ineq*, vol. 21, 1984, disponível online in.: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol2/iss1/2>
- SALDANHA, J. M. L.. **A paradoxal face 'hipermoderna' do processo constitucional**, revista NEJ, vol. 15, n.º 1, pp. 5-26, jan-abril, 2010, disponível on-line in: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2298/1613>
- SALLES, C. LORENCINI, M. SILVA, P. E. A. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo, Método, 2013.
- SANDER, F. **The Multi-Door Courthouse**: Settling Disputes in the Year 2000. *Barrister*, v. 3, 1976
- SANTA CRUZ, M. I., **Sobre el Concepto de Igualdad**, in. ISEGORIA: *Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, n. 6, 1992.
- TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos cíveis**. São Paulo, Método, 2008.

THIOLLANT, M. **Metodologia da Pesquisa-ação**. São Paulo, Cortez, 18ª ed., 2011.

TRIVIÑOS, A. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

VEZZULA, J. C. **A Mediação Comunitária: Desafios e Perspectivas**. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, vol. 11. 2010.

ZAPPAROLLI, C. R., KRÄHENBÜHL, M. C. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas**. São Paulo: LTr, 2012.





**Coordenação:**

Igor Suzano Machado (UFES)

Paula Pimenta Velloso (UFJF)



## RUI BARBOSA E A SOCIOLOGIA: OS PARECERES DE 1882

Ariel Engel Pessa

Mestre e Doutorando em Direito (USP)

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a sociologia nos pareceres de Rui Barbosa de 1882, produzidos quando ele compunha a Comissão de Instrução Pública (CIP) da Câmara dos Deputados. Na visão de alguns autores, ao propor uma cadeira de sociologia no lugar da cadeira de direito natural, o deputado baiano estaria lançando os alicerces da sociologia jurídica no Brasil – como exemplo, podemos citar Alberto Venancio Filho, para quem a “matéria que só oitenta anos depois passou a ser incluída nos currículos das faculdades de direito” (VENANCIO FILHO, 2011, p. 158) e para Luciano Oliveira: “(...) já no longínquo ano de 1882, ninguém menos que o republicado Rui Barbosa, considerado o *nec plus ultra* da cultura bacharelesca nacional, reivindicava, apoiando-se em Augusto Comte, substituir, nos cursos jurídicos, o Direito Natural pela Sociologia” (OLIVEIRA, 2015, p. 9, grifos no original). Nossa proposta principal é, pois, verificar se de fato pode-se falar em Rui Barbosa como o precursor da sociologia jurídica no Brasil.

Para tanto, devemos antes analisar o que se entendia por direito natural. É válido lembrar que havia uma longa tradição jusnaturalista no Brasil que, segundo Antônio Luiz Machado Neto (1969), remontaria ao inconfidente Tomás Antônio Gonzaga. Tal tradição continuou nas Faculdades de Direito desde sua criação em 1827 até o último quarte do século XIX, sendo que a década de 1870 representou um marco em relação às tendências jus-filosóficas<sup>1</sup>. É nesta época que proliferam várias tendências filosóficas que abalariam as estruturas do direito natural e seriam os responsáveis por sua substituição pela filosofia do direito nos currículos das Faculdades de Direito em 1891 (Reforma Benjamin Constant).

É também na década de 1870 que surge uma importante reforma na Instrução Pública: o Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, conhecido como “Reforma do Ensino Livre” ou “Reforma Leôncio de Carvalho” que influenciada pelo ideário liberal, instituiu o ensino livre<sup>2</sup> no Brasil. Rui Barbosa foi convocado à analisá-la e, para tanto, escreveu e submeteu à Câmara dos Deputados

<sup>1</sup> Nesta esteira, sobre o direito natural, afirma Sérgio Adorno que “o advento do positivismo e de outras correntes de pensamento que mantinham atitude declaradamente antimetafísica, além do renascimento da escolástica, vieram a perturbar-lhe o predomínio que assegurara por quase cinquenta anos de vida acadêmica. Nesse período, as diversas disciplinas, por bem ou por mal, hauriram das diferentes modalidades de jus-naturalismo que a Academia de Direito de São Paulo conheceu, até, pelo menos, o limiar da década de 1870” (ADORNO, 2019, p. 116).

<sup>2</sup> Para mais informações sobre a reforma do ensino livre, ver ALMEIDA JUNIOR, 1956, pp. 59-124; BARROS, 1986, pp. 269-339; VENANCIO FILHO, 2011, pp. 75-94.

um importante parecer sobre o ensino primário e sobre o ensino secundário e superior<sup>3</sup>. Para os efeitos deste trabalho, iremos nos ater a este último, em especial à parte que trata do ensino superior e do ensino jurídico.

Assim, nosso objetivo é entender (i) o que Rui Barbosa entendia por “sociologia”, (ii) o motivo pelo qual ele defendia sua introdução nos cursos jurídicos e (iii) a reação ao Direito Natural. A metodologia utilizada, de cunho histórico, foi a seleção e a análise bibliográfica, tanto de fontes primárias quanto secundárias, sendo que a principal é o parecer sobre ensino secundário e superior apresentado à Câmara dos Deputados em 1882.

Antes de analisar a questão da sociologia propriamente dita, é necessário fazermos uma breve incursão histórica na evolução do ensino jurídico no Império e da gênese, promulgação e recepção da “Reforma do Ensino Livre” de 1879. Em seguida, é oportuno localizarmos os pareceres de Rui Barbosa em seu contexto histórico, tendo-se em conta as tendências que surgiram na já referida década de 1870. Assim, o entendimento do que era “sociologia” para o deputado baiano ficará mais claro e será possível analisarmos o objeto do presente trabalho. Por fim, apresentaremos a conclusão a que nos foi possível chegar em face das fontes analisadas. Este será, pois, o caminho que seguiremos.

## **FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL IMPERIAL (1822-1889)**

### **Criação, reformas e currículos: uma “evolução linear” do ensino jurídico?**

As Faculdades de Direito no Brasil foram criadas em 11 de agosto de 1827 diante da necessidade de se preencherem os quadros burocráticos do Estado recém-independente e de se “difundirem as luzes” pelo território nacional, na expressão então corrente. Após tentativas frustradas de criação de tais cursos em 1823<sup>4</sup> e 1825<sup>5</sup>, em 1826 o projeto entrou novamente em pauta na 1ª legislatura na Câmara dos Deputados e virou lei no ano seguinte, tendo por regulamento os Estatutos do Visconde da Cachoeira. Foram instaladas duas Faculdades de Direito em 1828: uma em São Paulo e outra em Olinda (transferida em 1854 para o Recife).

Ao longo do período imperial, os cursos jurídicos passaram por três modificações<sup>6</sup> importantes: (i) a Lei de 7 de novembro de 1831 aprovou provisoriamente novos estatutos, (ii) o Decreto nº 1.386 de 28 de abril de 1854 (conhecido como “Reforma Couto Ferraz”) deu novos estatutos e, por fim, (iii) o Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879 (conhecido como “Reforma Leôncio de Carvalho” ou “Reforma do Ensino Livre”) reformou o ensino superior em todo o Império.

Autores há que afirmam ter sido a evolução do ensino jurídico no período simplesmente linear, isto é, sem nenhuma mudança substancial em termos estruturais e funcionais e que ele se deu mais fora do que dentro dos muros das Academias (VENANCIO FILHO, 2011 e ADORNO, 2019). Se se observar apenas o currículo das duas Faculdades oficiais, de fato a mudança parece não ter ocorrido; contudo, em termos de ingerência governamental e das doutrinas professadas em sala de aula, o cenário é outro. Vejamos estes pontos separadamente.

---

<sup>3</sup> Até a reforma educacional de 1931, levada a cabo por Francisco Campos, o ensino secundário e superior eram tratados conjuntamente.

<sup>4</sup> Os debates sobre a criação dos cursos jurídicos no Brasil entre 1823 e 1827 podem ser consultados em BRASIL, 1977.

<sup>5</sup> O Decreto de 9 de janeiro de 1825 criava provisoriamente um Curso Jurídico na Corte, mas tal iniciativa não chegou a ter execução. Foi por sua causa que os Estatutos do Visconde da Cachoeira, que regeram os cursos de São Paulo e Olinda entre 1828 e 1831, foram redigidos.

<sup>6</sup> Além das modificações que de fato ocorreram, houve duas tentativas mal fadadas de reforma – uma em 1865 (Decreto nº 3.454, de 26 de abril) e outra em 1885 (Decreto nº 9.360, de 17 de janeiro). Ambas não saíram do papel.

Em relação aos currículos, a estrutura manteve-se praticamente a mesma desde 1827, com apenas algumas mudanças de nomenclatura: no 1º ano, ensinava-se Direito Natural Público e Análise da Constituição do Império; no 2º ano, continuação das mesmas matérias, Direito das Gentes e Diplomacia e Direito Público Eclesiástico; no 3º ano, Direito Civil Pátrio e Direito Pátrio Criminal; no 4º ano, continuação do Direito Civil Pátrio e Direito Marítimo e Mercantil (Comercial); e no 5º ano, Economia Política e Teoria e Prática do Processo. Em 1854, incluíram-se as cadeiras de Direito Romano no 1º ano e de Direito Administrativo no 5º ano, inclusão esta que subsistiu até o advento da República e a reformulação dos cursos em 1891 (pela Reforma Benjamin Constant).

No que concerne à ingerência governamental, a questão não é de todo pacificada. Novamente, os que entendem que o ensino jurídico ficou estagnado afirmam que o Governo pouco ou nada influenciava na vida acadêmica. Contudo, seja pela quantidade de Avisos Ministeriais, principalmente no começo dos cursos<sup>7</sup>, seja pelo seu conteúdo, não se pode, em nossa visão, deixar de reconhecer que a Corte tinha interesse e preocupava-se com os rumos que os cursos seguiam. Para tanto, basta observar que o Governo Central controlava de perto o que era ensinado em sala de aula, mediante a aprovação (ou desaprovação) dos compêndios adotados pela cadeira, bem como pela escolha dos lentes substitutos (sugeridos pela Congregação das Faculdades após concurso, mas escolhidos pelo Imperador).

Outro aspecto que vai de encontro à visão acima citada diz respeito às doutrinas ensinadas. Por suposto que o direito, enquanto saber transmitido em instituições de ensino superior, sofreu modificações ao longo do século XIX, de modo que sua concepção foi influenciada pelas diversas “escolas de pensamento” que surgiram e se desenvolveram nos Oitocentos, como por exemplo a Escola Histórica e o Positivismo. Tal modificação repercutiu em uma disciplina que, por sua essência, era possivelmente a mais suscetível de ser influenciada: o direito natural. Contudo, deve-se sempre ter em mente o contexto dessas transformações e, em se tratando do direito natural, é certo que a década de 1870 e o “bando de ideias novas” apontadas por Silvio Romero (1900, p. XXIV) tiveram uma importância crucial. Não por acaso, é nesta década também que sobreveio a reforma mais radical nas Faculdades de Direito: a Reforma do Ensino Livre de 1879.

### **A Reforma do Ensino Livre (1879)**

O Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879, conhecido como “Reforma Leôncio de Carvalho” ou “Reforma do Ensino Livre”, foi a medida mais ousada no que diz respeito à modificação na Instrução Pública do país até então.

A reforma foi idealizada por Leôncio de Carvalho<sup>8</sup>, um ferrenho defensor do “ensino livre” e que então ocupava a pasta do Ministério e Secretaria de Estado dos Negócios do Império. Por

---

<sup>7</sup> O período imediatamente anterior à instalação dos cursos jurídicos e o que se seguiu a ela foi bastante atribulado, principalmente em função da instabilidade política instaurada com a abdicação de D. Pedro I ao trono em 1831. Esse é um dos motivos pelos quais proliferaram os Avisos Ministeriais endereçados às Academias Jurídicas na década de 1830.

<sup>8</sup> Carlos Leôncio da Silva Carvalho (1847-1912), mais conhecido como Leôncio de Carvalho, formou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1868 e doutorou-se em 1869, tendo sido aprovado plenamente. Prestou concurso para professor substituto em São Paulo em 1870 e foi nomeado em 1871. Foi Ministro do Império entre 1878 e 1879 e lente catedrático da 1ª cadeira do 2º ano (Direito Natural, Direito Público Universal, Análise da Constituição do Império e Direito das Gentes e Diplomacia) entre 1881 e 1891. Com a extinção da cadeira de Direito Natural em 1891, foi transferido para a de Direito Público em 1895, onde aposentou-se em 1901. Foi nomeado bibliotecário da Faculdade em 1885 e diretor entre 1890 e 1891. Após sua aposentadoria, mudou-se para a Corte e lá foi professor na Faculdade Livre de Direito até seu falecimento em 1912 (VAMPRÉ, 1924, v. 2, pp. 323-326). As informações referentes às cadeiras ocupadas pelos lentes catedráticos da Faculdade de Direito de São Paulo foram colhidas de MACHADO JUNIOR, 2009.

ser professor na Faculdade de Direito de São Paulo, ele via o que se passava no seio desta instituição e propunha reformas que, a seus olhos, seriam benéficas para o ensino.

Já na memória histórica<sup>9</sup> do ano de 1871, Leôncio de Carvalho fazia a defesa do ensino livre, uma medida “simples e eficaz” que seria capaz de combater os “gravíssimos inconvenientes” que ocorriam nos cursos superiores. Nesta esteira, as medidas que ele entendia serem necessárias eram (i) a supressão do regime de faltas, lições e sabatinas, (ii) a possibilidade de se prestar provas a qualquer tempo e (iii) a concessão do direito de se abrirem cursos livres. Para reforçar suas ideias, o autor listava as vantagens que tais modificações trariam e também seus defensores no plano internacional (Hippeau) e nacional (Machado Portella, professor da Faculdade de Direito do Recife, José Liberato Barroso e João Alfredo, Ministros do Império em 1865 e em 1871, respectivamente) (CARVALHO, 1872, pp. 8-10).

As ideias liberais de Leôncio de Carvalho não estavam descoladas da realidade brasileira; pelo contrário, iam totalmente ao encontro do movimento pela liberdade de ensino defendida pela “ilustração brasileira”, no termo utilizado por Roque Spencer Maciel de Barros (1986).

Dois fatores possibilitaram a promulgação da reforma idealizada por Leôncio de Carvalho. O primeiro foi a promulgação da “Lei Laboulaye” na França em 12 de julho de 1875, que estabelecia o ensino livre nos cursos superiores, conforme o art. 1º: “L'enseignement supérieur est libre”. Em função da influência cultural que o país exercia na elite intelectual brasileira, é de se entender que o ensino livre, senão isento de discordância, pelo menos agora era visto com outros olhos. O segundo fator diz respeito à nomeação de Leôncio de Carvalho como Ministro do Império em 1878<sup>10</sup>. Uma vez no Gabinete – e com o apoio da Coroa e do Presidente do Conselho (ALMEIDA JUNIOR, 1956, pp. 86-87) – ele tratou de organizar e promulgar a reforma que, a seu ver, traria soluções a problemas há muito combatidos pela Instrução Pública.

O Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879 instituía desde logo o ensino livre: “Art. 1º - É completamente livre o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império, salvo a inspeção necessária para garantir as condições de moralidade e higiene”. Em relação ao ensino superior, o “ensino livre” assumia três acepções diferentes, mas complementares<sup>11</sup>: liberdade de ensino, liberdade de frequência e liberdade de criação de novos estabelecimentos de ensino.

Por liberdade de ensino, entendia-se, de um lado, que o professor tinha liberdade para ensinar e, de outro, que o aluno tinha liberdade para aprender. Assim, o professor não precisava mais ficar adstrito à doutrina oficial do Estado e podia aventurar-se em outras linhas de pensamento; o aluno, por sua vez, podia decidir se e como queria aprender, daí porque aboliu-se a frequência obrigatória às aulas.

---

<sup>9</sup> As memórias históricas eram documentos produzidos pelos lentes das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife a partir de 1854 (em função do art. 164 da Reforma Couto Ferraz) e apresentados anualmente à Congregação das mesmas. Elas também eram remetidas ao Ministério e Secretaria de Estado dos Negócios do Império e normalmente vinham anexadas ao relatório anual da pasta.

<sup>10</sup> Sobre sua chegada à pasta, conta Spence Vampré (1924, v. 2, p. 325) que “sendo, em 1878, incumbido o Cons. Sinimbu de organizar Gabinete, foi Leôncio encarregado de transmitir a José Bonifácio o convite para que aceitasse a pasta do Império. E como este se excusasse, pediu Sinimbu, e Leôncio aceitou, a referida pasta, tomando, assim, parte no Ministerio de 5 de Janeiro”.

<sup>11</sup> Tais acepções são baseadas na classificação feita por Rui Barbosa (1882) em “liberdade científica”, “liberdade de frequência” e “liberdade de ensino”, que iremos discutir mais à frente.

A liberdade de frequência<sup>12</sup>, como o próprio nome já indica, representou uma verdadeira transformação no seio das instituições. Se até então os alunos dos cursos jurídicos podiam faltar até 39 vezes no ano, agora não mais se controlaria a presença, de modo que os matriculados não precisariam mais frequentar as aulas. Assim, se quisessem, poderiam estudar por conta própria e somente aparecer na época dos exames.

Por fim, a liberdade de criação de novos estabelecimentos de ensino<sup>13</sup> previa que o qualquer particular poderia fundar uma instituição de Instrução Pública, desde que respeitados alguns requisitos. Era um ataque direto ao ensino dito “oficial”, isto é, controlado diretamente pelo Estado – como era o caso das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife – e uma abertura para a criação de Faculdades Livres.

No que concerne aos cursos jurídicos, além da instituição do ensino livre, algumas mudanças também se fizeram presentes. A mais importante era a divisão do curso em dois – um de ciências jurídicas e outro de ciências sociais, cada qual com seu currículo próprio<sup>14</sup>. Tal medida, que já vinha sendo requisitada<sup>15</sup>, serviria para aprofundar ainda mais o caráter prático-profissional dos cursos – de um lado, o curso jurídico habilitaria para a carreira de advogado e magistrado (art. 23, § 9º) e, de outro, o curso de ciências sociais habilitaria, independentemente de exame, para os lugares de Advogados de Legações e os de Praticantes e Amanuenses das Secretarias de Estado e mais Repartições Públicas (art. 23, § 8º). Outra medida simbólica era a abolição da exigência de exame de direito eclesiástico para os acatólicos (art. 23, § 6º), uma demanda de parte da elite imperial, abertamente anti-clerical.

A recepção da reforma, contudo, não foi nada positiva. Já em 26 de abril de 1879 o senador Junqueira atacou as medidas propostas pelo decreto e assim também o fez o deputado Joaquim Nabuco em 15 de maio (ALMEIDA JUNIOR, 1956, p. 89-93). Respondendo a este último, dizia Leôncio de Carvalho: “Se por uma hipótese gratuita eu tivesse de deixar de pronto o governo pela repulsa do decreto, cairia de pé, com a frente erguida, servindo-me de mortalha a liberdade de ensino!” (ALMEIDA JUNIOR, 1956, p. 59).

Frente à forte oposição e em meio a acusações de inconstitucionalidade da reforma<sup>16</sup>, a maioria das medidas nela previstas não saiu do papel. Em 21 de maio, pouco mais de um mês após a promulgação do decreto, um aviso mandava por em execução nas Faculdades de Direito poucas disposições da reforma<sup>17</sup> – a bipartição do curso jurídico, por exemplo, apenas foi colocada em

---

<sup>12</sup> Art. 20, § 6º: “Não serão marcadas faltas aos alunos nem serão eles chamados a lições e sabatinas”. Na opinião de Almeida Junior (1956, p. 88), esse era o princípio vital da reforma de 1879.

<sup>13</sup> Art. 21, *caput*: “É permitida a associação de particulares para a fundação de cursos onde se ensinem as matérias que constituem o programa de qualquer curso oficial de ensino superior”.

<sup>14</sup> De acordo com o art. 22, §§ 1º e 2º, a seção das ciências jurídicas compreenderia o ensino das seguintes matérias: Direito natural, Direito romano, Direito constitucional, Direito eclesiástico, Direito civil, Direito criminal, Medicina legal, Direito comercial, Teoria do processo criminal, civil e comercial e uma aula prática do mesmo processo; a seção das ciências sociais compreenderia o ensino das seguintes matérias: Direito natural, Direito público universal, Direito constitucional, Direito eclesiástico, Direito das gentes, Diplomacia e história dos tratados, Direito administrativo, Ciência da administração e higiene pública, Economia política e Ciência das finanças e contabilidade do Estado.

<sup>15</sup> Em São Paulo, Ernesto Ferreira França (1867, p. 7) era favorável à liberdade de ensino; em Recife, Aprígio Guimarães (1860, p. 17). No âmbito legislativo, também foram apresentados projetos e substitutivos que faziam coro à ideia do ensino livre, como os apresentados por Tavares Bastos (em 1864 e que permitia exames sem frequência), por Paulino de Souza (em 1870) e por Cunha Leitão (em 1873, reapresentado pela CIP em 1877) (ALMEIDA JUNIOR, 1956, pp. 80-84).

<sup>16</sup> A reforma de 1879 baseava-se na autorização legal prevista pelo decreto legislativo nº 714, de 19 de setembro de 1853 que, àquela altura, já caducara, conforme o entendimento da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo (ALMEIDA JUNIOR, 1956, p. 90).

<sup>17</sup> De acordo com a decisão nº 14, de 11 de fevereiro de 1882, as disposições do Aviso de 21 de maio de 1879 eram: (i) liberdade de frequência e abolição das lições e sabatinas (art. 20, § 6º, 1ª parte), (ii) possibilidade de prestar-se novo

prática após a reforma de 1891. As outras medidas que a reforma previa não foram colocadas em prática porque Leôncio de Carvalho foi demitido do cargo de Ministro do Império em maio de 1879<sup>18</sup> e a lei francesa de 1875, que servia como uma espécie de “garantidora” da reforma, foi alterada pela lei de 18 de março de 1880. Dez dias depois, caiu o gabinete Sinimbú e, com ele, a possibilidade de colocar em prática as outras medidas do Decreto nº 7.247.

## OS PARECERES DE RUI BARBOSA DE 1882

### Contexto e linhas gerais

Como o Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879 foi promulgado pelo Poder Executivo, ele dependia da aprovação do Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido na Constituição Imperial de 1824 e no Ato Adicional de 1834. Nesta esteira, em 13 de abril de 1882 a Comissão de Instrução Pública (CIP) da Câmara dos Deputados, composta por Rui Barbosa (relator), Tomás do Bonfim Spíndola e Ulisses Machado Pereira Vianna, apresentou seu parecer sobre o decreto<sup>19</sup>, bem como um projeto substitutivo ao mesmo. A demora em apresentar tal parecer foi justificada pela discussão da reforma eleitoral em 1880 e pela mudança no pessoal da CIP encarregado do parecer.

O parecer de Rui Barbosa impressionava pelo volume e pela riqueza de detalhes que ele soube imprimir à matéria. Utilizando-se de fontes contemporâneas e estrangeiras, o deputado baiano fazia questão de sempre analisar o estado da arte da Instrução Pública nos países mais “adiantados” para depois discutir propostas a serem implementadas na educação secundária e superior no Brasil.

Nesta esteira, ele inaugurava o trabalho falando sobre a despesa, o que muito nos diz sobre o pensamento da época: educação era uma espécie de “fardo” que deveria adequar-se ao orçamento imperial (e não o contrário). Todavia, escrevendo em uma época em que o cientificismo estava a pleno vapor<sup>20</sup>, Rui e seus contemporâneos viam a educação como verdadeira ferramenta transformadora, contrapondo-se assim à visão de que a instrução não era importante. Por isso, em sua concepção, era preciso investir-se o quanto fosse necessário nas instituições de ensino:

---

exame na época seguinte, caso o estudante não estivesse habilitado para tal (art. 20, § 7º), (iii) concurso para os lugares de lentes catedráticos, possibilitando-se a inscrição de lentes substitutos e de quaisquer bacharéis ou doutores (art. 20, § 19), (iv) provas orais em concursos para substituto e catedrático tomadas por taquigrafia e revistas pela Congregação, sendo o julgamento dos candidatos feito por votação nominal (art. 20, § 20), (v) possibilidade de abertura de cursos livres onde funcionassem as Escolas ou Faculdades do Estado (art. 22), (vi) o estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo seria sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos “povos cultos” (art. 23, § 5º), (vii) proibição da exigência de exame do direito eclesiástico aos acatólicos como requisito para sua colação de grau (art. 23, § 6º) e (ix) a possibilidade do juramento dos graus e funções acadêmicos ser prestado conforme a religião de cada um e, em caso do indivíduo pertencer a alguma seita que o proibisse de prestar tal juramento, a possibilidade de substituir-se pela promessa de bem cumprir os deveres inerentes aos mesmos graus e funções (art. 25).

O Aviso de 31 de janeiro de 1880 permitiu os “exames vagos”, isto é, a possibilidade de serem admitidos a prestar exame, de qualquer número de matérias do respectivo curso, todos aqueles que o requisassem, desde que satisfeitas algumas condições (art. 20, § 1º).

<sup>18</sup> Sobre a queda *sui generis* de Leôncio de Carvalho do Ministério do Império, ver nota 1 em ALMEIDA JUNIOR, 1956, pp. 59-60.

<sup>19</sup> Para mais informações sobre o decreto, ver BARROS, 1986, pp. 369-405.

<sup>20</sup> Segundo Alberto Venancio Filho, “os pareceres de Rui Barbosa espelham com fidelidade esse novo ambiente cultural, onde predomina o primado da ciência, onde se ergue a ciência e o método experimental contra o ensino excessivamente literário e livresco e se evidencia a necessidade de a exequibilidade do ensino positivo e integral desde a escola primária” (VENANCIO FILHO, 2011, p. 155).

A influência da instrução geral sobre os interesses econômicos sobre a situação financeira e, até, em um grau pasmoso, sobre a preponderância internacional e a grandeza militar dos Estados, é, presentemente, uma dessas verdades de evidência excepcional, que a história contemporânea atesta com exemplos admiráveis e terríveis lições (BARBOSA, 1882, pp. 2-3).

O ensino livre, como não poderia deixar de ser, foi logamente discutido no parecer. Rui aceitava-o, mas tinha uma concepção diferente da de Leôncio de Carvalho – a liberdade era necessária, porém, em certos pontos, deveria ter alguns limites. Vejamos como isso se aplicava aos cursos jurídicos, levando-se em conta a divisão prosposta por Rui em “liberdade científica”, “liberdade de frequência” e “liberdade de ensino”<sup>21</sup>.

## **Ensino jurídico**

Dentre os vários assuntos e cursos superiores tratados por Rui Barbosa em seu parecer, ele dedicou três páginas às Faculdades de Direito. Suas discordâncias em relação ao decreto de 1879 diziam respeito, majoritariamente, ao currículo proposto. Ele defendia a supressão das cadeiras de higiene pública, direito eclesiástico e direito natural – no lugar desta última, propunha a inclusão de uma cadeira de sociologia. Além disso, ele entendia que, no curso de ciências sociais, a cadeira de economia política deveria ser dividida em duas – uma de economia política e outra de crédito, moeda e bancos – e que se deveria incluir também uma cadeira de história do direito nacional.

Em relação ao ensino livre, as medidas seriam as seguintes: a liberdade científica, ainda que não expressa no item relativo ao ensino jurídico, deveria ser a mais ampla possível<sup>22</sup>; a liberdade de frequência seria mantida (seriam abolidas as sabatinas semanais), com exceção das cadeiras de praxe (Prática do processo criminal, civil e comercial) e de medicina legal, muito em função do caráter “prático” que ambas possuíam; e, por fim, permitir-se-ia que os professores substitutos oferecessem cursos livres, complementares, ao longo do ano letivo (seria a introdução da livre-docência alemã).

## **DIREITO NATURAL E SOCIOLOGIA**

No tocante ao objeto do presente trabalho, compete agora fazer-se uma análise mais detida sobre as ideias de Rui Barbosa sobre o Direito Natural e a Sociologia presentes em seu parecer. No substitutivo apresentado, a cadeira de direito natural cederia lugar à de sociologia, tanto no curso de ciências jurídicas quanto no de ciências sociais. A razão de ser desta medida era clara: “O pensamento da comissão, em todo o seu trabalho, está em substituir a ideologia, isto é, o culto da abstração, da frase e da hipótese, pelos resultados da investigação experimental, do método científico” (BARBOSA, 1882, p. 27). Tal medida encontrava respaldo também na experiência internacional: a cadeira de direito natural já não existia na França, Bélgica, Holanda e Alemanha – quando muito, assumiam a nomenclatura da “filosofia do direito” ou de “enciclopédia do direito”, mas cuja matéria era diferente.

A visão de Rui Barbosa sobre a prevalência da sociologia sobre o direito natural é clara:

---

<sup>21</sup> O parecer de Rui Barbosa dispunha sobre vários assuntos ligados à Instrução Pública, como taxas de inscrição e propinas para exames, programas, duração do curso e exames, e nomeações, acessos, acumulações, concursos etc. No que aqui nos interessa, iremos nos ater à questão do ensino livre e seus reflexos nos cursos jurídicos.

<sup>22</sup> “O direito de enunciar, e discutir livremente todas as opiniões é inerente à ciência. O Estado não tem competência para definir, ou patrocinar dogmas; e, se a tem, não abra estabelecimentos científicos; porque a existência dessas instituições é incompatível com a de crenças privilegiadas” (BARBOSA, 1882, p. 12).



Como quer que seja, porém, o fim do *direito natural*, que entre nós se entende, e professa, é fixar os direitos e deveres exigíveis, que do estado social presentemente resultam para as criaturas da nossa espécie reunidas em sociedade. Esses deveres e esses direitos têm por delimitação recíproca uma fórmula corrente, tanto menos contestada, quanto se presta a qualquer sentido, e se dobra a todas as teorias: a da *justa eficiência*, isto é, a da ação legítima dos indivíduos, pessoal ou coletivamente considerados, uns para com os outros. Sem o bem entendido respeito dessa lei é impossível a agregação racional e progressista das multidões humanas.

De onde se nos revela, porém, essa lei, essa fórmula civilizadora? Quer o *direito natural* que do seio da *natureza*; mas não da natureza que a ciência estuda com a precisão dos seus cálculos ou os áusteros processos do seu método; sim de uma que a escolástica engenha de ideias *a priori*, e assenta em deduções sutis, eloquentes, mas inverificáveis. Cientificamente, porém, isto é, averiguavelmente, demonstravelmente, a noção dos deveres individuais e sociais, assim como a dos direitos sociais e individuais não se extraem desses puros entes de razão; sim dos dados científicos e mesológicos, das influências do tempo e da seleção dessas leis que só o método histórico, severamente empregado, será capaz de firmar. Esse princípio de progressão social, que Comte enunciou, é a determinante de todos os deveres pelo único meio de aferição de que a ciência dispõe: o da relação visível das coisas; o da observação real dos fatos; o da sucessão natural das causas e efeitos. Eis a base da sociologia; enquanto o direito natural se procura firmar numa *natureza*, que a história não descobre em época nenhuma, em nenhum ajuntamento de criaturas pensantes (BARBOSA, 1882, p. 27, grifos no original).

Deste modo, sua conclusão não poderia deixar de ser diferente:

Ao direito natural, pois, que é a metafísica, antepomos a sociologia, ainda não rigorosamente científica, é certo, na mór parte dos seus resultados, mas científica nos seus processos, nos seus intuitos, na sua influência sobre o desenvolvimento da inteligência humana e a orientação dos estudos superiores (BARBOSA, 1882, p. 27).

Rui Barbosa atacava assim abertamente uma cadeira que existia desde 1827 no Brasil. Tal ataque, todavia, deve ser visto dentro do contexto em que Rui escrevia, isto é, uma época em que dois movimentos ganhavam força no mundo: o positivismo, o cientificismo e o naturalismo jurídico.

A inspiração positivista é clara, principalmente porque o deputado baiano cita Augusto Comte (1798-1857), o fundador deste movimento de ideias que passaria cada vez mais a ganhar espaço na vida intelectual brasileira a partir das décadas de 1870 e 1880 e que, ao ser incorporado nos círculos militares, teria atuação decisiva no movimento que proclamou a República. Ainda, a crença na ciência e em seu poder era um dos pilares do positivismo e a isso Rui parecia filiar-se<sup>23</sup>: “Todo o futuro da nossa espécie, todo o governo das sociedades, toda a prosperidade moral e material das nações dependem da ciência, como a vida do homem depende do ar” (BARBOSA, 1882, p. 9). Além disso, o positivismo era avesso à metafísica, entendida como uma pseudo-ciência e que carecia dos requisitos básicos de “cientificidade”; à isso, respondiam com a sociologia, uma disciplina de cunho científico e decidida a dar respostas objetivas.

Nesta esteira, ganhava força no mundo o movimento anti-jusnaturalista. É de se reconhecer que o jusnaturalismo teve sua importância, pois foi um modelo concebido em fins do século XVII até meados do século XVIII com vistas à fortalecer o Direito enquanto disciplina

---

<sup>23</sup> É preciso advertir que Rui Barbosa não era um positivista, como bem lembra Roque Spencer Maciel de Barros: “Rui não é, evidentemente, um *positivista*, sequer um positivista heterodoxo (...). Mas é inegável que o positivismo é uma das filosofias que mais influem sobre o seu pensamento, servindo-lhe, como a tantos outros ilustrados brasileiros, de instrumento na captação e na ordenação da realidade” (BARROS, 1986, p. 384, grifo no original). Além disso, o autor assinala acertadamente que o positivismo de Rui Barbosa era dividido entre o liberalismo clássico e o cientificismo moderno (BARROS, 1986, p. 385).

universitária<sup>24</sup>, mas que ao final do século XIX dava mostras de seu esgotamento (LOPES, 2014, p. 87-99). Em seu lugar, propunha-se um novo naturalismo, pautado pelo método positivo e que recebia o influxo das doutrinas de Herbert Spencer (1820-1903) (na filosofia) e de Rudolph Ihering (1818-1892), Albert Hemann Post (1839-1895) e Icilio Vanni (1855-1903) (na teoria do direito) (LOPES, 2014, pp. 121-150). O naturalismo jurídico, enquanto reação ao jusnaturalismo e ao conceitualismo, seria a doutrina prevalecente no meio jurídico da Primeira República.

No bojo deste movimento contra o direito natural, Rui Barbosa nos fornece um exemplo claro ao referir-se a uma aula de Direito Romano lecionada por Sá e Benevides em 27 de junho de 1877, quando ele era lente substituto<sup>25</sup> da Faculdade de Direito de São Paulo. Sobre a aula, assim refere-se Rui:

A lição *de direito romano* (!), que aqui se transcreve, é o corpo de delito da falta de seriedade que lavra em grande escala no ensino superior, entre nós. Não qualificamos a *filosofia*, a *ciência* e a *crítica* de que esse documento é revelação. O fim da publicidade que ora se lhe dá, é expor ao país a incrível amostra de um ensino, em que se trata de tudo menos o assunto que corre ao lente o dever de professar. Uma lição de *direito romano*, em que ao direito romano nem remotamente se alude! Este método de ensinar as *Pandectas*, endeusando o *Syllabus*, e caricaturando a ciência moderna, devia vir a lume, para que os bons espíritos toquem a chaga que denunciámos, e contra a qual propomos severas medidas. Fazemos justiça aos lentes de mérito, que as nossas Academias contêm; mas o ensino em geral tem descido de um modo incalculável. Parece impossível baixar mais.

Costumam os estudantes do S. Paulo reproduzir pela litografia as lições professadas ali. É de uma dessas litografias que trasladamos na íntegra esta inimitável lição do *direito romano*.

Note-se que ela é a *trigésima nona* do curso, e que alude a outras nas quais o professor se ocupou tanto das *Institutas*, do *Digesto* e do *Código*, quanto nesta (BARBOSA, 1882, p. 3, no apêndice).

De fato, a aula de Sá e Benevides sequer tange o direito romano; sob o pretexto de desenvolver o conceito de que a justiça seria uma ideia inata e de distinguir-se o direito positivo do direito natural<sup>26</sup>, o lente faz uma grande digressão sobre as escolas filosóficas então em voga, advogando pela doutrina católica – “Eu não pertenço a nenhuma destas escolas, pertenço à filosofia dos padres da Igreja” (BARBOSA, 1882, p. 3, no apêndice). Nesta ordem de ideias, ele atacava diversas correntes de pensamento – sendo que o positivismo não ficou de fora<sup>27</sup> – e

---

<sup>24</sup> “A cientificidade do direito – da disciplina das normas de vida social mais elementares – foi garantida nesta tradição pelo caráter evidente e necessário da vida social sob formas regradas. Com o tempo, o ensino do direito natural tornou-se a disciplina propedêutica mais importante no curso de leis. (...) Foi ela quem garantiu a sobrevivência do direito no ambiente universitário ilustrado e reformado. Em toda parte na Europa durante o século XVIII as reformas universitárias introduziram esse ensino, como Portugal, Itália, Espanha, etc.” (LOPES, 2014, p. 97)

<sup>25</sup> Sá e Benevides foi lente substituto entre 1865 e 31 de julho de 1877, quando tornou-se lente catedrático da 1ª cadeira do 1º ano (Direito Natural, Direito Público Universal, Análise da Constituição do Império e Direito das Gentes e Diplomacia). Ele permaneceu na cadeira até 1890, quando se aposentou (VAMPRÉ, 1924, v. 2, pp. 210-218). Na ocasião da aula de Direito Romano, ele substituíu Manuel Antônio Duarte de Azevedo, que foi lente catedrático de Direito Romano (2ª cadeira do 1º ano) entre 1871 e 1881, quando se aposentou; em 1877, ele estava ausente da Faculdade por achar-se em Comissão do Governo Imperial, conforme atesta a memória histórica do ano (CAMARGO, 1878, p. 7).

<sup>26</sup> Ele referia-se ao § 19 do compêndio de L. A. Warnkoenig (1860), então adotado como o compêndio da cátedra de direito romano.

<sup>27</sup> “Positivismo é uma destas cousas que andam por aí espantando a todo mundo; positivismo não tem nada de novo, nada absolutamente senão o nome, não é senão o pedantismo da forma e audácia das conclusões; mas, no fundo, positivismo é, afinal de contas, Bacon, é, afinal de contas, Aristóteles com uma variante” (BARBOSA, 1882, p. 4, no apêndice).

concepções da época, como o evolucionismo de Darwin. Ao publicizar a lição<sup>28</sup>, o objetivo de Rui Barbosa era, por um lado, expor o péssimo nível do ensino e, por outro, mostrar as doutrinas professadas em sala de aula (que, neste caso, iam na contramão das tendências da época) e como elas eram descoladas da realidade.

## CONCLUSÃO: UM PRECURSOR DA SOCIOLOGIA JURÍDICA?

Ao defender a substituição da cadeira de direito natural pela de sociologia nos cursos jurídicos, Rui Barbosa estava dialogando com as correntes de pensamento em voga à época, em especial o positivismo, o cientificismo e o incipiente naturalismo jurídico. Deste modo, o deputado baiano atacava a tradição jusnaturalista que dominava as Faculdades de Direito desde sua criação em 1827 e representavam uma tendência metafísica que já não era capaz enfrentar os novos problemas que surgiam no último quartel do século XIX. Em sua visão, era preferível o método científico da sociologia do que o culto da abstração do direito natural.

Nesta esteira, é incorreto ver na iniciativa de Rui o nascimento da sociologia jurídica no Brasil. A inclinação de Rui pela sociologia era antes uma reação às demandas de seu tempo e em nada se relaciona à disciplina que surgiu na década de 1960, cujo objetivo era o de lançar um olhar crítico ao ensino jurídico, cujas bases já se encontravam na famosa aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito proferida por San Tiago Dantas em 1955 intitulada “*A educação jurídica e a crise brasileira*” (SAN TIAGO DANTAS, 2010, pp. 9-37).

Deste modo, é possível nos contrapor à afirmação de Luciano Oliveira de que falar de Rui Barbosa como o pioneiro da sociologia jurídica no Brasil parece um ponto de partida necessário em vários livros e manuais que se dedicam à disciplina no Brasil (OLIVEIRA, 2015, p. 9). Em nossa visão, este seria antes mais um dos “mitos fundadores” que se propagam no meio acadêmico, pois a sociologia de Rui Barbosa pouco ou nada tem em relação à sociologia jurídica que vem sendo praticada no Brasil desde a segunda metade do século XX.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. 2a ed. rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

ALMEIDA JUNIOR, Antônio Figueira de. **Problemas do ensino superior**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **A ilustração brasileira e a ideia de universidade**. São Paulo: Convívio/Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BARBOSA, Rui. **Reforma do ensino secundário e superior**: parecer e projecto (relativo ao decreto n. 7247 de 19 de abril de 1879) apresentado em sessão de 13 de abril de 1882. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242371>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. **Criação dos cursos jurídicos no Brasil**. Câmara dos Deputados. Brasília/Rio de Janeiro: Centro de Documentação e Informação/ Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BRASIL. DECRETO de 9 de janeiro de 1825. Crêa provisoriamente um Curso Juridico nesta Corte. **Colecção de Decretos, Cartas Imperiaes e Alvarás do Imperio do Brazil de 1825**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 4.

---

<sup>28</sup> Sobre a reação de Sá e Benevides ao ataque feito por Rui Barbosa, ver BARROS, 1986, p. 329, nota 75.

BRASIL. LEI de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827**. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1827, p. 5.

BRASIL. DECRETO de 7 de novembro de 1831. Approva provisoriamente os novos estatutos para os Cursos de Sciencias Juridicas e Sociaes do Imperio. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831**. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875, p. 185.

BRASIL .DECRETO nº 714, de 19 de setembro de 1853. Autorisa o Governo a realizar o aumento da despeza que for necessaria para a execução provisoria dos novos Estatutos das Faculdades de Direito e de Medicina, publicados com os Decretos N<sup>os</sup> 1.134 e 1.169 de 30 de Março e 7 de Maio deste anno. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1853**. Tomo 14, Parte 1ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1853, p. 61.

BRASIL. DECRETO nº 1.386, de 28 de abril de 1854. Dá novos Estatutos aos Cursos Juridicos. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1854**. Tomo 17, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1854, p. 169.

BRASIL. DECRETO nº 3.454, de 26 de abril de 1865. Dá novos Estatutos ás Faculdades de Direito do Imperio. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1865**. Tomo 28, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865, p. 169.

BRASIL. DECRETO nº 7.247, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1879**. Tomo 42, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1880, p. 196.

BRASIL. DECISÃO nº 14, de 11 de fevereiro de 1882. Contém informações sobre os actos expedidos ou para a execução de diversas disposições do Decreto n. 7247 de 19 de Abril de 1879, ou fixando a sua intelligência. **Colecção das Decisões do Governo de Imperio do Brazil de 1882**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, Aditamento, p. 18.

BRASIL. DECRETO nº 9.360, de 17 de janeiro de 1885. Dá novos Estatutos ás Faculdades de Direito. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885**. Tomo 48, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1886, p. 26.

BRASIL. DECRETO nº 9.522, de 28 de janeiro de 1885. Suspende a execução dos Estatutos das Faculdades de Direito mandados observar pelo Decreto nº 9360 de 17 de janeiro do corrente anno. **Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885**. Tomo 48, Parte 2ª. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1886, p. 755.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Memoria historica academica de 1877**. [S. l.], [s. n.], 1878.

CARVALHO, Carlos Leoncio da Silva. **Memoria historica do anno de 1871 pelo Dr. Carlos Leoncio da Silva Carvalho, lente substituto**. S. Paulo: [s. n.], 1872.

FRANÇA, Ernesto Ferreira. **Memoria historica da Faculdade de Direito de S. Paulo do anno de 1866 redigida pelo Dr. Ernesto Ferreira França**. [S. l.], [s. n.], 1867.

FRANÇA. LOI du 12 juillet 1875 relative à la liberté de l'enseignement supérieur. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070889&dateTexte=20000621>. Acesso em: 15 ago. 2019.

FRANÇA. LOI du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur. Disponível em: <http://www.senat.fr/evenement/archives/D42/mars1880.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

GUIMARÃES, Aprigio Justiniano da Silva. **Memoria-Historica apresentada na primeira sessão do anno de 1860 à Faculdade de Direito do Recife na fórmula do artigo 164 dos estatutos pelo doutor Aprigio Justiniano da Silva Guimarães**. Recife: Typographia Universal, 1860.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO JÚNIOR, Armando Marcondes. **Cátedras e catedráticos**: Curso de Bacharelado Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – 1827-2009. São Paulo: MAGEART, 2010.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **História das idéias jurídicas no Brasil**. S. Paulo: Editorial Grijalbo, 1969.

OLIVEIRA, Luciano. **Manual de Sociologia Jurídica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

ROMERO, Silvio (org.). Explicações indispensáveis. In: **Tobias Barreto**: varios escritos. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900. pp. IX-LIII.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. A educação jurídica e a crise brasileira. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010. **Cadernos FGV Direito Rio**. Educação e direito. v. 3. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10400/Cadernos%20FGV%20Direito%20Rio%20-%20V.%203.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 jul. 2019.

VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a História da Academia de São Paulo**. v. 2. São Paulo: Saraiva & Cia, 1924.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2011.

WARNKOENIG, L. A. **Institutiones iuris romani privati, in usum praelectionum academicarum vulgate cum introductione in universam iurisprudentiam et in studium iuris romani**. Bonnae: Sumptibus Adolphi Marci, 1860.

# A SOLIDARIEDADE NOS CRIMES CONTRA “BANDIDOS”: UMA EXPLORAÇÃO DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DA TEORIA DE ÉMILE DURKHEIM

Lara Maria Alves Falcão

Mestranda em Sociologia (PPGS/UFPE). Advogada.

## INTRODUÇÃO

Este artigo explora limites e possibilidades do quadro teórico de Émile Durkheim, a partir da obra “A Divisão do Trabalho Social” para tematizar o contexto brasileiro de considerável aprovação à prática de crimes contra um tipo social identificado como “bandido”. Essa categoria, construída após um processo de sujeição criminal (MISSE, 2008, 2010), é operacionalizada diante da preocupação coletiva com o controle do crime violento ao nível das rotinas cotidianas (SILVA, 2015). O resultado é um sentido de legitimidade relativa dos crimes cometidos contra tal tipo social, constituindo um fenômeno estudado nos campos do Direito, Sociologia e Antropologia. Diante disso, o problema que se coloca é o seguinte: como explicar o apoio relevante à prática de crimes contra “bandidos”, se tais crimes também violariam crenças e sentimentos fortemente localizados no que Durkheim chamou de “consciência coletiva”?

Segundo José Albertino Rodrigues (1990: p.28), a preocupação sociológica fundamental de Durkheim foi a manutenção da ordem social. Afinal, é significativo que o autor considerado fundador da Sociologia enquanto ciência tenha escrito em um contexto histórico de crise de uma moral não-secular. Fundada nesses termos por um francês republicano, a Sociologia aparece como uma possibilidade científica de edificação da boa sociedade. Caberia a ela revelar “a força integradora adequada de uma ordem social secularizada, mas moral” (TIRYAKIAN, 1980, p. 257).

É sob esse pano de fundo que temas como coerção, solidariedade, autoridade, rituais e representações coletivas irão se tornar objeto do olhar de nosso autor. A consciência coletiva, ao lado das representações coletivas, ocupa em seu quadro teórico o lugar de um elemento da “fisiologia social” – essa, atenta às manifestações vitais das sociedades, às “normas impessoais do pensamento e da ação [...] que constituem o fenômeno sociológico por excelência e [...] exprimem a maneira como se manifestam a inteligência e vontade coletivas” (DURKHEIM apud ALBERTINO, 1990, p. 32). A religião, as ideias morais, os costumes, as instituições jurídicas, a economia, a língua, a estética, seriam todos assuntos da fisiologia social.

Nesse cenário, o crime assume um papel relevante. Durkheim atribui a ele uma função simbólica (CONSTANTINI, 2012) para a manutenção da ordem social: na medida em que implica a pena, o crime seria capaz de reunir a sociedade, isto é, torná-la coesa e solidária, *mecanicamente solidária*, pois a pena reforçaria aqueles sentimentos e crenças compartilhados que o crime violou. Haveria semelhanças, portanto, entre a pena e o ritual, designadas pelo próprio Durkheim quando afirma que o direito penal teria origens não numa vingança privada, mas nas proibições, coerções, sacrifícios e oferendas de um direito religioso cujo caráter seria essencialmente social (DURKHEIM, 1999, p. 63).

A pergunta que move este trabalho parte da indagação acerca da possibilidade de interpretar o fenômeno colocado - o contexto brasileiro de apoio popular a crimes cometidos contra um tipo social identificado como “bandido” – sob o prisma da teoria de Durkheim sobre a produção de solidariedade via pena e ritual religioso. Esse fenômeno, por sua vez, integra o processo histórico chamado por Constantini de “giro punitivo”:

Giro que ha tenido lugar, a partir de la década de 1970, en casi todos los países europeos y americanos, y que puede describirse como el crecimiento generalizado de las políticas penales basadas en estrategias excluyentes y estigmatizantes; en el cambio en la sensibilidad de los públicos; en la multiplicación de los estereotipos de alteridad radical *mass*-mediáticamente producidos; en la emergencia de los movimientos sociales y políticos ligados a la consigna de cero tolerancia al delito; en la formación de grupos de vigilancia vecinal con prácticas linchadoras. (CONSTANTINI, 2012, p. 115)

Desta feita, os dois primeiros tópicos do artigo se dedicam a traçar um paralelo entre o ritual religioso e a pena, a partir da leitura que Anne Rawls realiza sobre a epistemologia de Durkheim. Em seguida, tentaremos pensar sobre o problema escolhido, tendo como foco especificamente um contexto brasileiro de aprovação popular ao cometimento de crimes contra um tipo social identificado como “bandido” (MISSE, 2008, 2010).

No tópico “encontrando limites”, destacamos quatro limitações da teoria de Durkheim ao enfoque do fenômeno proposto: 1) o deslocamento, para o campo do patológico, da inobservância dos estados fortes e definidos da consciência coletiva; 2) o pressuposto de que o Direito seria o único fato externo capaz de simbolizar vínculos de solidariedade social relevantes; 3) a desconsideração da existência de solidariedades grupais; 4) a caracterização da dicotomia “sagrado *versus* profano” como exaustiva e mutuamente excludente.

Não obstante, observamos que limites em seu quadro teórico não impedem que ele contribua, após a incorporação de ajustes sugeridos pela literatura especializada, para a problematização do tema. Ao incorporar a crítica à visão durkheimniana da sociedade como um “todo único” e a flexibilidade situacional da categoria do “sagrado”, tecemos, no tópico “arejando possibilidades”, algumas considerações acerca da contradição aparente inicial. Levantamos a possibilidade de que o apoio à prática de crimes contra *determinado tipo social* possa coexistir – em “dissociação pragmática” - com a crença de que a vida e a integridade física, de uma forma abstrata, devem ser respeitadas. Consideramos que essa possibilidade é razoável, inclusive, porque a gravidade de supostos crimes e a necessidade de “punir” aqueles que os teriam praticado é frequentemente reivindicada como justificativa para o apoio dos crimes contra “bandidos”.

Em seguida, utilizando a leitura – inicialmente apresentada - feita por Anne Rawls sobre a epistemologia de Durkheim, apontamos que a teoria do autor sobre as funções do ritual religioso poderia ser empregada para pensar sobre a produção de uma solidariedade grupal *através* do apoio compartilhado aos crimes contra “bandidos”. Propomos que tal compartilhamento produz uma solidariedade contínua e significativa, ainda que à revelia do Direito. Compartilhar o apoio a tais crimes como forma de reparar uma violência a valores contextualmente sagrados seria uma maneira de grupos sociais reafirmarem tais valores, criarem sentido de pertencimento e se diferenciarem de outros grupos sociais. O apoio aos crimes contra “bandidos” estaria, assim, no centro de uma solidariedade grupal excludente.

Possuindo caráter exploratório, o presente artigo objetiva contribuir para a investigação dos limites e possibilidades do uso de um autor clássico da Sociologia para a compreensão de um fenômeno relacionado ao Direito. Admitir a possibilidade de que o Direito não possua o monopólio de simbolização da solidariedade social relevante pode constituir um passo importante para compreender um fenômeno que utiliza uma relação dúbia com o ordenamento jurídico (reivindica violá-lo “para punir” quem supostamente o violou) como justificativa moral.

## FUNÇÕES DO RITUAL RELIGIOSO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE ANNE RAWLS

Em uma interpretação original de Durkheim, Anne Rawls (1996) irá ressaltar justamente a relevância do ritual, enquanto prática social performada, para a construção do que seria o “argumento epistemológico”<sup>1</sup> do sociólogo francês. Esse argumento, desenvolvido pelo autor nos capítulos centrais do livro “Formas elementares da vida religiosa”, sustenta que ao participar de rituais religiosos os membros de um grupo acessariam uma percepção interna, emocional e imediata de forças morais (sociais), o que lhes permitiria desenvolver as categorias básicas de pensamento<sup>2</sup>.

No artigo aqui discutido, Rawls se centra na argumentação Durkheimniana sobre duas das categorias de pensamento: a causalidade e a classificação. Um acompanhamento breve dessa argumentação pode nos ajudar na etapa exploratória posterior. Durkheim argumenta que a categoria de “causalidade” teria sido gerada pelos rituais totêmicos de repetição. Tais rituais consistem em momentos coletivos em que vários membros do totem imitam o animal ou coisa que ele representa, acreditando que imitar esse símbolo totêmico possui o condão de fazê-lo se reproduzir. Contudo, a categoria de causalidade seria transmitida menos pelo que os membros do grupo *acreditam* ser a finalidade do ritual e mais por uma sua *finalidade tácita*. Finalidade esta que consistiria, por sua vez, justamente em provocar nos membros do grupo a sensação de união e de compartilhamento de valores, de empatia, de afirmação de todos como membros daquele totem. Isso seria feito através da simbologia de estarem mutuamente representando (e, ao representar, recriando) o símbolo do totem uns para os outros.

Dessa forma, o que o ritual causa não é o fenômeno nele representado, mas a reprodução (refundação) da energia moral do grupo (no exemplo estudado por Durkheim, do grupo totêmico). Nesse sentido, ele é verdadeiramente eficaz porque os membros do grupo saem dele com a sensação de bem-estar e união apuradas. Não se trata, entretanto, de uma sensação individual, mas de uma sensação que é compartilhada por todos, na medida em que todos colaboraram na construção do ritual. O ritual de repetição criaria a noção de causalidade porque *ele é a causa* de um sentimento de força moral sentido emocional e imediatamente pelos membros que dele participaram.

A categoria da “classificação”, por sua vez, seria apreendida através de rituais em que as relações binárias de sagrado *versus* profano, totem *versus* não-totem são reproduzidas (criadas). Para Durkheim, é em razão de estarem socialmente organizados de forma classificatória (ex.: classificados entre pessoas que fazem parte de um totem e pessoas que não fazem) que os humanos seriam capazes de classificar outros objetos. Seria a partir da experiência social do totem *versus* não totem, do sagrado (ex.: objeto totêmico) *versus* profano que teria surgido a classificação binária inicial, mãe de todas as outras. Portanto, é ao se perceberem da mesma hierarquia que os seus iguais que compartilhem o ritual social com eles que os membros de um grupo sentem a força moral que gera a ideia de classificação.

---

<sup>1</sup> Ao pensar sobre o ritual como um meio de produção das categorias essenciais do pensamento, Durkheim teria, de acordo com Rawls, proposto uma epistemologia socioempirista. Haveria, assim, uma grande *misunderstanding* da literatura especializada, tanto na classificação de Durkheim como um autor idealista (equivoco gerado pelo foco em sua sociologia do conhecimento em detrimento de sua epistemologia), como na “gambiarra” Parsonianana que, tentando salvar o autor da alcunha de idealista, cria a tese dos dois Durkheims: um idealista e um positivista funcionalista – salvando-se apenas, segundo tal tese, este segundo. Rawls defende que o que é normalmente tido como uma sociologia da religião ou uma sociologia da cultura focada no totemismo é, na realidade, o *exemplo* que Durkheim escolheu para observar a validade empírica das categorias de pensamento em determinado contexto social e construir, assim, um argumento epistemológico.

<sup>2</sup> Em Durkheim, essas categorias são: tempo, espaço, força, classificação, causalidade e totalidade.



Rawls defende que essas construções consistem em argumento epistemológico sofisticado, no sentido clássico de epistemologia - visto que Durkheim tanto demonstra a relação entre a realidade externa e as ideias e percepções, como atesta a validade empírica daquelas ideias/percepções relativamente ao contexto social que as gerou. Mas qual seria a relação desses rituais sociais performados com o problema que pretendemos tematizar?

## ALGUNS PARALELOS ENTRE O RITUAL RELIGIOSO E A PENA

No fechamento do artigo aqui analisado, Anne Rawls sugere que os estudos modernos acerca dos rituais poderiam aproveitar bastante da visão epistemológica e teórica de Durkheim. Um problema que ela propõe é pensar *o que substitui os rituais religiosos na sociedade moderna*. É sondando a possibilidade de que a pena preencha algumas dessas funções rituais que arriscaremos os parágrafos a seguir.

Como vimos, o caráter emocional da percepção engendrado pelo ritual religioso teria importância fundamental no processo de criação das categorias fundamentais do pensamento. Esse mesmo caráter emocional é atribuído à pena em diferentes momentos de “A Divisão do Trabalho Social”. Com efeito, Durkheim a descreve como uma “reação passional” e coletiva (1999, p.68); como uma “reação emocional da comunidade” (1999, p.81) que viria compensar a perda de coesão social provocada pelo crime.

Uma vez que o crime atingiria os estados fortes e definidos da consciência coletiva, uma restituição das coisas ao seu estado anterior não seria uma sanção suficiente. Afirma o autor: “precisamos de uma satisfação mais violenta” (DURKHEIM, 1999, p. 72). Uma vez que os sentimentos e crenças compartilhados estariam intensamente investidos de afetividade, também a reação coletiva à sua violação precisaria ser afetiva (CONSTANTINI, 2012, p. 114). A função da pena (sanção repressiva) seria, concedendo essa satisfação, promover a solidariedade mecânica entre os indivíduos honestos:

Portanto, a solidariedade mecânica reestabeleceria nas consciências individuais justamente aquilo que elas possuem em comum, aquelas crenças e sentimentos compartilhados, fortalecendo assim a consciência coletiva - e por isso tal solidariedade estaria baseada na *semelhança*<sup>3</sup> entre os indivíduos. A consciência comum ou coletiva, por sua vez, seria o “conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade”, “que se encontraria “difusa em toda a extensão da sociedade [...], conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade” (DURKHEIM, 1999, p.50). O efeito de reforço da crença compartilhada só existiria, contudo, pelas “pessoas honestas” (DURKHEIM, 1999, p.82). Isto é, aquelas que *compartilham das crenças e sentimentos coletivos* abalados pelos crimes – pois aonde tais sentimentos não existissem previamente a pena não poderia atuar para reforçá-los.

Algumas similaridades com as funções preenchidas pelos rituais religiosos de que falamos se fazem notar. Primeiro, é também através do impacto emocional coletivo gerado pela violência sobre o criminoso que a pena seria capaz de reestabelecer os sentimentos e crenças violados, gerando solidariedade mecânica. Esse impacto emocional seria necessário, por sua vez, porque os estados fortes da consciência coletiva possuiriam um caráter *sagrado*. Segundo, tal reestabelecimento é sentido não entre todos, mas entre *um grupo*, aquele das *pessoas honestas*,

---

<sup>3</sup> Diferente é o caso da solidariedade orgânica, que supõe o aumento da solidariedade a partir da individuação. Assim, se a solidariedade mecânica se funda numa lógica de “quanto mais parecidos formos, mais coesos estaremos”, a solidariedade orgânica se baseia numa lógica de “quanto mais diferente formos, mais nos complementaremos, mais agiremos melhor em conjunto, mais coesos estaremos porque o fato de sermos diferentes nos faz precisar mais uns dos outros”.

numa espécie de oposição que remete à classificação binária totem *versus* não-totem. É indignando-se com o crime e aliviando-se com a pena que os portadores daquela consciência coletiva podem enxergar-se como iguais, como *igualmente cidadãos de bem* (numa atualização, quiçá, possível para a expressão durkheimniana de “pessoas honestas”), e diferenciar-se daqueles que não o são<sup>4</sup>.

No ponto seguinte, tematizaremos como esse paralelo entre ritual e pena pode ser usado para pensar um contexto brasileiro de aprovação popular do cometimento de crimes contra um tipo social identificado como “bandido”. É importante ressaltar que tal tipo de crime não pode, segundo o léxico durkheimniano, ser chamado de “pena”. Em Durkheim, as características essenciais da pena são as seguintes: tratar-se de uma reação passional proporcional à gravidade do crime e aplicada por um tribunal. Assim, mesmo que as outras características da pena durkheimniana (tratar-se de uma reação passional e ser aplicada proporcionalmente à gravidade do crime) possam, *em tese*, também caracterizar o que estamos chamando de “crimes cometidos contra bandidos”, o tribunal, enquanto “um corpo constituído” (DURKHEIM, 1999, p. 68) através do qual a sociedade aplica suas sanções legais, não é discursivamente reivindicável pelos que apoiam tal prática. Não obstante, feita a ressalva, propomos pensar a possibilidade de que essa “não-pena” também atue na produção de solidariedades.

## PROBLEMATIZAÇÃO

**Como é possível o apoio de parte significativa da população a crimes contra a vida de “bandidos”, se os crimes contra a vida seriam profundamente repudiados por uma consciência coletiva?**

Conforme mencionado na introdução, a problematização sugerida neste artigo parte do pressuposto de que há um apoio relevante, no Brasil, ao cometimento de crimes contra um tipo social identificado como “bandido”. Essa categoria, construída após um processo de sujeição criminal que permite estabelecer sujeitos e grupos sociais cujo próprio caráter e subjetividades são associados ao crime (MISSE, 2008, 2010), é operacionalizada diante de uma preocupação coletiva com o controle do crime violento ao nível das rotinas cotidianas (SILVA, 2014). O resultado seria um sentido de legitimidade relativa dos crimes cometidos contra tal tipo social, em uma “confusão moral de praticar crimes para ‘justificadamente’ punir crimes” (MISSE, 2010, p.19).

A relevância do apoio popular ao cometimento de tal tipo de crime é percebida por diversos pesquisadores. Confirmando quantitativamente essa impressão, Alberto Carlos Almeida divulgou em 2015 uma pesquisa segundo a qual 18% dos brasileiros consideram “sempre certo” a atitude da polícia espancar presos para que confessassem crimes. Outros 18% consideram “certo na maioria das vezes”, enquanto a mesma porcentagem (18%) considera “errado na maioria das vezes”; 46% consideram “sempre errado” a referida conduta policial. Assim, apesar de à primeira vista os números parecerem revelar uma sólida minoria contra a tortura policial, isso significa que 36% da população a apoia e que 54% estaria disposta a apoiá-la dependendo da situação. Outros dados, como o número de linchamentos promovidos pela população, também confluem para apontar a possibilidade desse pressuposto. De acordo com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo, 1.179 linchamentos teriam ocorrido entre 1980 e 2006 no Brasil<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Durkheim parece não explorar a possibilidade de que a solidariedade mecânica gere essa separação social, uma vez que atribui à casos minoritários e patológicos o não compartilhamento dos estados fortes da consciência coletiva. Desenvolveremos essa questão no tópico seguinte.

<sup>5</sup> Dado disponível na entrevista concedida pela pesquisadora Ariadne Natal ao jornal BBC.

Assim, admitindo tal pressuposto, o problema que se coloca é o seguinte: como explicar, a partir da teoria de Durkheim, que se apoie o cometimento de crimes contra “bandidos”, tais como homicídio, tortura, lesão corporal, se o conteúdo de tais crimes também violaria crenças e sentimentos fortemente localizados naquilo que o nosso autor chamou de consciência coletiva?

### **Encontrando limites**

Ao afirmar que o crime protege sentimentos que “são comuns à grande média dos indivíduos da mesma sociedade”, Durkheim adiciona que “pelo menos, isso é verdade no caso do estado normal. Se há adultos que ignoram essas regras fundamentais ou não reconhecem sua autoridade, tal ignorância ou tal indocilidade são sintomas irrefutáveis de perversão patológica” (1999, p. 44).

O mesmo raciocínio parece estar presente no primeiro capítulo de ‘A Divisão do Trabalho Social’, quando o autor reflete sobre a relação entre o Direito e os costumes. Após afirmar que “a vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção” (DURKHEIM, 1999, p.32), defendendo portanto a prevalência do Direito sobre os costumes, Durkheim antecipa algumas críticas que lhe poderiam ser dirigidas em razão dessa posição. Uma delas nos interessa especialmente: é a crítica segundo a qual acontece, com frequência, de os costumes não estarem de acordo com o Direito. A resposta do sociólogo a essa ponderação é a seguinte:

Mas essa oposição só se produz em circunstâncias totalmente excepcionais. Para isso é preciso que o direito não corresponda mais ao presente estado da sociedade e que, não obstante, ele se mantenha, sem razão de ser, pela força do hábito. Com efeito, nesse caso, as novas relações que se estabelecem apesar dele não deixam de se organizar, pois elas não podem mesmo durar sem procurar se consolidar. Mas como se acham em conflito com o antigo direito que persiste, elas não superam o estágio dos costumes e não conseguem penetrar na vida jurídica propriamente dita. É assim que o antagonismo irrompe. Mas ele só pode se produzir nos casos raros e patológicos, que não podem durar sem perigo. Normalmente, os costumes não se opõem ao direito, mas, ao contrário, são sua base. Às vezes acontece, é verdade, que, sobre essa base, nada se eleva. Pode haver relações sociais que não comportam mais que essa regulamentação difusa originária dos costumes; mas é porque carecem de importância e de continuidade, salvo, é claro, os casos anormais que acabamos de mencionar. Portanto, se pode haver tipos de solidariedade social que tão-somente os costumes manifestam, esses tipos são bastante secundários; ao contrário, o direito reproduz todos os que são essenciais, e são eles os únicos que precisamos conhecer. (DURKHEIM, 1999, p. 32-33)

A primeira parte de sua resposta fala sobre um momento em que os costumes tomam a dianteira em relação a um direito que “não corresponde mais ao presente estado da sociedade” e que “se mantém pela força do hábito”. Ralf Dahrendorf, no livro “Law and Order”, também fala dessas situações, características de um processo de mudança de valores o qual tende a promover, no futuro, um ajuste de normas - sem que isso signifique um processo de decomposição social (DAHRENDORF, 1985, p. 28-30). Tal foi o caso, por exemplo, da legalização da homossexualidade, do aborto e do consumo de drogas em alguns países. Dessa maneira, o que parece é que Durkheim não tematiza, propriamente, a possibilidade de que haja relações sociais presentes em uma sociedade, com importância e continuidade, que contrariem a lei e sem que isso constitua um processo de mudança de valores em relação ao qual o Direito está apenas atrasado. Essa possibilidade é deslocada, em seu argumento, para o campo do patológico (uma “perversão patológica” de alguns adultos).

Com efeito, a dicotomia normal *versus* patológico é uma característica da obra Durkheimiana. Como afirma Steven Lukes (2009), nosso autor diferenciava normal de patológico pela generalidade com que os fenômenos eram encontrados em sociedades em estados semelhantes de desenvolvimento. Assim, se determinado fenômeno era geralmente encontrado e visto, ele era normal. O patológico, por outro lado, era o excepcional. Tal dicotomia só poderia ser verificada, no entanto, em sociedades que não estivessem passando por momentos de transição, por crises (o que remete a outra dicotomia do pensamento de Durkheim: sociedades estabilizadas *versus* sociedades em transição). Ora, inclusive a partir *dessa definição de patológico* é difícil conceber que ela encerre uma solução para o problema aqui proposto. Como afirmar que carece de generalidade um apoio à tortura de ‘bandidos’ vocalizado por 36% da população brasileira?

Segundo Lukes, o conceito de patológico permitiria ainda uma espécie de “manipulação da realidade”. Ele argumenta que, ainda que Durkheim observasse determinados traços gerais (frequentes) nas sociedades que analisava, ele os reputava como patológicos porque os relacionava não a sociedade presente que existia, mas a uma “futura sociedade integrada latente no presente” (LUKES, 2009, p.46):

Esse pressuposto fechou os olhos de Durkheim para a possibilidade de alternativas históricas reais em qualquer estágio de desenvolvimento e levou-o a encarar a política como análoga à medicina – uma questão de *‘trabalhar com contínua perseverança para manter o estado normal ou restabelecê-lo se for ameaçado, e redescobrir se suas condições mudam’* [...]. Qualquer sociedade real era subdividida em: 1) seu estado normal ou idealmente integrado; e 2) as condições patológicas desviadas desse estado. Como resultado, ele tendia a idealizar as sociedades que considerava integradas, ignorando as tensões e conflitos dentro delas, ao mesmo tempo em que via as realidades de sua própria sociedade somente como desvios patológicos de seu futuro estado normal, idealmente integrado. (LUKES, 2009, p. 46).

Essa teria sido, por exemplo, a argumentação que Durkheim usou para considerar que a solidariedade orgânica era normal e a anomia era patológica na sociedade industrial do século XIX em que viveu. Talvez *dessa forma*, olhando para uma suposta “futura sociedade integrada”, fosse possível afirmar que o apoio popular à crimes contra bandidos no Brasil é patológico. Não fica claro, no entanto, se seguir a lógica argumentativa de Durkheim nesse ponto constitui um avanço para a observação da realidade empírica.

Um outro entrave que se coloca para aplicarmos a teoria de Durkheim ao nosso problema é o de que, para o autor, o único fato externo capaz de representar um vínculo de solidariedade significativo é o Direito. É a partir desse pressuposto, desenvolvido no primeiro capítulo de “A Divisão do Trabalho Social”, que o sociólogo classifica o Direito em repressivo ou restitutivo de acordo com a sanção que promova; e atribui à cada tipo de sanção a função de fato externo de um vínculo de solidariedade que, sendo moral, é em si inobservável.

Com efeito, a afirmação reproduzida anteriormente de que os tipos de solidariedade que possam decorrer apenas dos costumes seriam “bastante secundários” e que o direito reproduziria todos os tipos de solidariedade essenciais que precisaríamos conhecer não parece ajudar na tematização do nosso problema. Tal afirmação parece representar, inclusive, um “argumento por eliminação” observável, segundo Lukes (2009, p. 48-49), com alguma frequência na obra de Durkheim<sup>6</sup>. Esse argumento consiste em eliminar todas as explicações alternativas de um fenômeno de forma a conferir autoridade apenas a explicação que resta, a qual coincide com a

---

<sup>6</sup> À título de exemplo, Lukes cita a estratégia do autor em “O Suicídio”. Nessa obra, Durkheim preferiu eliminar para outro nível de realidade as alternativas explicativas psicológicas para o suicídio, em lugar de considerar sua interação com as alternativas explicativas sociológicas – o que poderia promover uma abordagem mais complexa, porque multicausal, do fenômeno estudado.

hipótese que se quer defender. Como consequência, tem-se a eliminação desnecessária de hipóteses alternativas que poderiam promover um melhor entendimento de um fenômeno multicausal.

Dessa forma, se suspendemos por um instante o pressuposto de que apenas o Direito é capaz de atuar como fato externo de vínculos importantes de solidariedade, conseguiremos imaginar que há, entre aqueles que compartilham do entendimento de que é aceitável cometer crimes contra “bandidos”, também um vínculo de solidariedade que merece ser estudado – e que talvez contribua para elucidar o problema proposto. É com essa intenção que exploraremos, no tópico seguinte, algumas possibilidades que a teoria de Durkheim nos fornece para entender o fenômeno de apoio popular à prática de crimes contra “bandidos”.

### **Arejando possibilidades**

Como vimos, o deslocamento do apoio popular aos crimes contra “bandidos” para o campo do patológico não parece oferecer soluções teóricas para o problema proposto. Como conciliar o apoio a esses crimes com o fato de que tais crimes também violam as crenças e valores (vida, integridade física) sagrados, definidos como estados fortes e precisos da consciência coletiva? Uma saída talvez esteja em admitir a possibilidade de que o apoio popular ao cometimento de crimes contra *aquele tipo social* possa coexistir com a crença e sentimentos de que a vida e a integridade física, de uma forma abstrata, devem ser respeitados. Trata-se de admitir a possibilidade da “dissociação pragmática” – para pegar emprestada a expressão usada pelo sociólogo Florestan Fernandes em “A Revolução Burguesa no Brasil”.

Essa possibilidade se mostre razoável, inclusive, porque *a gravidade dos crimes* (contra a pessoa, como o homicídio, sequestro, estupro, latrocínio, assim como contra o patrimônio) e *a necessidade de ‘punir’ aqueles que os teriam praticado é frequentemente usada como justificativa para o apoio dos crimes contra os “bandidos”*. Nessa construção, a defesa da legitimidade de um crime contra determinada pessoa cuja subjetividade e trajetória é socialmente identificada com a criminalidade poderia existir sem que precisasse revelar que a vida e a integridade física teriam sido abandonadas como crenças e sentimentos de uma consciência coletiva que se realiza no indivíduo.

Mas essa elaboração, apesar de posicionar melhor nossa pergunta, não a responde. Se o respeito à vida continua existindo na consciência coletiva como valor fundamental, como essa ‘dissociação pragmática’ ocorre, tornando possível a defesa do assassinato, do linchamento e da tortura de “bandidos”? Nesse ponto, talvez seja preciso incorporar a seguinte crítica ao quadro teórico de Durkheim:

A ideia de sociedade como um Todo acaba por omitir a existência de indivíduos e grupos não menos reais do que a própria sociedade e com interesses diversos articulados no interior da mesma. São tais indivíduos em grupos que implementarão os rituais punitivos formadores e reforçadores de solidariedade, mas não necessariamente uma solidariedade partilhada da mesma forma por todos, mas diretamente identificados com solidariedades grupais particulares que funcional e normalmente servem para o exercício da dominação de grupos sobre outros e de indivíduos sobre outros. (RATTON, 2005, p.119)

Em sua construção do conceito de consciência coletiva, Durkheim tenderia a ignorar a existência de diferentes grupos sociais, dotados de diferentes crenças e produzindo “solidariedades grupais” diferenciadas – por vezes em dissonância com o Direito. A dicotomia sociedade *versus* indivíduo, muito utilizada por Durkheim, o fez “inclinado a ignorar aspectos da vida social não facilmente assimiláveis ao esquema sociedade-indivíduo, tais como a interação e as

relações entre indivíduos, e as relações entre grupos subsociais e instituições” (LUKES, 2009: p. 52)

Assim, voltando para a nossa questão após incorporar a crítica: se imagino alguns grupos sociais cuja preocupação com o crime cotidiano seja grande o suficiente a ponto de obnubilar o valor da vida *daqueles supostamente responsáveis por lhes impor esse temor cotidiano*, sou mais capaz de entender a “dissociação pragmática” que promovem nesse aspecto. Com efeito, outros grupos sociais podem não se sentir tão atemorizados por essa violência cotidiana, ou dimensioná-la de forma diferente; podem se preocupar mais com valores como direitos humanos, democracia ou considerar que a solução para o problema da violência não passa pelo caminho do cometimento de crimes – concedendo, portanto, maior deferência ao tribunal enquanto corpo apto à imposição da pena propriamente dita.

Quando incorporamos a crítica à visão durkheimniana da “sociedade como um todo”, parece ser possível sustentar que a defesa de alguns crimes não significa que a vida ou a lesão corporal se tornou, para alguns grupos, menos importante enquanto *crença ou sentimento* – até porque, como já apontamos, *é (ao menos discursivamente) também em defesa da vida e da integridade física de uns que eles apoiam a violação da vida de outros*. Mas significa que há particularidades no horizonte axiológico desses grupos que *tornam possível essa dissociação pragmática*, quando em outros grupos ela não ocorre. Para Durkheim, tudo o que há no mundo poderia ser classificado em profano ou sagrado, e nada seria ao mesmo tempo profano e sagrado. Ele propõe que o ato de classificar se baseia em uma dicotomia, portanto, ao mesmo tempo exaustiva e mutuamente excludente. Contudo, a dicotomia não dá conta do real. De tal maneira engessada, a teoria se torna incapaz de lidar, por exemplo, com a realidade em que uma vida pode ser classificada como sagrada *ou não*, de uma forma profundamente dependente do contexto. Nesse sentido, a admissão de flexibilidade situacional à categoria do sagrado pode tornar a teoria de Durkheim mais apta a tematizar o problema que propomos (LUKES, 2009: p.39-44).

É neste ponto em que a exploração que realizamos na primeira seção sobre os rituais religiosos apresenta sua contribuição. Propomos pensar que os crimes contra o tipo social “bandido” teriam o condão de gerar um impacto emocional nos membros de determinados grupos sociais. De uma forma tortuosa, tais crimes atuariam como uma espécie de pena-ritual durkheimniana, promovendo a solidariedade mecânica entre os indivíduos para os quais a prática desse tipo de crime é aceitável. Os linchamentos são um fato perfeito para demonstrar essa correlação entre ritual e “crime contra bandidos”: práticas sociais performadas, eles constituem uma espécie de catarse coletiva nas quais os indivíduos se engajam, adquirindo (construindo) uma percepção interna, imediata e emocional capaz de reafirmar os valores sagrados que a vítima daquele linchamento supostamente violou.

Mas não seria necessário ir até o ponto extremo de se engajar em um linchamento para pensar a produção de solidariedade através dos “crimes contra bandidos”. Em uma pesquisa rápida no site Facebook, buscando por “contra Direitos Humanos”, já é possível achar páginas como a “Direitos humanos para quem merece”<sup>7</sup>, em que mais de 14.000 pessoas trocam interações virtuais compartilhando sentimentos de indignação (em razão do suposto tratamento humanitário conferido à “bandidos”), nostalgia (em relação aos “bons tempos” em que “bandidos” eram tratados “como tal”) e de medo (da violência que restringe suas vidas cotidianas). Uma pesquisa mais detida certamente encontraria outros nichos – isso para ficar no ambiente virtual - em que esses sentimentos são compartilhados.

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://www.facebook.com/Direitos.Humanos.Cacete.>> Acesso em: 20 mai. 2019.

No cotidiano também é possível observar interações que promovem solidariedade (integração, coesão) entre grupos sociais que aprovam os crimes contra “bandidos”. Segundo Caldeira e Holston (1999), desde meados dos anos 1980 o medo da criminalidade tem sido percebido pelos brasileiros como o principal problema de suas cidades. Esse medo gera o que Caldeira chama de “the talk of crime”: a violência e o crime como assuntos sempre disponíveis para entabular conversas cotidianas centradas no compartilhamento de experiências violentas e na circulação de estereótipos. Essas conversas, afirmam a autora, “help to symbolically reorder a world disrupted by experiences of crime” (CALDEIRA; HOLSTON, 1999, p. 698).

Propomos pensar, portanto, que tais interações produzem uma solidariedade contínua e significativa, ainda que à revelia do Direito. Compartilhar o apoio a crimes contra “bandidos” como uma forma de reparar uma violência à valores sagrados seria uma maneira de grupos sociais reafirmarem tais valores, bem como de criarem o sentido de pertencimento e se diferenciarem de outros grupos sociais. O apoio aos crimes contra “bandidos” estaria, assim, no centro de uma solidariedade grupal excludente.

Como isso nos deixa com relação à consciência coletiva de Durkheim? Não se trata de negar crenças basilares cujo compartilhamento se dê em nível mais geral. A vida e a integridade física como um valor estariam nesse campo. Lembremos, afinal, que para 46% da população, segundo a pesquisa de Carlos Alberto de Almeida, a tortura policial ainda é “*sempre errada*”. Contudo, após incorporar a crítica à visão durkheimiana da sociedade como um todo único, bem como após aderir flexibilidade situacional à categoria do “sagrado”, podemos imaginar que essa consciência coletiva possua nuances de grupo a grupo, permitindo que alguns deles relativizem o caráter absoluto da proteção da vida e da integridade física quando houver outra crença ou sentimento que nesse grupo assumam uma proporção maior. Propomos considerar, ainda, que essa “outra crença” pode ser inclusive *a própria vida*, numa composição do tipo “é a nossa vida ou a vida deles”. Nesse sentido, os “crimes contra os bandidos” apareceriam como uma forma tortuosa de ritualização.

La perspectiva durkheimiana, en cambio, nos permite pensar este giro punitivo como un intento de "re-sacralización" del mundo social, de re-producción del orden social a partir de la institución y defensa de un conjunto de valores que se proponen como trascendentes, pero ya no como accidente regresivo sino como un proceso emergente vinculado al modo de constitución propio de las sociedades como sistemas clasificatorios y valorativos -ello explicaría, entre otras cosas, la profundidad de su alcance. Esta perspectiva [...] tiene el mérito de poner en primer plano la irreductibilidad de las emociones y las creencias colectivas y de su rol esencial en la producción y reproducción de lo social organizado, tanto como en su transformación. Y lleva, por lo mismo, a considerar la cuestión criminal -es decir, la cuestión de los valores trascendentes, la transgresión criminal y el castigo ritual-como el espacio donde se pone en juego nada menos que la configuración global de la sociedad y sus sujetos. Posibilita, finalmente, un análisis sociológico atento a los componentes afectivos, expresivos y valorativos que dicha cuestión comporta, y permite postular que no son erradicables. (CONSTANTINI, 2012, p.137).

Entender como composições desse tipo podem ser construídas ou o processo segundo o qual uma crença assume proporção considerável para determinado grupo em detrimento de outras, no entanto, é tarefa que transborda a missão exploratória a que nos propusemos aqui.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos o artigo apontando a centralidade da pena no quadro teórico de Durkheim, como elemento importante para a coesão social. Em seguida, acompanhamos o argumento desse autor

sobre os rituais religiosos e sua potência para a produção das categorias fundamentais de pensamento, com base na leitura feita por Anne Rawls. Sustentamos a possibilidade de que a pena cumprisse funções semelhantes às desses rituais religiosos, tendo em vista, inclusive, a origem religiosa do Direito Penal para Durkheim - ressaltando que a pena durkheimniana e os “crimes contra bandidos” diferem, no mínimo, porque estes últimos não são aplicados por um tribunal. No último tópico, propusemos com mais clareza o problema que pretendíamos abordar: a aparente contradição entre o apoio a crimes contra o tipo social “bandidos” e o fato de que tais crimes também violam estados fortes e definidos da consciência coletiva durkheimniana.

A partir da colocação do problema, apontamos alguns limites que a teoria de Durkheim apresentava para tematizá-lo. Destacamos, nesse sentido, o seu pressuposto de que todos os vínculos de solidariedade importantes e contínuos poderiam ser estudados a partir da observação do fato externo “Direito”, o que parece não se verificar no nosso problema. Argumentamos que a noção de patológico não se enquadraria no presente caso, visto que o apoio popular aos crimes contra bandidos não é um fenômeno excepcional. Atentamos, ainda, para o perigo de focalizar uma sociedade integrada futura para definir o parâmetro do que é ou não patológico. Por fim, defendemos, com Lukes, a necessidade de admitir a flexibilidade situacional da categoria do “sagrado”, de forma a tornar o conceito mais apto a explicar a realidade.

Não obstante, observamos que após a incorporação dessas críticas o conceito de consciência coletiva e especialmente as funções do ritual religioso poderiam ser utilizados para tematizar nosso problema. Assim, propusemos que a crença compartilhada na legitimidade de crimes contra bandidos poderia indicar a existência de um vínculo moral de solidariedade – ainda que uma solidariedade grupal e excludente. Nesse sentido, concluímos que a observação de alguns limites na teoria de Durkheim não impede que ela contribua, após a incorporação de ajustes sugeridos pela literatura especializada, para a tematização sociológica de relevantes problemas contemporâneos.

## REFERÊNCIAS

CALDEIRA, Tereza; HOLSTON, James. Democracy and violence in Brazil. **Society for Comparative Studies in Society and History**, v. 41, n.4, 1999, p. 691-729.

CONSTANTINI, Sérgio. Las funciones sociales del crimen y el castigo. Una comparación entre las perspectivas de Durkheim y Foucault. **Sociológica**, Ciudad de México, año 27, n. 77, p. 109-142, 2012.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do Trabalho Social**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUKES, Steven. Bases para a interpretação de Durkheim. In: COHN, Gabriel. **Sociologia para ler os clássicos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2009. p. 15-55.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. **Lua Nova**, São Paulo, v. 79, n. 0, p.15-38, 2010.

MISSE, Michel. Sobre a Construção Social do Crime no Brasil: Esboços de uma Interpretação. In: Michel Misse. (Org.). **Acusados e Acusadores: Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, v., p. 13 -32.

NATAL, Ariadne. '**Quem lincha sabe que tem respaldo social no Brasil**', diz pesquisadora. BBC Brasil. Rio de Janeiro, jul. 2015. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722\\_linchamentos\\_jp\\_tg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722_linchamentos_jp_tg)>. Acesso em: 23 mai. 2019.

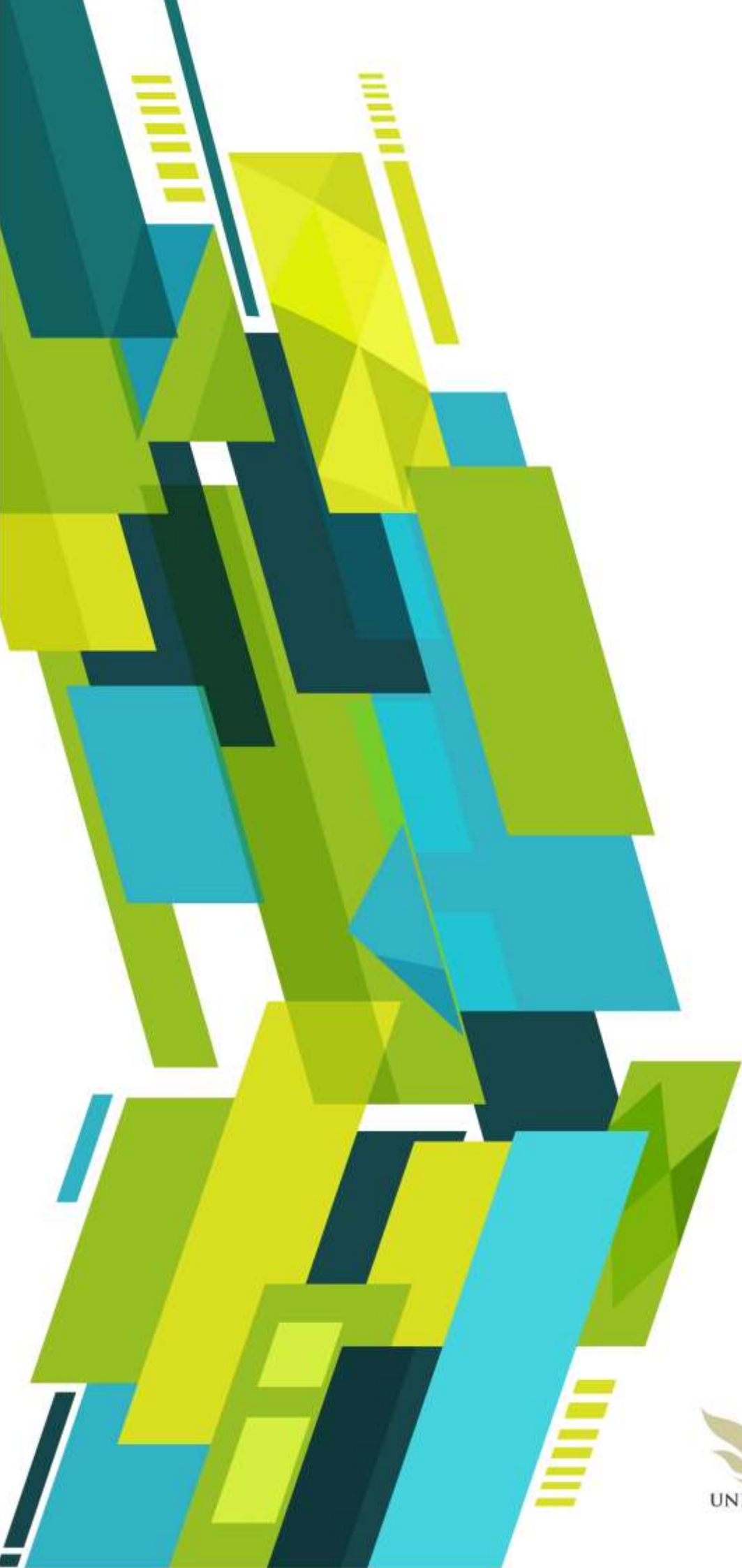


RATTON, José Luiz. Racionalidade, política e a normalidade do crime em Émile Durkheim. **Argumentum Revista Científica** , v. 1, n.1, p. 111-130, 2005.

RAWLS, Anne. Durkheim's Epistemology: the neglected argument. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 102, n 2, p. 430-482, 1996.

RODRIGUES, José Albertino. A Sociologia de Durkheim. In: RODRIGUES, José Albertino (Org.). **Durkheim**. 5. ed. São Paulo: Nova Ática, 1990. p. 7-38.

TIRYAKIAN, Edward. Emile Durkheim. In: BOTTOMORE, Tom; NISBET, Robert (Orgs.). **História da análise sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 252-317.



ISSN 2358-4270

